İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL-EKİM 2022

CİLT: 96 • SAYI: 2022/5 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL - EKİM 2022

CİLT: 96 SAYI: 2022/5 ISSN 1304-737X

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

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

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

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Nazan MOROĞLU
Av. Muazzez YILMAZ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. İsmail GÖMLEKLİ

•

Genel Yazman
Av. Ali Coşkun ONĞUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. Celal ÜLGEN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Nihal AKYAZICI
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri
İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60
istbarosudergisi@gmail.com
www.istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 47929

•

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULUNDAN 11

BİLİRKİŞİ ÜCRETLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİNDE ASGARİ ÜCRET İSTİSNASI UYGULANABİLİR Mİ?

Av. Humral TAN..... 15

İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN ÇEKİLME VE TÜRK HUKUKU

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ 21

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ "ÖZEL DAVA KOŞULU" OLAN "DAVA KONUSU ALACAĞIN GERÇEK BİR ALACAK OLMASI" KOŞULUNUN ANLAM VE İÇERİĞİ, BU KOŞULUN UYGULAMADA YARATTIĞI UYUŞMAZLIKLAR

Av. Talih UYAR 78

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

Seda Özgül EKİZ 120

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

Av. Ülkü Nur ASLANTEPE 154

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI AÇILABİLECEK DAVALARDA ZAMANAŞIMI

Stj. Av. Yasemin DİLBER..... 167

FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATININ, YAPILAN TAKDİRİ İNDİRİMİN VE YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN KARARININ İNCELENMESİ

Av. Mihriban AVCI 181

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATI UYARINCA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

B. Kerem GÖKTAŞ 197

FRANCHISING SİSTEMİNDE MARKA HAKKININ TÜKENMESİ İLKESİ VE İLKENİN UYGULANMASINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Dr. Leylan DEMİRAĞ AKTAŞ 203

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Ramazan ARITÜRK..... 222

KVKK MAKALELERİ

ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA

Duygu AKSÜNGER 269

KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASI

Av. Selman BALTACI 279

ANAYASAL HAK OLARAK KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE DEVLET MÜDAHALESİNİN SINIRI

Av. Zeynep SENA SALTIK 289

YARGITAY KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararı 307
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 311
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 374
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 383
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 389
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 410
Yargıtay 6.Hukuk Dairesi 438
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 447
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 462
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 469
Yargıtay 10 .Hukuk Dairesi 500
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 516
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 526
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 537
Yargıtay 3. Ceza Dairesi Kararı 547
Yargıtay 15. Ceza Dairesi Kararı 589

YARARLI BİLGİLER 595

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER VE AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 607
Nakiller 612
Ayrılmalar 615

KAVRAM DİZİNİ 617

YAYIN KURULU'NDAN

ADLİ YIL VE HAYAT PAHALILIĞI

Yeni bir Adli yıla girdik. Başta meslektaşlarımız olmak üzere tüm Adli camiaya yeni dönemde sağlık ve kolaylıklar dileriz.

Geçen yıla oranla salgın hastalığın etkisinin azaldığı bir süreci yaşıyoruz.

Salgından kurtulduk demeye fırsat kalmadan bu kez Dünyayı ve ne yazık ki en çok Ülkemizi etkisi altına alan enflasyonist baskı ile karşı karşıya kaldık.

Enflasyon oranları Dünyanın her yerinde sorun olmayı sürdürüyor ancak bizim Ülkemiz kadar neredeyse üç haneli rakamlara ulaşan gelişmiş ülke bulmak da zor.

Bu nedenledir ki Asgari Ücretler uzun bir aradan sonra yılda iki kez arttırıldı.

Gelir vergisinden muaf tutulmuş olması da bir dizi belirsizliği beraberinde getirdi.

***

Bu Adli yılda yargı sorunları gündemdeki yerini alacaktır kuşkusuz ama enflasyon dalgasının baskısını da her an hissedeceğiz gibi görünüyor.

***

İstanbul'da iş hukuku ilişkileri önemli bir yer tutar.

Bu kapsamda da İstanbul Barosuna bağlı avukatların İş Hukuku'na olan ilgileri kaçınılmazdır.

İş Hukuku konulu yazı ve kararlara bu nedenle ağırlık veriyoruz.

Adliyelerde bilirkişilik görevi icra eden üye sayımız da azımsanmayacak derecede.

Bilirkişi ücretlerinin vergilendirilmesinde Asgari ücret istisnası uygulanabilir mi? başlıklı yazısında **Av. Humral Tan** şu görüşlerin altını çiziyor: *"Asgari ücretin vergiden istisna edilmesine ilişkin gelir vergisi ve damga vergisi istisnası,1/1/2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 25.12.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7349 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Ancak bilirkişilik net ücretleri hâlâ bu istisnalar dikkate alınmadan ve dolayısıyla eksik olarak ödenmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi ve istisnalara isabet eden vergi farklarının da bilirkişilere ödenmesi gerekmektedir. ... Bu konuda öncelikli önerim; bilirkişi ödemelerinin hesaplanması ve ödenmesinden sorumlu olan T.C. Adalet Bakanlığı'nın bilgi işlem sisteminde yapılacak ilâve bir düzenleme ile 1/1/2022 tarihinden itibaren yapılmış ücret tahakkuklarının düzeltilmesi ve hesaplanacak ücret farklarının bilirkişilere doğrudan ödemesidir. Bu en kısa ve pratik yoldur."*

***

Adli yıl açılışı 1 Eylül Barış gününe denk geldi. Herkese huzur ve barış dolu günler dileriz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla...

Yayın Kurulu

YAZILAR

BİLİRKİŞİ ÜCRETLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİNDE ASGARİ ÜCRET İSTİSNASI UYGULANABİLİR Mİ?

Av. Humral TAN

Asgari ücretin vergiden istisna edilmesine ilişkin gelir vergisi ve damga vergisi istisnası, 1/1/2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 25.12.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7349 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Ancak bilirkişilik net ücretleri hâlâ bu istisnalar dikkate alınmadan ve dolayısıyla eksik olarak ödenmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi ve istisnalara isabet eden vergi farklarının da bilirkişilere ödenmesi gerekmektedir.

A- İlgili mevzuat:

Gerçek kişilerin gelirleri 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK) hükümlerine göre vergilendirilir. Bu kanunda 'gelir' bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olarak tanımlanmış ve gelirin unsurları da aşağıdaki şekilde belirlenmiştir (m.1-2):

1. Ticari kazançlar,

2. Zirai kazançlar,

3. Ücretler,

4. Serbest meslek kazançları,

5. Gayrimenkul sermaye iratları,

6. Menkul sermaye iratları,

7. Diğer kazanç ve iratlar.

'Ücretin Tarifi' başlıklı 61. maddenin 3. fıkra 4. bendinde "*Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;*" hükmü ile de yazımız konusu olan bilirkişi ücretlerinin GVK'ya göre ücret sayıldığı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, bilirkişi ücretleri gelir vergisine tabidir.

Gelir vergisine tabi gelirler, GVK'nın 103. maddesinde belirtilen aşağıdaki gelir dilimleri ve oranlar uygulanarak vergilendirilir:

2022 Yılı Gelir Vergisi Dilim ve Oranları

		32.000	TL'ye kadar	% 15
32.000	-	70.000	TL	% 20
70.000	-	170.000 ücret 250.000	TL	% 27
170.000 ücret 250.000	-	880.000	TL	% 35
880.000			TL'den fazlası için	% 40

Gelir vergisinin hesaplanmasında GVK'nın 23. maddesinde yer alan istisnalar dikkate alınır ve 31. maddesinde yer alan engellilik indirim tutarları düşülür.

25.12.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7349 sayılı Kanun ile, 1/1/2022 tarihinden itibaren yapılan ücret ödemelerine uygulanmak üzere;

- GVK 103. maddesi hükümlerine göre hesaplanan gelir vergisi tutarından '*Asgari Geçim İndirimi*' başlıklı 32. madde gereğince mahsup edilerek uygulanagelen indirim yürürlükten kaldırılmış (m.3/b) olup, yerine

- '*Müteferik İstisnalar*' başlıklı 23. maddenin birinci fıkrasına 18 sayılı aşağıdaki bent (m.2) eklenmiştir:

18. Hizmet erbabının, ödemenin yapıldığı ayda geçerli olan asgari ücretin aylık brüt tutarından işçi sosyal güvenlik kurumu primi ve işsizlik sigorta primi düşüldükten sonra kalan tutarına isabet eden ücretleri (Şu kadar ki, istisnayı aşan ücret gelirinin vergilendirilmesinde verginin hesaplanacağı gelir dilim tutarları ve oranları, istisna kapsamındaki tutarlar da dikkate alınarak belirlenir. Ödenecek vergi tutarı, bu suretle bulunan vergi tutarının içinde istisna tutara isabet eden kısım düşülmek suretiyle hesaplanır. İstisna nedeniyle alınmayacak olan vergi ilgili ayda aylık asgari ücret üzerinden hesaplanması gereken vergiyi aşamaz. Birden fazla işverenden ücret alanlarda bu istisna sadece en yüksek olan ücrete uygulanır.).

- İlâveten aylık brüt ücretin damga vergisi hesaplanırken asgari ücret tutarına isabet eden kısmının damga vergisinden istisna edilmesine ilişkin olarak aşağıdaki hüküm yürürlüğe girmiştir (m.4):

488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (2) sayılı tablonun "IV – Ticari ve medeni işlerle ilgili kâğıtlar" başlıklı bölümünün (34) numaralı fıkrasında yer alan "ücretlere ilişkin kâğıtlar" ibaresinden sonra gelmek üzere (Bu maddenin birinci fıkrasının (18) numaralı bendinde düzenlenen ücretlerde istisna, aylık brüt asgari ücrete isabet eden kısım için uygulanır) şeklinde parantez içi hüküm eklenmiştir.

7349 sayılı Kanun ile yapılan bu değişikliklere ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere 27.01.2022 tarihli Resmi Gazete'de 319 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği yayımlanmıştır.

B- Gelir vergisi ve damga vergisi istisnası nedeniyle yararlanılabilecek tutar:

Buraya kadar sözü edilen bilgileri özetlemek gerekirse;

- Bilirkişi ücretleri GVK'ya göre ücret geliridir.
- Ücret gelirleri GVK m.103'te yer alan dilim ve oranlara göre vergilendirilir.
- Gelir vergisi hesaplamasında;

o Asgari ücretin aylık brüt tutarından işçi sosyal güvenlik kurumu primi ve işsizlik sigorta primi düşüldükten sonra kalan tutara gelir vergisi istisnası uygulanır.

o Aylık brüt asgari ücrete isabet eden kısım için damga vergisi (%0,759) istisnası uygulanır.

1/1/2022 tarihinden itibaren aylık brüt 5.004 TL olarak tespit edilen asgari ücret 1/7/2022 tarihinden itibaren 6.471 TL olarak yeniden tespit edilmiştir.

Yukarıdaki tüm bilgi ve verilere uygun olarak hazırlanan aşağıdaki tabloya göre, bir ücretlinin asgari ücrete isabet eden gelir vergisi ve damga vergisi istisnasından 2022 yılında yararlanabileceği yıllık azami tutar sırasıyla 10.104,50 TL ve 522,54 TL'dır:

Aylar	Asgari ücret	SGK (sigorta primleri) %15	Aylık GV matrahı	Kümülatif GV matrahı	GV oranı	Gelir vergisi	Damga vergisi %0,759
1	5.004,00	750,60	4.253,40	4.253,40	15%	638,01	37,98
2	5.004,00	750,60	4.253,40	8.506,80	15%	638,01	37,98
3	5.004,00	750,60	4.253,40	12.760,20	15%	638,01	37,98
4	5.004,00	750,60	4.253,40	17.013,60	15%	638,01	37,98
5	5.004,00	750,60	4.253,40	21.267,00	15%	638,01	37,98
6	5.004,00	750,60	4.253,40	25.520,40	15%	638,01	37,98
7	6.471,00	970,65	5.500,35	31.020,75	15%	825,05	49,11
8	6.471,00	970,65	5.500,35	36.521,10	15%-20%	1.051,11	49,11
9	6.471,00	970,65	5.500,35	42.021,45	20%	1.100,07	49,11
10	6.471,00	970,65	5.500,35	47.521,80	20%	1.100,07	49,11
11	6.471,00	970,65	5.500,35	53.022,15	20%	1.100,07	49,11
12	6.471,00	970,65	5.500,35	58.522,50	20%	1.100,07	49,11
					Toplam	10.104,50	522,54

C- Uygulama:

Bir işverene bağlı olarak çalışan ücretliler için söz konusu gelir vergisi ve damga vergisi istisna tutarları aylık ücret bordrolarında yapılan hesaplamalar aracılığı ile yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde çalışana yansıtılır.

Tahakkuk ve ödemesi T.C. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bilirkişilik ücretlerinin hesaplanmasında, GVK'nın 103. maddesinde belirtilen gelir dilimleri ve oranları uygulanmakta ve fakat 01.01.2022 tarihinden itibaren yürürlüğe giren asgari ücrete isabet eden gelir vergisi ve damga vergisi istisnası hiç dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla vergileme hatalı yapılmakta ve bilirkişilik net ücreti eksik hesaplanmaktadır. Bu durumda bilirkişilik ücreti elde edenler, eğer başka kaynaklardan elde etmeleri muhtemel ücretler nedeniyle bu gelir vergisi ve damga vergisi istisnalarından yararlanmıyorlarsa, 2022 yılında bilirkişilik ücret gelirlerinden azami 10.104,50 TL gelir vergisi ve 522,54 TL damga vergisi tevkifat kaybı yaşamaktadırlar; yani bilirkişilik ücretlerinden bu tutarlar kadar fazla tevkifat yapılmış olmaktadır.

Halbuki T.C. Adalet Bakanlığı'daki ilgili bilgi işlem yazılım sisteminde GVK'nın 103. maddesinde belirtilen gelir dilimleri ve oranları nasıl ta-

nımlı ise, aynı şekilde söz konusu istisnalar da tanımlandığı takdirde bu sorun kendiliğinden çözümlenecek ve bilirkişilik net ücretleri doğru hesaplanmış olacaktır. Yapılması gereken şey sadece bilgi işlem sisteminde vergi dilim ve oranları yanı sıra istisna bilgilerinin de tanımlanmasıdır. Bu husus da herhalde var olan teknolojik donanımlarda kolaylıkla yapılabilecek bir düzenlemedir.

D- Çözüm yollarına ilişkin öneriler:

Peki, bugüne kadar istisna tutarları dikkate alınmadan yapılan bilirkişilik ücret ödemeleri nedeniyle bilirkişilerin fazla vergi ödeme nedeniyle uğradıkları kayıplar şimdi nasıl giderilebilir? Kanaatimce, şu alternatif çözüm yolları uygulanabilir:

1. T.C. Adalet Bakanlığı bilgi işlem sisteminde yıl başından bu yana yapılmış ücret tahakkuklarını düzeltip ücret farklarını tespit ederek bilirkişilere bu farkları doğrudan ödeyebilir (ki bu en etkin ve rasyonel yoldur). Burada dikkat edilmesi gereken nokta; başka kaynaklardan da ücret geliri elde eden bilirkişilerin istisnanın uygulanacağı kaynak konusunda bildirme yükümlülüğünü düzenleyen 319 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 7. maddesi hükmüdür: "*Aynı zamanda birden fazla işverenden ücret alınması halinde, istisna uygulaması, sadece en yüksek ücretin elde edildiği işveren tarafından gerçekleştirilecektir. Söz konusu işverene bu durumu bildirme yükümlülüğü hizmet erbabına aittir. Birden fazla işverenden aynı tutarda ücret alındığı durumda, istisnayı uygulayacak olan işvereni hizmet erbabı kendisi belirleyecektir.*"

2. Bir diğer yol ise, GVK'nın 86. maddesinin 1. fıkra b bendi kapsamında tevkif suretiyle vergilendirilmiş;

a) Tek işverenden ücret geliri elde eden mükelleflerin, ücret gelirleri toplamının 103. maddede yazılı tarifenin 4. gelir diliminde yer alan tutarı (2022 yılı için 880.000 TL) aşması,

b) Birden fazla işverenden ücret geliri elde eden mükelleflerin, birinci işverenden aldıkları ücret gelirleri de dâhil olmak üzere ücretleri toplamının gelir vergisi tarifesinin 4. gelir diliminde yer alan tutarı (2022 yılı için 880.000 TL) aşması,

c) Birden fazla işverenden ücret geliri elde eden mükelleflerin, birden sonraki işverenden alınan ücretleri toplamının gelir vergisi tarifesinin 2. gelir diliminde yer alan tutarı (2022 yılı için 70.000 TL) aşması,

halinde, ücret gelirleri yıllık beyanname ile beyan edilmektedir. Bu durumda yazımızın konusu olan istisnadan yararlanmamış ya da eksik yararlanmış olan bilirkişilerin bu istisnadan tam yararlanmaları için T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi'nde ücret gelirinin beyanı esnasında mahsup imkânı sağlanabilir.

3. Son olarak, tevkif suretiyle vergilendirildiği halde GVK'nın 86. maddesinin 1. fıkra b bendinde yer alan üst limitleri aşmadığı için yıllık beyanname ile beyan edilemeyen bilirkişilik ücret gelirleri için bilirkişilerin bağlı oldukları vergi dairelerine başvurup istisnaya isabet eden gelir vergisi ve damga vergisi tutarlarının iadesini talep etmeleri ve vergi daireleri aracılığıyla iadelerin bilirkişilere yapılması sağlanabilir.

E- Sonuç:

Asgari ücretin vergiden istisna edilmesi talebi yıllardır kamuoyunda vurgulanmaktadır. Nihayet, ücret gelirlerinin asgari ücrete isabet eden kısmına gelir vergisi ve damga vergisi istisnası 1/1/2022 tarihinden itibaren 7349 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Ancak bilirkişilik net ücretleri hâlâ bu istisnalar dikkate alınmadan ve dolayısıyla eksik olarak ödenmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi ve istisnalara isabet eden vergi farklarının bir şekilde bilirkişilere ödenmesi gerekmektedir.

Bu konuda öncelikli önerim; bilirkişi ödemelerinin hesaplanması ve ödenmesinden sorumlu olan T.C. Adalet Bakanlığı'nın bilgi işlem sisteminde yapılacak ilâve bir düzenleme ile 1/1/2022 tarihinden itibaren yapılmış ücret tahakkuklarının düzeltilmesi ve hesaplanacak ücret farklarının bilirkişilere doğrudan ödemesidir. Bu en kısa ve pratik yoldur.

Alternatif olarak, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın çözüm üretmesi söz konusu olabilir. Yıllık gelir vergisi beyannamesi veren bilirkişilere beyanname üzerinde bir çözüm (tahakkuk eden vergiden mahsup) üretilebilir; beyanname vermeyen bilirkişiler için ise yararlanılmamış veya eksik yararlanılmış kısım ile ilgili olarak iade imkânı sağlanabilir.

İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN ÇEKİLME VE TÜRK HUKUKU

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ[1]

GİRİŞ

Türkiye'nin 11 Mayıs 2011 tarihinde ilk imzacısı olduğu, kamuoyunda **"İstanbul Sözleşmesi"** olarak bilinen **"Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"**yle ilgili olarak Cumhurbaşkanının 29.4.2021 gün ve 3928 sayılı kararı şöyledir[2]:

"19.03.2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilen, 'Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından sona erme tarihinin 1.7.2021 olarak tespit edilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesi gereğince karar verilmiştir".

Bu Sözleşmede[3], başta kadına karşı şiddetin önlenmesi olmak üzere diğer kişilerin de temel hakları düzenlenmektedir.

Bu çalışmada, Sözleşmenin kadının en temel hakkı olan şiddet görmeme konusunda düzenleme getirmesi nedeniyle, sadece yürütme organının kararı ile "yürürlükten kaldırılması" veya "feshi" yahut "sözleşmeden çekilme" kararı verilmesinin hukukumuz bakımından mümkün olup olmadığı konusu değerlendirilmektedir.

Makalede konunun devlet organlarının yetkileri, temel haklar, antlaşmaların hukukumuzdaki yeri, yasama yetkisi, yürütme yetkisinin sınırları bakımlarından incelenmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

---

1 Yargıtay Onursal Daire Başkanı

2 Bkz. RG.:30.4.2021, Sayı:31470.

3 Anayasada "milletlerarası andlaşma" (m.104/11 ve 90) kavramına yer verilmiş olmakla beraber, konumuzla ilgili "İstanbul Sözleşmesi" yaygın olarak kullanıldığı için, "Sözleşme" kavramını tercih ettim.

I- TÜRK ANAYASALARINDA SÖZLEŞMELER

1876 Anayasasında (Kânûn-ı Esâsî) sözleşme yapma yetkisi tamamen padişaha aitti (m.7); 1909 değişikliği üzerine, asıl yetki padişaha ait olmakla beraber, bir kısım konularda Meclisin tasdiki kabul edilmişti (m.7).

1921 Anayasasında bu yetki tamamen TBMM'ye verildi (m.7).

1924 Anayasasında, "Devletlerle sözleşme, andlaşma (…) gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar" (m.26) düzenlemesi vardı[4].

1961 Anayasasının 65 inci maddesinin açıklamalarında 1924 Anayasasına yollamada bulunulmaktadır: "Bu madde ile, milletlerarası andlaşmaların onaylanması konusunda, prensip itibariyle, 1924 Anayasasının sistemi muhafaza olunmuştur. Şöyle ki, bu maddenin vazettiği ana kaide, milletlerarası andlaşmaların teşriî organın teşriki olmaksızın yürürlüğe konamamasıdır.

Bununla beraber, 1924 Anayasasında aynı ana kaide hiçbir istisna tanınmaksızın vazedilmişti ve hükmün bu mutlak mahiyeti, milletlerarası münasebetlerin mahiyetinin gerektirdiği bazı istisnaların zaruri olarak kanunlarımızda yer alması ve doktrinde, bu kanunların ve bunlara dayanan tatbikatın Anayasaya aykırı olduğu kanaatinin ileri sürülmesi neticesini doğuruyordu.

Bu madde ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği bu istisnalara Anayasada yer verilmek suretiyle, bugün memleketimizde mevcut ve kanunlara esasen cevaz verilmiş olan tatbikat Anayasa bakımından meşrulaştırılmıştır.

Maddenin (2 nci), (3 üncü), (4 üncü) fıkralarında ana kaidenin bu zaruri istisnaları sayılmaktadır" denmiştir[5].

Görüldüğü gibi 1961 Anayasasının 65 inci maddesinin 2, 3 ve 4 üncü fıkralarında istisnalara yer verilmiştir. Bu fıkralardaki düzenlemelerde, maddenin birinci fıkrasında yer alan ve sözleşmelerin TBMM'nin uygun bulma yasasına dayanmasının istisnalarına yer verilmişti. Ancak yine de, istisnalara yer verilen fıkralarda, sırasıyla TBMM'nin "bilgisine sunulur" (m.65/2); "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan" sözleşmelere (m.65/3)

4 Aybay, Rona: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası-Metin Kitabı-, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1038, Hukuk Fakültesi No:219, İstanbul 1963, s.94-95.

5 Tikveş, Özkan: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması, İstanbul 1969, s.153.

ve "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine (AYM) başvurulamaz" hükümlerine yer verilmişti (1961, m.65/5).

1961 Anayasasının 65 inci maddesinin[6], uluslararası sözleşmelerin uygun bulunmasına ilişkin düzenlemesi, 1982 Anayasasının 90 ıncı maddesinin hazırlanması sırasında da benimsenmiştir.

1982 Anayasasının 90 ıncı maddesi düzenlenirken, 1961 Anayasasının 65 inci maddesi hükmünün, "uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği" gerekçesiyle, "aynen" kabul edildiği ifade edilmiştir[7]. Dolayısıyla her iki Anayasada kabul edilen sistemde, sözleşmelerin onaylanmasına ilişkin yöntem, yetki yasama ve yürütme organları arasında paylaştırılmıştır.

Ancak 1961 Anayasasında olduğu gibi (m.97/2, 65/1)[8], 1982 Anayasasındaki düzenlemede de sözleşmelerin uygun bulma yasası sonrası onay-

---

6 1961 Anayasasının 65 inci maddesindeki düzenleme şöyle:
"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.
İktisadî, ticarî veya teknik münasebetleri düzenliyen ve süresi bir yılı aşmıyan andlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde, bu andlaşmalar, yayımlarından başlıyarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.
Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.
Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında 1 inci fıkra hükmü uygulanır.
Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz".

7 Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi (m.98 olarak), "Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür" denmektedir. Aynı yönde bkz. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.229; Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.233. Ancak Anayasanın 90 ıncı maddesinin son şekli, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metindir. Bu metin ise, 1961 Anayasasının 65 inci maddesinin, kimi kavram farklılığıyla, tekrarı biçimindedir.

8 1961 Anayasasının Cumhurbaşkanının "Görev ve yetkileri" başlığı altında 97 nci maddesindeki düzenlemeye göre, "Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve Milletin birliğini temsil eder" (m.97/1); "Cumhurbaşkanı, gerekli gördükçe,

lanması yetkisi Cumhurbaşkanına (CB) aittir (m.104/11, m.90/1)[9]. Ancak, "milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak" (m.87) yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Anayasanın 87 ve 90/1 inci maddesini birlikte değerlendirdiğimizde, sözleşmelerde asıl yetkinin TBMM'ye ait olduğu; Cumhurbaşkanı'nın yetkisinin yasadan sonra ve ikincil olduğu anlaşılmaktadır.

1961 ve 1982 Anayasalarının uluslararası sözleşmelerle ilgili düzenlemelerindeki örtüşmeler dikkate alınarak, konuyla ilgili olarak AYM'nin 1965 yılında 244 sayılı Yasayla ilgili başvuru üzerine verdiği karara göz atmakta yarar görülmektedir.

A-1961 Anayasasının 65/3 ve 1982 Anayasasının 90/3 üncü Maddeleri Yönünden Değerlendirmeler

AYM'ye göre, "uygulama andlaşmaları Anayasa'nın 65 inci maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girmektedir. 65 inci maddenin bu fıkrasında söz konusu uygulama andlaşmalarının süreleri, konuları ve başka nitelikleri bakımından bir ayırım yapılmaksızın bunların T. B. M. Meclisince uygun bulunmasının zorunlu olmadığı açıklanmıştır. Anayasa koyucusu, uygulama andlaşmalarının taşıdıkları hükümlere göre bir ayırım yaparak bazılarının onaylanması için yasama organının uygun bulmasını istemiş olsa idi, 65 inci maddenin ikinci fıkrasında yaptığı gibi bu maksadını belirtmiş olurdu. 65 inci maddenin ikinci fıkrasındaki şartların üçüncü fıkrasının uygulanmasında da otomatikman geçerli olması gerektiği söylenemez. Zira bu iki fıkra aynı konulara ilişkin değildir, ikinci fıkrada açıktan yapılan andlaşmalar, üçüncü fıkrada ise yasama organının önceden uygun bulmuş olduğu bir andlaşmanın uygulanmasını sağlayan andlaşmalar öngörülmüştür. Böyle olduğu içindir ki Anayasa koyucusu bunların onaylanmalarını ayrı şartlara bağlamıştır. Uygulama andlaşmalarında, istisnasız olarak yasama organının uygun görmesinin şart olmaması, yürütme organının kanun konusu olan hükümleri taşıyan andlaşmayı onaylaması gibi sonuçlar doğurabilir. Ancak, bu ihtimal Anayasa'nın 65 inci maddesinin mutlak olan üçüncü fıkrasının sınırlı uygulanmasını ve onaylama organına verdiği yetkinin kısılmasını haklı göstermez. Uygu-

Bakanlar Kuruluna başkanlık eder; yabancı Devletlere Türk Devletinin temsilcilerini gönderir ve Türkiyeye gönderilen yabancı Devlet temsilcilerini kabûl eder; milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayınlar; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir" (m.97/2).

9 Cumhurbaşkanının yetkileri arasında, "Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak" da yer almaktadır (m.104/11).

lama anlaşmalarında, sadece Anayasa'nın 65 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yazılı olan şart, yani Türk kanunlarına değişiklik getirmemek şartı aranmalıdır. Bu nedenlerle, 244 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan uygulama andlaşmalarının (Konusu iktisadi, ticari veya teknik olsa, süresi bir yılı aşsa, Devlet Maliyesi bakımından yüklenmeyi gerektirse, kişi hallerine veya Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi) T. B. M. Meclisince uygun bulunması zorunlu olmadığına dair olan hüküm, Anayasa'ya aykırı görülmemiştir" [10],[11].

Görüldüğü gibi, uygulama antlaşmalarının ayrıca yasayla uygun bulunmasına gerek yoktur. Çünkü uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları için TBMM'nin uygun bulmasına gerek yoktur (1961, m.65/3; 1982, m.90/3).

B- Yasaya Dayanılarak Yapılan Sözleşmeler (1961, m.65/3; 1982, m.90/3)

AYM, yasaya dayanılarak yapılan sözleşmelerle ilgili olarak şu kararı vermiştir: "244 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasında kanuna dayanılarak yapılan andlaşmalar ele alınmış ve bunlarda da onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunlu(lu)ğu olmadığı belirtilmiştir. (...) bu fıkranın da Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır" [12],[13].

Görüldüğü gibi, yasaya dayanılarak yapılan sözleşmelerin onaylanması veya buna katılmayı uygun bulmak üzere yeni bir yasa yapılmasına haklı olarak gerek görülmemiştir. Çünkü yasama organının iradesi zaten

10 AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.

11 Dava konusu 244 sayılı Yasanın 2/2 nci maddesindeki düzenleme: "İktisadi, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmaların onaylanması veya bunlara katılmak için; Türk kanunlarına değişiklik getirmemek, Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına dair bir kanun yapılması zorunlu(lu)ğu yoktur. Bu halde, andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında bir kanun çıkmamış olup da, onaylama veya katılma işlemlerinin yerine getirilmiş olması takdirinde, bu andlaşma, Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak iki ay içinde, bir Başbakanlık yazısına ekli olarak Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Başkanlıklarına gönderilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Başkanlıkları, bu andlaşmaları, ayrı ayrı genel kurulların bilgisine sunarlar".

12 AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.

13 Davaya konu 244 sayılı Yasanın 2/4 üncü maddesi: "Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan iktisadi, ticari, teknik veya idari andlaşmalardan Türk

mevcut ise, yeniden bir yasa çıkarılmasına gerek yoktur. 1961 Anayasasının 65/3 üncü maddesinde, "yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yapılan" antlaşmaların TBMM tarafından "uygun bulunması zorunluluğu yoktur" düzenlemesi var. Aynı düzenleme, 1982 Anayasasının 90/3 üncü maddesinde de bulunmaktadır.

Ancak, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasasında, yasaya dayanılarak yapılan sözleşmelerin "onaylanması" veya buna "katılmanın uygun bulunması" konusunda yürütme organına yer verilmiş, bunların dışında, sözleşmeden "ayrılmaya" yer verilmemiştir. Sözleşmeden ayrılmak için konunun yine, sözleşmenin uygun bulunmasında olduğu gibi, yasama organının görüşünün alınması gerekir.

C- Yasa Çıkarılmasına Gerek Olmayan Sözleşmeler[14]

AYM'ye göre, "244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin iptal konusu l numaralı bendinin üçüncü fıkrası, bir andlaşmanın onaylanması veya buna katılma için kanun çıkarılması zorunlu(lu)ğu yoksa ve bu işlemler Bakanlar Kurulunun bir kararnamesiyle olursa bu hususta kanun çıkarılamayacağını göstermektedir.

Bakanlar Kuruluna onaylama yetkisini veren Anayasa'nın 65 inci maddesi hükmüdür. Bakanlar Kurulu - isterse - onaylamayı uygun bulan bir kanun çıkartmak yoluna da başvurabilir. Fakat kanuna ihtiyaç duymayıp Anayasa'dan aldığı bu yetkisini kullanırsa bu tasarruf kanun hükmünde olduğundan ayrıca bir kanun çıkarılmasına yer kalmaması doğaldır. Yasama Meclisinin bu konuda girişeceği teşriî faaliyet yetki dışında kalır. Aksinin kabulü, Bakanlar Kurulunun Anayasa'ya göre Devleti bağlayan bir tasarrufunun Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun görülmemesi ha-

kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunlu(lu)ğu yoktur".

14 AYM'nin incelemesine konu 244 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin 1 numaralı bendinin 3 üncü fıkrasındaki düzenleme şöyle: "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan teknik veya idari nitelikteki uygulama andlaşmalarından ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılıp 2 nci maddenin 2 nci fıkrasına göre Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunun bilgisine sunulanların dışında kalan teknik veya idari andlaşmalardan iktisadi veya ticari nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin yayınlanması zorunlu değildir. Bu fıkra gereğince yayınlanması zorunlu olmayan andlaşmalar hakkında 1 ve 2 numaralı bentler uyarınca çıkarılan kararnamelerin yayınlanması da zorunlu değildir".

lini de tecviz etmek gibi Anayasa'ya aykırı düşen ve milletlerarası itibarı zedeleyen bir sonuç doğurur.

Davacı kanunun söz konusu üçüncü fıkrasında Anayasa'nın 97 nci maddesiyle Cumhurbaşkanına tanınan (Milletlerarası andlaşmaları onaylama) ve (yayınlama) yetkilerinin Bakanlar Kuruluna verilmediğini ve bazı andlaşmaları yayınlaması yolunda gene Cumhurbaşkanına verilen bir görevin ihlâl edildiğini öne sürerek bu fıkrayı bu yönden de Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.

Gerçekten, Anayasa'nın 97 nci maddesinin ikinci fıkrasında (Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayınlamak) yetkileri Cumhurbaşkanına verilmiştir. Ancak, bu madde hükmünü tamamlayan 98 inci maddede de (Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur.) hükmü yer almaktadır. Bu hal; aynı maddenin başında belirtildiği gibi, (Cumhurbaşkanının, görevleriyle ilgili işlemlerinden sorumlu olmaması)nın tabiî sonucudur. 244 sayılı Kanun, andlaşmaların onaylanması işine bütün Bakanların katılmalarını öngördüğünden bir Bakanlar Kurulu kararnamesi düzenlenecek, bütün imzalar tamamlanınca Cumhurbaşkanının imzasına sunulacaktır.

Cumhurbaşkanının bu kararnameyi imzalaması, yapılan andlaşmayı Anayasa'nın 97 nci maddesi gereğince onaylamasından başka bir anlam taşımaz" [15].

Bu kararda, 1961 Anayasasının 65 ve 97 nci maddelerinin bir arada değerlendirildiği ve Bakanlar Kurulu kararnamesinin Cumhurbaşkanınca imzalanması halinde, bu sözleşmenin onaylanmasının bir yasayla uygun bulunmasına gerek olmadığı, bunun ise 1961 Anayasasının 97 nci maddesinin doğrudan uygulandığı şeklinde bir kabul söz konusu. Ancak 1961 Anayasasının 97 nci maddesinin 2 nci fıkrasında Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında "milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama" yer almakta ise de, bu yetkinin 1961 Anayasasının 65 inci maddesinin 3 üncü fıkrasından bağımsız değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü söz konusu 65/3 ncü maddede, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu(lu)ğu yoktur" düzenlemesine yer verildiğinden, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle imzalanan bir sözleş-

15 AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.

menin burada yer aldığı üzere, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak" çıkarılması koşulu vardır.

Dolaysıyla, madde 65/3'te yer alan koşul varsa, zaten öncesinde TBMM'nin uygun bulması gerçekleşmiş olacağından, tekrar uygun bulma yasasına gerek yoktur.

D- Sözleşmenin Yayımlanması

AYM 1961 Anayasası döneminde sözleşmenin yayımlanması konusunda şu kararı vermiştir: "Anayasa'nın 65 inci maddesinde, milletlerarası andlaşmaların, yayınlanmasını zorunlu kılan genel bir hüküm yoktur. Tersine, bu madde ile hangi andlaşmaların yayınlanması gerektiği açıklanmak suretiyle kanun koyucuya yayınlama hususunda istisnalar yapma hakkı tanınmıştır.

Böylece, 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin 3 numaralı bendinin birinci fıkrasının yayınlanmasını zorunlu görmediği andlaşmalar Anayasa'nın 65 inci maddesi ile yayınlanması emredilen andlaşmaların dışında kalmaktadır.

Yukarıda 4 ve 5 inci bentlerdeki açıklamalara göre, davacının, 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin dâva konusu bentleri ve fıkraları için ileri sürdüğü iptal sebepleri, bu bent ve fıkra hükümlerinin Anayasa'nın 65 inci maddesine paralel nitelikte olmaları bakımından, yerinde değildir"[16].

Sözleşmelerin yayımlanması konusunda AYM kararına katılmak mümkün değil. Çünkü Anayasanın 90 ncı maddesinde (1961 Anayasasının 65 nci maddesinde) yayımlanamaz veya yayımlanıp yayımlanmaması takdire dayalı şeklinde açık bir düzenleme yoktur.

1982 Anayasasının Anayasanın 90 ıncı maddesinin 1 nci fıkrasında uygun bulma yasası öngörüldüğünden yasanın; 90 ıncı maddenin 2 nci fıkrasında açıkça "yayımlarından başlayarak" kavramına yer verilmesi; aynı maddenin 3 üncü fıkrasında, "antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetki"den söz edilmesi nedeniyle, bunların yayımlanmaları zorunluluğu; 4 üncü fıkrada 1 inci fıkraya yollamada bulunulması ve 5 inci fıkrada sözleşmelerin yasa hükmünde kabul edilmesi ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin aynı konuda yasalarla farklı hüküm/hükümler taşıması halinde sözleşmenin uygulanmasının

16 AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.

kabul edilmesi dikkate alındığında, sözleşmelerin tümünün yayımlanması gerekir.

Sözleşmelerin yasa sayılmasına ve sözleşme ile yasadan hangisinin uygulanması gerektiği konusunda, özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanlar bakımından mahkemelere de hitap edilmesi gözetildiğinde, sözleşmelerin tümü bakımından yayımlanmayabileceğinin kabulü mümkün değildir.

Diğer yandan, demokrasiyi benimsemiş ülkelerde, yasa gücünde olan sözleşmelerin yayımlanmaması, yapılan sözleşme işleminin halktan kaçırılması anlamına geleceğinden, böyle bir yaklaşımın demokraside izah edilmesi düşünülemez. Demokrasi halkın iktidarı ise, yasa gücünde bir norm olan sözleşmelerin yayımlanmaması düşünülmemelidir. Yayımlanmayan yasa düşünülemeyeceğine göre, yayımlanması kabul edilmeyen sözleşme de olamamalıdır. Anayasada yayımlanmasının mümkün olmadığına ilişkin yasa veya sözleşmeye açıkça işaret edilmemesi dikkate alındığında, halkın haber alma veya bilgi edinme hakkının kısıtlanmaması gerekir.

1982 Anayasasının 89 uncu maddesinde yayımlama konusunda getirilen istisna, yayımlanması uygun bulunmayan yasanın meclise geri gönderilmesidir. Ancak geri gönderme üzerine Meclis tarafından yasanın farklı bir çoğunlukla kabulü halinde yayımlama zorunluluğu vardır.

Anayasada yer alan, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu(lu)ğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz" düzenlemesinde yer alan (m.90/3) "yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz" hükmü ile aslında önceden kabul edilmiş sözleşme ile yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yapılan kimi sözleşmelere işaret edildiği için, zaten önceden ilan edilmiş bir hususa karşın, çerçevesi yayımlanmış (milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşması ile yasaların verdiği yetkiye dayanılarak yapılan) sözleşme ve yasaya işaret edilmesi nedeniyle, söz konusu metinlerin yayımlanmasına karşın yine de "ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz" hükmü, bu sonuncuların mutlaka yayımlanmalarına işaret etmektedir (m.90/3).

Yani, önceden yayımlanmış sözleşme ve yasayla çerçevesi çizilmiş konularla ilgili olarak çıkarılan sözleşmelerin, üç konuyla ilgili (ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren) olması halinde mutlaka yayımlanmasına işaret edilmektedir. Bu durumda, her sözleşme ve yasanın yayımlanacağını, ancak çerçevesi çizilmiş konularda önceki sözleşmeye dayanan uygulama sözleşmesi ile yasayla yetki verilen konularda çıkarılacak sözleşmelerin yayımlanmasına gerek görülmemekle beraber, üç konuyla ilgili olması halinde, önceden sözleşme ve yasayla yetki verilen konularla ilgili olsa da bu sözleşmelerin mutlaka yayımlanması kabul edilmiştir.

Zaten Anayasanın, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında istisnasız, "kanunları yayımlar" (m.104/5), "Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar" (m.104/11) ve "Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer" (m.151) hükümleri dikkate alındığında, 90/3 ncü maddenin ilk cümlesinde yer alanlar bakımından (Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan antlaşmalar için) zaten yayımlama zorunluluğu olduğu gibi, ilk cümlede yer alanlar için ayrıca TBMM'ce uygun bulunmasına da gerek görülmemesine karşın, eğer antlaşma yine de ikinci cümlede yer alan üç konuyla ilgili ise, ilgililerin bilmeleri bakımından ayrıca yayımlanmaları kabul edilmiştir.

Nitekim AYM kararında[17], "244 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi, 5886 sayılı Kanunla onaylanan Kuzey Atlantik Andlaşmasının gereği olarak yapılacak iki veya çok taraflı andlaşmalar için de Hükümete yetki vermektedir.

244 sayılı Kanun, Hür Dünyanın ve bu arada Türkiye'nin savunması bakımından önemi tartışılmayacak kadar aşikâr olan Kuzey Atlantik Andlaşmasının uygulanması konusuna 6 ncı maddesinde ayrıca yer vermiş bulunmaktadır.

Kuzey Atlantik Andlaşmasına göre yapılacak andlaşmalar da uygulama andlaşması niteliğindedir. Bu uygulama andlaşmaları, teknik veya idari olabileceği gibi Türk Silâhlı Kuvvetleriyle ilgili konuları da kapsayabilir.

Bunlardan, teknik veya idari olanlar için yukarıda diğer hükümler dolayısiyle belirtildiği üzere Anayasa'nın 65 inci maddesi uyarınca bir kanunla uygun görülme zorunlu(lu)ğu yoktur. 6 ncı maddede de, 2 maddenin

17 AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.

dördüncü fıkrasına yapılan atıf bu konuyu kapsamaktadır. Anayasa'nın 66 ncı maddesinde Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği hallerde Türk Silâhlı Kuvvetlerine ilişkin konularda Türkiye Büyük Millet Meclisinin izin vermesine lüzum bulunmadığı açıklandığına göre Kuzey Atlantik andlaşması çerçevesinde Türk Silâhlı Kuvvetleriyle ilgili olabilecek uygulama andlaşmaları için Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinde de Anayasaya aykırılık yoktur" demiştir.

AYM'nin bu gerekçesinde, önceden kabul edilmiş sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili "antlaşmalar" için ayrıca TBMM'nin izin vermesine gerek görülmemektedir. O nedenle, Anayasanın 90 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasının ilk cümlesi bakımından ayrıca sözleşmeyi yayımlamaya da gerek yoktur.

II- SÖZLEŞMELERİN YASA GÜCÜNDE OLMASI

A- Anayasadaki Düzenleme

Sözleşmenin yasa gücünde olduğu ve anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi kabul edilmiştir (m.90/son). Sözleşmenin anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi, onay yasasına karşı anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı anlamına gelmez.

Anayasada sözleşmenin yasayla uygun bulunması veya yasanın verdiği yetkiye dayalı olarak yürütme organı tarafından onaylanması kabul edildiği için, onaylanmasının uygun bulunmasında veya yasayla verilen yetki çerçevesinde Sözleşmenin imza ve onaylanmasında, yürütme organının yasama organının iradesi çerçevesinde hareket etmesi gerekir.

Diğer yandan, Cumhurbaşkanının (CB) usulüne göre yürürlüğe konmuş bir sözleşmeden çekilmesi için yine yasayla yetkili olması aranmalıdır. Yasayla onaylanması uygun bulunmuş bir sözleşmeden CB'nin tek taraflı olarak çekilmeye karar vermesi, aslında CB'nin kararının anayasa ve yasaya aykırı hale getirir.

Anayasanın 90 ve 104/11 inci maddesinde iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunun nedeni, birincisinin iç hukuk bakımından, ikincisinin de dış hukuk bakımından kullanılmasıdır.

İki maddedeki düzenlemeyi birlikte değerlendirmeden hareket edilerek yetki kullanılması düşünülemez. İç hukuktaki işlemler ile uluslararası hukukta yapılması gereken işlemler arasında ayrım yapılmadan sözleşme onaylanması kabul edilemez. Çünkü anayasanın iki ayrı düzenlemesi aslında birbirini tamamlayıcıdır.

İç hukukta yapılması gereken (m.90) işlemler dikkate alınmaksızın dış hukukta sonuç doğuracak işlem yapılması halinde (m.104/11), iç hukuktaki sözleşmenin onaylanmasının TBMM tarafından yasayla uygun bulunması (m.90/1) koşuluna uygun işlem yapılması gerektiği için, CB'nin uygun bulma yasasıyla onaylanmış ve iç hukuka aktarılmış bir sözleşmeden kararla çekilmesi, aslında parlamento iradesinin hiçe sayılmasıdır.

Diğer yandan, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu(lu)ğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz" (m.90/3) düzenlemesinde de, CB'nin ilk elden işlem yapmasına izin verilmemektedir.

Çünkü burada, önceden usulüne göre yürürlüğe konmuş bir sözleşme ve dolaysıyla onaylanması yasayla uygun bulunmuş bir sözleşmeye dayanılarak yapılan diğer sözleşmeler söz konusudur. Bir başka deyişle, Anayasanın 90/3 maddesindeki düzenlemeye göre, CB'nin doğrudan sözleşme imzalaması söz konusu olmamaktadır.

CB'ye uluslararası sözleşmeye onay yetkisi verilmesi, uluslararası hukuka uygun bir şekilde sözleşmeyle bağlanma iradesinin (rızasının) ortaya konması, uluslararası hukukun iç hukuka (anayasaya) uygun hale getirilmesi için gerekir[18]. Sözleşmenin onaylanmasında yasama ile yürütme (CB) arasında bir yetki paylaşımından söz edilebilse de, Anayasanın 90, 104/11 ve 104/17 nci maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, yürütmeye verilen yetkinin yasamaya bağlı olduğu kabul edilmelidir[19]. Anayasanın 90/4 üncü maddesinde, "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır" düzenlemesine yer verilmesi nedeniyle, bu tür sözleşmelerin onaylanmasının TBMM tarafından bir yasayla uygun bulunması gerekir.

B- Temel Haklarla İlgili Özel Düzenlemeler

Bu başlık altında üç husus üzerinde durmak gerekmiştir. Birincisi, düzenleme ve sınırlama kavramları; ikincisi, temel hak ve özgürlüklerin

18 Ulusoy, 2021, s.63.

19 Ulusoy, 2021, s.64'de, "Anayasanın 90. ve 104. maddeleri uluslar arası antlaşmaların onay yetkisini yürütmeye vermekle birlikte, işbu onaya izin verme iradesini yasamaya tanıyarak, yasama ve yürütme arasında bir paylaşım öngörülmüştür ve bu konuda her iki devlet erki birbirinden bağımsız düşünülemezler" denmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenemeyeceği; üçüncüsü de, temel hak ve özgürlüklerin CBK ile getirilen düzenlemeye dayanılarak Cumhurbaşkanı kararı ile etkisiz kılınamayacağı meseleleridir.

a- Hakların Sınırlanması ve Düzenlenmesi

Burada üzerinde durulması gereken sınırlama ve düzenleme kavramları önem taşımaktadır. Her düzenleme sınırlama değildir. İki kavram arasında fark bulunmaktadır.

Her yasal düzenleme özgürlüğün sınırlanması değildir. Böyle bir anlayışın liberalizmin bir ürünü olan negatif (olumsuz) özgürlük düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir[20]. Ancak devletsiz alanda kişinin özgürlüğü kural olarak sınırsızdır. Dolayısıyla bu alanda devletin yapacağı her düzenleme, olumsuz özgürlük anlayışının mantığı gereği, sınırlama anlamına bürünecektir[21].

Bazı hakların kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olabilir. Örneğin sosyal haklarda durum böyledir. Çünkü yasal bir düzenleme olmaksızın sosyal hakların kullanılmaları mümkün değildir. Kuşkusuz sosyal haklar alanında yapılan düzenlemede belli sınırlar ortaya çıkabilir. Ancak, bu sınırlar, "hakkın kullanılmasını mümkün kılan, ona içerik veren düzenlemenin bir sonucu olarak belirmekte, içeriği önceden belli olduğu varsayılan bir hakkın alanına girme, onu dışarıdan daraltma sonucu olarak ortaya çıkmamaktadır"[22].

Temel hak ve özgürlüklere yönelik her yasal düzenlemeyi sınırlama kavramı ile özdeş kabul etmemek gerekir[23]. Çünkü sınırlamanın söz konusu olup olmadığını belirleyebilmek için, o konuda yapılan düzenlemenin içeriğine bakmak gerekmektedir. Eğer yapılan bir düzenleme, "belli bir temel hak ve özgürlüğün güvence altına aldığı yaşam kesitini, daha yeni bir terimle 'norm alanını' daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlamadır" [24]. Oysa bir temel hakkı güçlendirici, o hakkın daha kolay ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzenleme varsa, bu düzenlemeyi sınırlama olarak kabul etmemek gerekir[25].

---

20 Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.18.

21 Sağlam, 1982, s.19.

22 Sağlam, 1982, s.20.

23 Sağlam, 1982, s.21.

24 Sağlam, 1982, s.21.

25 Sağlam, 1982, s.22.

Anayasada temel hak ve özgürlüklerin "sınırlanmasının" sadece yasayla mümkün olması (m.13) ve bu konuda CBK ile "düzenleme" yapılamaması dikkate alındığında (m.104/17, İkinci Cümle), CBK ile "düzenleme" yapılamayacak bir alanda, suç mağdurlarının korunması için kabul edilmiş bir sözleşmenin feshi, aslında, hak sahipleri bakımından hakkın sınırlanması anlamına gelir. Bu da temel hak bakımından sınırlama ve düzenleme yapmaya yetkisiz olan yürütmenin işleminin anayasaya aykırı olduğunu göstermektedir.

Uluslararası sözleşme, "uluslararası hukuk kurallarına uygun bir biçimde uluslar arası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında hak ve yükümlülükler yaratmak, bunları değiştirmek ya da sona erdirmek amacıyla yapılan yazılı irade uyuşması" biçiminde tanımlanmaktadır[26].

Uluslararası Hukuk Komisyonu da 1962 yılında şu tanımı yapmıştır: sözleşme, "devletler arasında uluslararası hukukun düzenlediği, adı ne olursa olsun bir ya da daha fazla sayıda belge ile akdedilen antlaşmalardır"[27].

Sözleşmenin imzalanmış olmasının yeterli olduğu, ayrıca onaylanmasının aranmadığı, iki devlet başkanınca imzalanan sözleşmenin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildiriminin yeterli olduğu kabul edildiği gibi; sözlü olarak birbirlerine karşı kabul ettikleri yükümlülüklerinin tutanakla saptanmasının dahi kabul edildiği görülmektedir[28]. Türkiye, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesine taraf olmadığı halde 7/1-b maddesindeki düzenlemeyi, "örf adet hukuku kuralı olarak kabul etmekte ve uygulamaktadır"[29].

b- Temel Haklar CBK ile Düzenlenemez

Anayasamızda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve özgürlükler konusunda düzenleme yapılması kabul edilmediğine göre (Anayasa, m.104/17), yasayla yapılması gereken sözleşmelerin CBK veya kararı ile imzalanması veya yürürlükten kaldırılması mümkün olur mu, bu konu üzerinde durmak gerekir.

---

26 Ulusoy, Ülkü Halatçı: Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslar arası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.10.

27 Aktaran Ulusoy, 2021, s.10.

28 Ulusoy, 2021, s.21.

29 Ulusoy, 2021, s.30.

İstanbul Sözleşmesinde yer alan hususlar temel haklarla ilgilidir. Bu nedenle, temel haklarla ilgili olarak CBK çıkarılması mümkün değildir (Anayasa, m.104/17, İkinci Cümle).

Temel haklarla ilgili sözleşme hükmünün yürürlükten kaldırılması, temel hakkı korumasız hale getirmektedir. Anayasanın 13 ncü maddesinde belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlükler Anayasanın "ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla" sınırlanabileceğinden, suç mağdurlarının haklarının korunmasını düzenleyen sözleşme hükmünün yürütme işlemiyle yürürlükten kaldırılması, dolaylı yönden suç mağdurlarının temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını etkisiz hale getirmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin "sınırlanmasının" sadece yasayla mümkün olması (m.13) ve bunların CBK ile "düzenlenemez" olması karşısında (m.104/17, İkinci Cümle), sınırlama değil "düzenlemenin" dahi yürütmeye bırakılmaması gözetildiğinde, yürütmenin düzenleyici işlemine (CBK'ye) konu edilemeyen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak, sözleşmenin yürütmenin (CB'nin) "kararı" ile feshi (yürürlükten kaldırılması) mümkün değildir.

Yürütmenin bu kararı, aslında sözleşme hükümlerinde yer alan korunma haklarının yürütmenin düzenleyici işlemi gibi sonuç doğurmaktadır. Çünkü sözleşmenin feshinin/sona erdirilmesinin, yürütme tarafından düzenleme yapılarak gerçekleştirilmesi, yasak olan bir alanla ilgili olarak düzenleyici işlem gibi sonuç doğurduğu için, Anayasanın 13 üncü maddesi ve 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer yandan, Anayasanın "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" (m.6/3) hükmüne aykırılık söz konusudur.

Ancak bizde, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde 9 Sayılı CBK çıkarılarak temel haklarla ilgili olarak yasa yerine CBK ile sözleşmelerin onaylanmasına yer verildi.

9 sayılı CBK'nin 1 inci maddesindeki düzenlemeye göre,"Milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu andlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması için atanacak Türkiye Cumhuriyeti temsilcileri ve bu temsilcilerin yetkileri, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir. Bu kararlar, Resmî Gazete'de yayımlanmaz".

Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleşeceği kabul edilmekle beraber, 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Dışişleri Bakanlığı'nın Görev ve Yetkilerini Düzenleyen 128/1-g'deki düzenlemede, "Milletlerarası Andlaşmalara ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çerçevesinde, diğer devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla akdedilen andlaşmalara ilişkin temas, müzakere, yetki belgesi, imza, onay ve tescil süreçlerini ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içinde yürütmek, bu andlaşmaları veya tescil edilmiş kopyalarını muhafaza etmek ve sicillerini tutmak, andlaşma taslaklarının mevzuata uygunluğunu incelemek ve görüş bildirmek" yer almaktadır.

9 nolu CBK'nin "**Onaylama ve onaylamanın uygun bulunması"** başlıklı 2 nci maddesindeki düzenlemelere göre, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmalar Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanır. Bir milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya bunlara katılma, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen haller dışında, onaylamanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır" (m.2/1)

Maddenin söz konusu 2 ve 3 üncü fıkralarındaki düzenlemelere göre ise, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari veya teknik andlaşmalar Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan onaylanır" (m.m.2/2); "Ekonomik, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalardan; Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmeyen, kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayan andlaşmalar Cumhurbaşkanınca doğrudan onaylanır" (m.2/3).

Ancak "Türk kanunlarına değişiklik getiren hükümler içeren her türlü milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya bunlara katılma, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına ilişkin bir kanun çıkarılmasına bağlıdır" (m.2/4).

9 sayılı CBK'nin "onaylama" başlıklı 3 üncü maddesindeki düzenlemelerde, konumuzla ilgili olarak sözleşmelerin "yürürlük süresini uzatma", yürürlüklerine "bildirim yapma", "uygulama alanının tespit edilmesi", "uygulanmasını durdurma", "bunları sona erdirme"nin CB kararı ile olması kabul edilmiştir (m.3/1)[30].

30 "Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşma-

Aynı CBK'deki düzenlemeye göre, "Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği, bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; Cumhurbaşkanı kararı ile tespit olunarak Resmî Gazete'de yayımlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır" (9 Sayılı CBK, m.3/1).

CBK'deki düzenlemeye göre, "İkinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin Cumhurbaşkanı kararı ile andlaşmanın Türkçe metni ve andlaşmada belirtilen muteber dil veya dillerden biri ile yazılmış metni Resmî Gazete'de yayımlanır" (9 Sayılı CBK, m.4/1).

Kimi sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanıp yayımlanmayacağı takdire bırakılmıştır[31]. Ancak Anayasanın 90 ıncı maddesinde sözleşmelerin onaylanmasına ilişkin kararların yayımlanmayabileceğine ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Herhangi bir sözleşme, neyle ilgili olursa olsun, birden çok devlet arasında imzalandığına göre, 9 sayılı CBK'nin 4/2 nci maddesinde yer alanlar da olsa vatandaşların bunları öğrenmesinde sakınca olmaması gerekir. Çünkü özellikle halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının halka hesap verebilirliğinin bir yolu da halkın CB kararının ne olduğunu bilmesidir. Zira, bunlar "Milletlerarası bir andlaşmaya veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Cumhurbaşkanınca yapılan teknik veya idari nitelikteki andlaşmalar" (9 sayılı CBK, m.4/2) olsa dahi, zaten yayımlandığı biliniyor şeklinde değerlendirilme yapmak yerine, konuyla ilgili alınan kararın içeriğinin halk tarafından bilinmesinin sağlanması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilecek "andlaşmalar" başlıklı 6

---

nın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, Cumhurbaşkanı kararı ile olur" (9 Sayılı CBK, m.3/1).

31 "Milletlerarası bir andlaşmaya veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Cumhurbaşkanınca yapılan teknik veya idari nitelikteki andlaşmalar;

a) İktisadi veya ticari nitelikte olmamak,

b) Özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin haklarını ilgilendirmemek,

c) Türk kanunlarına değişiklik getirmemek, kaydıyla Resmî Gazete'de yayımlanmayabilir. Bu fıkrada belirtilen andlaşmaların onaylanmasına ilişkin Cumhurbaşkanı kararları da Resmî Gazete'de yayımlanmayabilir" (9 Sayılı CBK, m.4/2).

ncı maddede şu düzenlemelere yer verilmiştir: "Onaylanmanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu olan andlaşmalar, Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilir" (9 Sayılı CBK, m.6/1); "Cumhurbaşkanı kararı ile doğrudan onaylanan andlaşmalardan yayımlanması zorunlu olanlar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Dışişleri Bakanlığı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur" (9 Sayılı CBK, m.6/2).

Ancak tüm bu düzenlemelere karşın, temel haklarla ilgili sözleşmelerin yasayla düzenlenmesi, bu sözleşme ile getirilen/tanınan haklardan yurttaşların yararlandırılmasından vazgeçilmesinin de yasayla sağlanması gerekir.

c-Cumhurbaşkanının Kararı

Bence, temel haklarla ilgili olarak CBK çıkarılması mümkün olmadığına göre, bu konuda Cumhurbaşkanının karar vermesi de mümkün değildir.

Çünkü yukarıda belirttiğimiz anayasa hükümleri gözetildiğinde, Cumhurbaşkanının sözleşmeden çıkma yetkisini kullanılabilmesi için Anayasanın 90 ıncı maddesindeki "prosedürün tam olarak uygulanması gerekir"[32].

Ancak sözleşmelerin akdedilmesinde yasalarda özel düzenlemeler varsa, konunun CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmaya açıktır[33]. Ancak AYM, 4749 sayılı Yasanın 9 uncu maddesiyle ilgili anayasaya aykırılık iddiasını, "savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili andlaşmalar için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun bulma kanunu çıkarması zorunluluğu bulunmadığından, söz konusu andlaşmaların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe gireceğini öngören 4749 sayılı Yasanın 9. maddesinin son fıkrasının üçüncü tümcesi Anayasa'nın 90. maddesine aykırı değildir" gerekçesiyle istemi reddetmiştir[34].

32 Ulusoy, 2021, s.63.

33 Ulusoy, 2021, s.40.

34 AYM'ye göre, "4949 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (c) fıkrasıyla, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 9. maddesinin sonuna eklenen fıkra ile, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlara yapılacak savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili görüşmelerde bulunmaya ve andlaşmalar imzalamaya, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek kişi ve kuruluşlar yetkili kılınmıştır. İptali istenen hüküm, yeni getirilen fıkranın üçüncü tümcesi olup, savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili andlaşmaların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe girmesine olanak vermektedir. (...) 4969 sayılı Yasayla 4749 sayılı Yasanın 9. maddesine eklenen

Görüldüğü gibi AYM'nin kararına konu olayda, temel haklarla ilgili sözleşme söz konusu değildir.

Sözleşmenin onaylanmasında yetkili olan organın belirleyicisi uluslararası hukuk değil, iç hukuktaki düzenlemedir. Ancak yine de, onaylama uluslararası hukuk kurumudur[35]. Çünkü iç hukukta belirlenmiş olan organın kim olduğu önceden belirlenmiş ve muhatap bellidir. Nitekim Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 110/1 inci maddesindeki düzenlemeye göre, "İşbu antlaşma, imza eden devletler tarafından her birinin anayasaları kaidelerinde onanacaktır".

Dolayısıyla, ilgili devletin iç hukuku öne çıkmakla beraber, iç hukukta rasgele bir organ değil, anayasayla belirlenmiş organın iradesi uluslararası etki doğurabilecektir. Bu nedenle, uluslararası değerlendirme örneklerine göz atıldığında, sözleşmenin iç hukuk anayasası veya diğer kurallarına uygun olup olmadığının üzerinde durulduğu anlaşılmaktadır[36]. Dolayısıyla, uluslararası sözleşmenin taraf ülkenin iç hukukuna uygun olarak onaylanması gerekir.

Sözleşmeler mutlak veya anayasalı monarşilerde yürütme organı tarafından onaylanmakta ve yürütmenin kullandığı bu yetki hiçbir biçimde denetlenmemektedir[37]. Oysa parlamenter rejimlerde, yürütme organı tarafından onaylansa bile sözleşmeleri yasama organının kontrolü söz konusudur[38].

1982 Anayasasının 104/11 inci maddesindeki düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı, "Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar"; 90/1 inci maddesindeki düzenlemeye göre ise, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır".

---

yeni düzenleme ile Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlara yapılacak savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili görüşmelerde bulunmaya ve andlaşmalar imzalamaya, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek kişi ve kuruluşlar yetkili kılınmıştır. Böylece, Anayasa'nın 90. maddesinin üçüncü fıkrasının aradığı yetkinin yasal dayanağı, söz konusu 9. maddenin son fıkrasının ilk tümcesidir. Bu nedenle, savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili andlaşmalar için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun bulma kanunu çıkarması zorunluluğu bulunmadığından, söz konusu andlaşmaların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe gireceğini öngören 4749 sayılı Yasanın 9. maddesinin son fıkrasının üçüncü tümcesi Anayasa'nın 90. maddesine aykırı değildir" (AYM, 2003/86, 2004/6, 28.1.2004).

35 Ulusoy, 2021, s.43.

36 Ulusoy, 2021, s.47.

37 Ulusoy, 2021, s.44.

38 Ulusoy, 2021, s.44.

Görüldüğü gibi, uluslararası sözleşmelerin onaylanması yetkisi Cumhurbaşkanına ait olmakla beraber, Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanabilmesi "koşullu ve sınırlı bir yetki olup kural olarak parlamento iradesinden bağımsız değildir"[39].

Gerçekte, onaylanmasının yasayla uygun bulunması kabul edilen sözleşmeler bakımından söz konusu yasanın CB tarafından hukuka uygun bulunmaması halinde TBMM'ye "geri gönderilmesi" mümkün (Anayasa, m.89/2); anayasa değişikliğine ilişkin yasa hariç (m.89/4 ve 175), diğer yasalar için iade üzerine TBMM tarafından üye tamsayısının (600 milletvekili) salt çoğunluğu ile (301 milletvekili) aynen kabulü halinde CB'nin bu yasayı yayımlaması zorunludur (m.89/3). Ancak CB'nin sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin bu yasaya karşı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması da mümkündür (m.150/1). Yine de CB, geri gönderme üzerine kabul edilen uygun bulma yasasına karşı AYM'ye iptal başvurusunda bulunsa da, bu yasayı onaylayıp ilan etmek zorundadır.

AYM bir kararında, Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrası ve 90 ıncı maddesiyle ilgili değerlendirmesinde, "Anayasa'nın anılan maddesinin on birinci fıkrasında milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olduğu belirtilerek milletlerarası andlaşmalara ilişkin yetki yürütme organına verilmiştir. Bu kapsamda, andlaşma metinlerinin hazırlanması, imzalanması, son aşamada onaylanarak yürürlüğe konması gibi hususlar yürütme organı tarafından yerine getirilmektedir. Yasama organının andlaşmalara ilişkin yetkisi ise andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibarettir. Dolayısıyla Resmî Gazete'de yayımlanmadan yürürlüğe girebilecek andlaşmaların CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır" demiştir[40].

AYM'nin bu kararına konu 9 sayılı CBK'nin 4/1, 4/2 ve 6/1 inci maddelerindeki düzenlemelerdir[41]. Oysa, AYM'nin önüne, İstanbul Sözleşme-

39 Ulusoy, 2021, s.63.

40 AYM, 2018/126, 2020/32, 25.6.2020, par.23; R.G.:29.7.2020, Sayı: 31200.

41 İptal davasına konu 9 sayılı CBK'nin 4/1, 4/2 ve 6/1 nci maddelerindeki düzenlemeler temel haklarla ilgili olmadığı gibi, Cumhurbaşkanının bir yasaya dayanmaksızın doğrudan onaydan çekilmeye ilişkin de değildir.

İptale konu hükümler; "(1) "İkinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin Cumhurbaşkanı kararı ile andlaşmanın Türkçe metni ve andlaşmada belirtilen muteber dil veya dillerden biri ile yazılmış metni Resmî Gazete'de yayımlanır.

(2) Milletlerarası bir andlaşmaya veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Cumhurbaş-

sinden çekilme kararının dayanağını oluşturan 3 üncü maddesinin anayasaya aykırılığı dava olarak götürülseydi, AYM'nin farklı karar vereceği beklenirdi.

AYM bu kararında açıkça belirttiği gibi, "Yasama organının andlaşmalara ilişkin yetkisi ise andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibarettir". Öyleyse, uygun bulma yasası olmaksızın yürütme organının sözleşme onaylaması söz konusu olamaz.

Ancak temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanması gerekir. Çünkü bireylerin, yasa gücünde olan sözleşmenin içeriğinden bilgi sahibi olmaları gerekir.

AYM'nin bu kararında da ifade edildiği gibi, yasama organının yetkisi, sözleşmenin onaylanmasını uygun bulmayı bir yasayla kabul etmektir. Uygun bulma yasası olmadan yürütme organının, özellikle temel haklarla ilgili olan sözleşmeleri onaylaması söz konusu olamaz. Yasama organının iradesi olmadan onaylanmayan bir sözleşmeden, yine yasama organının iradesi olmadan ayrılmak da mümkün değildir. Çünkü temel hakların sadece sınırlandırılması değil, korunmasından vazgeçilmesinin de yasamanın iradesini gerektirmektedir. Yasama, İstanbul Sözleşmesinin onaylanmasını uygun bulma yasasıyla kabul ettiğine ve yürütme organı da onaylama işlemini gerçekleştirdiğine göre, sözleşmeden çekilmede de aynı usulün uygulanması gerekir. Yani yürütme organı, yasama organının hakları genişleten İstanbul Sözleşmesinden, yasamanın iradesini bertaraf eden bir işlem yapıp, sözleşmeden tek başına işlemle çekilemez. Sözleşmeye taraf olmada uygun bulma yasasının kabulü ve buna yürütmenin iradesinin eklenmesi söz konusu olduğu için, çekilmede de iki farklı iradenin bir araya gelmesi gerekir. Sözleşmenin tarafı olan üye ülkeler iç hukuktaki bu düzenlemeleri dikkate almaksızın, sadece onay işlemine yetkili organın (Cumhurbaşkanının) işlemine bakarak değerlendirme yapar[42].

---

kanınca yapılan teknik veya idari nitelikteki andlaşmalar;

a) İktisadi veya ticari nitelikte olmamak,

b) Özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin haklarını ilgilendirmemek,

c) Türk kanunlarına değişiklik getirmemek, kaydıyla Resmî Gazete'de yayımlanmayabilir. Bu fıkrada belirtilen andlaşmaların onaylanmasına ilişkin Cumhurbaşkanı kararları da Resmî Gazete'de yayımlanmayabilir" (9 sayılı CBK, m.4); "Onaylanmanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu olan andlaşmalar, Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilir" (9 sayılı CBK, m.6/1).

42 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin, "Andlaşmaların geçersizliği" başlıklı 46 ncı maddesindeki düzenlemeye göre;

C- Cumhurbaşkanının Anayasa ve Yasayla Bağlılığı

Anayasanın yürütme yetki ve görevi" başlıklı düzenlemesine göre, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" (m.8).

CB'nin yemininde, "Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılâplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma" ant içerim denmektedir[43].

Ayrıca, "Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir" (m.104/18).

Yasama ve yürütme işlemleri birbirinden şekli-organik ölçüte göre ayrılabilir. Düzenleyici işlemler, yasama işlemleri dışında kalan organlar tarafından yapılan genel ve soyut işlemlerdir[44]. "İdarenin düzenleyici işlemleri; maddi olarak kanuna benzese de şekli kanunlar gibi asli düzen-

"1. Bir Devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.

2. Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikardır".

Bu düzenleme onaylamayla ilgili olmakla beraber, çekilme konusunda da birçok maddede değişik düzenlemeler olmakla beraber, 67/2 nci maddedeki düzenleme konumuza ışık tutabilir: "2. Bir andlaşmayı, andlaşmanın hükümlerine veya 65. maddenin 2 ci veya 3 cü paragrafına göre geçersiz ilan eden, sona erdiren, ondan çekilmeyi veya onun yürürlüğünü askıya almayı öngören herhangi bir işlem, diğer taraflara iletilen bir belge ile yapılır. Belge, Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı, veya Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmazsa, bu Devletin belgeyi ileten temsilcisinden yetki belgesini göstermesi istenebilir". Dolaysıyla sözleşmenin taraflarının çekilme bakımından hangi yetkilileri dikkate alacağı belirlenmiştir. (file:///C:/Users/admin/Documents/Desktop/AYM,%20USP'sinden%20al%C4%B1nanlar/YORUM%20%C3%9CZER%C4%B0NE%20BURADA,%2024.1.19/A%C4%B0HM%20Yorumu/Yorum%20bir%20k%C4%B1sm%C4%B1/YORUM%20HK%20MAKALELER%2018.5.17/Viyana%20Andla%C5%9Fmalar%20Hukuku%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%2002.05.17.pdf; siteyi ziyaret tarihi: 7.7.2022).

43 "Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılâplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine ant içerim" (m.103).

44 Gürer, Onur: Cumhurbaşkanının Düzenleyici İşlemleri, 1.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.119.

leme yetkisini taşımamakta, kanunun açık atfına ihtiyaç duymaktadır"[45]. İstanbul Sözleşmesinden çekilmede yürütme organı, Anayasada yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisini (CBK) kullanmadığı için, yasadan açık yetki almasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu açıklamalar ve 104/17 nci maddedeki düzenlemeler karşısında CB'nin yasayla bağlılığı ilkedir. Sözleşmelerin uygun bulunmasına ilişkin yasa da bunlar arasında olduğu için, TBMM'nin iradesinin dışına çıkılmaması gerekir. Eğer taraf olunan sözleşmenin tamamı veya bir kısmından çıkılması gerekir ve ilgili sözleşmedeki düzenlemeler elverirse, yeni bir uygun bulma yasası çıkarılarak, gereğinin buna göre yapılması uygun olur. Ancak, uygun bulma yasası hükümleri yürürlükte iken, bu yasanın yürütmenin tek taraflı işlemi ile feshinin mümkün olmaması gerekir. Hukuk devleti ilkesi bunu gerektirir.

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖRNEKLER

AYM kararında 4749 sayılı Yasanın 9 uncu maddesiyle ilgili değerlendirmesinde, olayda uygun bulma yasasına gerek olmadığının tespiti yapıldıktan sonra istem reddedilmiştir[46]. Buradan varılacak sonuç, uygun bulma yasasının şart olduğu durumlarda farklı değerlendirme yapılması gerekecektir.

Yürütme organı tarafından yapılan bir işlemin (CBK) yorumlanması ve içeriğinin belirlenmesi yürütme organının (CB'nin) değil, uygulayıcıların işidir. Örneğin parlamento yasayı çıkarır, ancak yasanın ne dediği konu-

---

45 Gürer, 2022, s.119.

46 28.3.2002 gün ve 4749 sayılı Yasanın 9 ncu maddesinin sonuna eklenen fıkra şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlara yapılacak savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili görüşmelerde bulunmaya ve andlaşmalar imzalamaya, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek kişi ve kuruluşlar yetkilidir. Yabancı ülkelere bu amaçla verilecek hibe ve yardım karşılıkları Maliye Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Söz konusu andlaşmalar Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe girer. Andlaşmada belirtilen nakdi hibe ve yardımlar bütçeye gider kaydedilerek T.C. Merkez Bankasında ilgili ülke adına döviz cinsinden açılacak hesaba aktarılabilir. Ödemeler, andlaşma hükümleri çerçevesinde ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek esaslar dahilinde ilgili hesaptan yaptırılır".

Bu düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiası üzerine AYM, "Anayasa'nın 90. maddesinin üçüncü fıkrasının aradığı yetkinin yasal dayanağı, söz konusu 9. maddenin son fıkrasının ilk tümcesidir. Bu nedenle, savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili andlaşmalar için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun bulma kanunu çıkarması zorunluluğu bulunmadığından, söz konusu andlaşmaların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe gireceğini öngören 4749 sayılı Yasanın 9. maddesinin son fıkrasının üçüncü tümcesi Anayasa'nın 90. maddesine aykırı değildir" gerekçesiyle istemi reddetmiştir (AYM, 2003/86, 2004/6, 28.1.2004).

sunda parlamentonun yorum yapma yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının da CBK'nin içeriğinin ne olduğu konusunda son sözü söyleme yetkisi olamaz. Çünkü norm, yürürlüğe girdikten sonra makama bağlı düşünülemez. 1924 Anayasasında yasaların parlamento tarafından yorumu vardı (m.26) ve bu yorum uygulamada bağlayıcılığa sahipti. 1961 Anayasasında AYM kurularak, parlamento yorumundan vazgeçildi. Bu konuda 1982 ve 1961 Anayasasında temelde farklılık yoktur.

Oysa hangi konularda CBK çıkarılacağı veya çıkarılamayacağı anayasada tek tek sayılmıştır. 1961 Anayasası döneminde de CB'nin antlaşmaları onaylama ve yayımlamasına yer verilmişti ve bu konu 244 sayılı yasayla kabul edilmişti. 1961 ve 1982 Anayasalarında sözleşmelerin onay ve yayımlanması konusunda özde bir değişiklik olmadığı halde, 31 Mayıs 1963 gün ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile düzenleniyordu.

244 sayılı Yasanın 1, 2, 3, 4 ve 6'ncı maddeleri, 2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 181'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve 244 sayılı Yasanın anılan hükümleri, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyarlanmak amacıyla, 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 9 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"ne aktarılmıştır. Aynı zamanda 703 sayılı KHK'nin 181'inci maddesiyle 244 sayılı Yasanın adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" biçiminde değiştirilmiştir[47].

Aslında 2/7/2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin 181 inci maddesiyle, 244 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun"un adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklikte yer alan, "Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi" kavramı, CB'ye CBK çıkartma yetkisi verilmesi anlamına değil, Bakanlar Kurulu kavramı yerine Cumhurbaşkanı kavramının getirilmesinden ibarettir.

47 Değerlendirme için bkz. Gözler, Kemal: "İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler" (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı); "https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

9 sayılı CBK ile, Cumhurbaşkanına CBK çıkarmaya yetki verilmesi açıkça Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındaki düzenlemelere aykırıdır[48]. Çünkü Anayasada CBK'lerin çıkarılabileceği konular tek tek sayıldığı için, sayılan konular dışında CBK çıkarılamaz.

AYM bir kararında, Anayasanın 123/3 üncü maddesinde yer alan, "Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" düzenlemeden hareketle, "kurulma" hangi normla gerçekleştiriliyorsa, "fesih"in de aynı normla gerçekleştirilebileceğine işaret etmiştir. AYM, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanununun 20 nci maddesini, kamu tüzel kişiliğinin ancak yasayla veya CBK ile kaldırılabileceği gerekçesiyle Anayasanın 123/3 üncü maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. AYM'nin gerekçesinde şunlara yer verilmiştir: "(...) Kamu tüzelkişilikleri devam eden birliklerin feshine karar verilmesi ise kamu tüzelkişiliklerinin sona ermesine yol açacaktır. Kanun'un 20. maddesinin (3) numaralı fıkrasında tüzelkişiliği sona erdirilen sulama birlikleri tarafından işletilen sulama tesisleri hakkında 6200 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. (...) Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası "*Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*" şeklinde iken, 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*" şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki Anayasa hükmüne göre, kamu tüzelkişiliği ancak kanunla ya da CBK'yle kurulabilir. Aynı şekilde bir kamu tüzelkişiliği ancak kanunla ya da CBK ile kaldırılır. 6771 sayılı Kanun'dan önceki dönemde yürürlükte olan "*Kamu tüzelkişiliği, (...) kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*" hükmü yürürlükte olmadığından, kamu tüzelkişiliğinin artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması veya kaldırılması mümkün değildir. (...) Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamu tüzelkişiliğinin, kanunla veya CBK ile kurulacağı şeklindeki düzenleme kamu tüzelkişiliğine sahip sulama birlikleri yönünden de geçerlidir. Kamu tüzelkişiliğinin veya organlarının kanunla veya CBK'ye dayanılarak kurulması zorunluluğu, kamu tüzelkişiliğinin veya organlarının ortadan kaldırılması bakımından da geçerli olacaktır. Bu durumda bir kamu tüzelkişiliği de ancak kanunla ya da CBK ile kaldırılabilir. Dolayısıyla birliklerin DSİ'nin teklifi üzerine

48 Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Gözler, Kemal: "İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler" (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı); "https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

Bakan onayı ile feshedileceğini öngören dava konusu (1) numaralı fıkra, Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasıyla bağdaşmamaktadır. (…) Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır. İptali gerekir"[49],[50].

Görüldüğü gibi bu kararın gerekçesi, uygun bulma yasasıyla kabul edilen bir antlaşmadan çekilme veya antlaşmanın feshinin de aynı yöntemle gerçekleştirilmesi gerekir.

Nihayet ABD'den bir örnek vermek gerekirse; ABD ile Çin (şimdiki Tayvan devleti) arasında 1955 yılında yapılan sözleşme sonrası şimdiki Çin Halk Cumhuriyeti ile yapılan görüşmeler sonucunda, 1978 yılında ABD Devlet Başkanı Carter, Çin Halk Cumhuriyetini tanırken, Tayvan'ı tanıma kararını iptal eder. Sözleşmenin bu şekilde iptal edilmesi bir Senatör tarafından dava konusu edilir, ancak Federal Yüksek Mahkeme, dava konusunun Başkan'ın "dış politikayla ilgili yetkilerinin kullanımı" olduğu ve "Senato ve Kongre, Başkan'ın bu uygulamasını etkisiz duruma getirme yetkisine sahiptir" diyerek başvuruyu incelememiştir[51]. Buradaki olayda doğrudan kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili bir husus yer almadığı için, mahkemenin davayı incelemeye yetkisinin olmadığına karar vermesi doğaldır.

IV- İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

"Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"nin içeriğine göz attığımızda, tüm maddelerinin kadına karşı şiddetle ilgili olarak yasak fiiller ve bu fiillerle ilgili olarak taraf ülkeler tarafından alınacak/alınması gereken önlemlere işaret edilmektedir. Dolayısıyla bu Sözleşmede yer alan konularla ilgili olarak taraf devletlerin yükümlülüklerinin neler olduğunun en ince noktalarına kadar ele alındığı görülmektedir. Böyle bir düzenlemeye taraf devletin kadın haklarını uluslararası boyutta korumayı kabul etmesi ne-

49 AYM, 2018/104, 2020/39,16.7.2020, par.260-263; R.G.:27.11.2020, Sayı:31317.

50 Kamu tüzel kişiliğinin kurulması yasayla gerçekleştirilmişse, CBK ile kaldırılamaz. Bkz. Gürer, 2022, s.162; Yasin, Melikşah: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı, 36 (1), 2019, s.320'de, Anayasanın 123/3 ncü maddedeki düzenlemeden hareketle, "Cumhurbaşkanı, bu hükme göre, bir kanunî dayanağa ihtiyaç duymadan doğrudan kamu tüzel kişisi kurabilir ise de eğer kanun koyucu o konuda farklı bir irade ortaya koyar ise artık kanun hükümleri geçerli olur" denmektedir. (ss.315-333).

51 Öztürk, Fatih: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.55. Kitapta, ABD hukukunda içtihatlarla kimi işlemlerin, dört kritere göre, "politik sorun" olarak kabul edildiği ve bunlar için yargı denetimi kabul edilmemekte olduğuna işaret edilmektedir (s.100).

deniyle, iç hukukta kadını koruyan hükümler bulunsa da, ayrıca uluslar arası yükümlülüklerin kabul edilmesi, kadınların daha güvencede olmalarının sağlanması bakımından çok önemlidir[52].

Bu sözleşmede yer alan kimi hükümlerin bir kısmı yetersiz veya gereksiz bulunabilir. Bu doğaldır. Ancak taraf devletlerin, kadının temel haklarından en önemlisini, şiddete karşı korunmayı sağlamaya yönelik tedbirler almaları gerekmektedir. Ayrıca Sözleşmenin doğrudan uygulanabilecek olan hükümlerinin iç hukukta direkt uygulanmasının da sağlanması gerekir.

Avrupa Konseyi yayınlarına göz atıldığında, "Sözleşmenin her bir maddesinde şiddet eylemlerinin meydana gelmesinin önlenmesi, mağdurlara yardım edilmesi ve faillerin adalet önüne çıkartılması amaçlanmaktadır. Sözleşme, örneğin aile içi şiddet, ısrarlı takip, cinsel taciz ve psikolojik şiddet gibi, kadına yönelik farklı şiddet türlerinin suç olarak kabul edilmesini ve bunlara karşı yasal yaptırımlar getirilmesini gerekli kılmaktadır. Kadına yönelik şiddete bir isim verilmesi ve bunun bir suç olduğunun bilinmesi, bu olayın ortadan kaldırılmasına yardımcı olacaktır" denmektedir[53].

---

52 Bkz. 2019 yılında çıkarılan "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi): sorular ve cevaplar" isimli Avrupa Konseyi yayınında şuna işaret edilmektedir: "Kadına yönelik şiddet, sosyal, ekonomik veya milli sınır tanımayan, yapısal ve küresel bir olaydır. Kadına yönelik şiddet ciddi bir insan hakkı ihlalidir ve genelde cezasız kalmaktadır. Avrupa'da kadınlar her gün kendi evlerinin "güvenli" ortamı içinde psikolojik ve fiziksel suistimal, ısrarlı takip, taciz, tecavüz, kadın sünneti, aileler tarafından evlenmeye zorlanma veya istekleri dışında kısırlaştırmaya maruz bırakılmaktadırlar. Kadına yönelik sonsuz sayıda şiddet örneği olup, mağdurları ise saymakla bitmez. Ulusal ve Avrupa çapındaki araştırmalar ve farkındalık artırmaya yönelik kampanyalar aile içi ve cinsel şiddetin ne kadar yaygın olduğunu ortaya koymuştur. Avrupa'nın dört bir yanındaki '#MeToo' hareketleri kadınların uğradığı cinsel tacizin boyutlarına ve kadınların buna karşı seslerini duyurmadaki güçlüklerine ışık tutmuştur. Pek çok kadın ya çok korktukları ya da utandıkları için yardım istememekte, sessiz kalmalarını yaşamlarıyla ödemektedirler. Seslerini yükseltenler ise her zaman duyulmamaktadırlar. Aile içi şiddet çoğunlukla kadınları ama aynı zamanda erkekleri, çocukları ve yaşlıları da etkileyen bir başkaca yaygın şiddet türüdür. Faillerin pek azı mahkeme önüne çıkartılıp, daha da azı hüküm giymektedir". (https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/1379/PREMS%20039419%20TUR%202574%20Brochure%20Questions%20Istanbul%20Convention%20WEB%2016x16.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y; siteyi ziyaret tarihi:17.7.2022).

Me Too hareketi'nin çok çeşitli yerel ve uluslararası isimlerle ortaya çıkan cinsel taciz ve cinsel saldırıya karşı bir hareket olduğu, hareketin, özellikle iş yerinde cinsel saldırı ve tacizin yaygın olduğunu gösterme çabasıyla, Ekim 2017'de sosyal medyada yayılmaya başladığı ifade edilmektedir. (https://tr.wikipedia.org/wiki/Me_Too_hareketi, siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

53 "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi): sorular ve cevaplar", 2019, s.4.

Bu sözleşmede kadın dışında kalan aile bireylerinin haklarının korunmasına da yer verilmekle beraber (örneğin, m.3/b'deki tanımlardan hareketle)[54], "Sözleşme daha çok kadınlar için geçerlidir, çünkü kadınların kadın oldukları için (zorunlu kürtaj, kadın sünneti) maruz kaldıkları veya erkeklere kıyasla daha fazla maruz kaldıkları türden (cinsel taciz ve ırza geçme, ısrarlı takip, cinsel taciz, aile içi şiddet, zorla evlendirme, zorla kısırlaştırma) şiddet türlerini kapsamaktadır. Bu şiddet türleri erkeklerle kadınlar arasındaki eşit olmayan güç ilişkileri ve kadınlara karşı yapılan ayrımcılıktan kaynaklanmaktadır"[55].

İstanbul Sözleşmesinin "giriş" kısmına baktığımızda, ülkemizin tarafı olduğu çok sayıda Sözleşmeye ve sözleşme organlarının kararlarına atıfta bulunulması bir yana, maddelerinde yer alan hükümler ile Anayasamıza eklediğimiz kadın hakları bakımından eşitliğe aykırı sayılamayacak düzenlemelerin kabul edilmesi (m.10/2)[56], anayasa koyucumuzun kadınların korunması yönünde çok önemli bir temel düşünceyi benimsediğini göstermektedir.

İstanbul Sözleşmesinin, "Sözleşmenin Maksatları" başlıklı 1 inci maddesindeki düzenlemelerde şunlar yer almaktadır: "a- Kadınları her türlü şiddete karşı korumak ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, kovuşturmak ve ortadan kaldırmak; b- Kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak; c- Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarının korunması ve bunlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politika ve tedbirler tasarlamak; d- Kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırma amacıyla uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak; e- Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin ortadan kaldırılması için bütüncül bir

54 İstanbul Sözleşmesinin 3/b maddesindeki düzenlemede sadece kadına işaret edilmemektedir: " 'aile içi şiddet', eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri olarak anlaşılacaktır"

55 "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi): sorular ve cevaplar", 2019, s.5. https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/1379/PREMS%20039419%20TUR%202574%20Brochure%20Questions%20Istanbul%20Convention%20WEB%2016x16.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y; siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

56 Anayasanın 10/2 nci maddesindeki düzenleme şöyle: "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz".

yaklaşımın benimsenmesi maksadıyla kuruluşların ve kolluk kuvvetleri birimlerinin birbiriyle etkili bir biçimde işbirliği yapmalarına destek ve yardım sağlamak".

Sözleşmede yer alan hükümlerin tümüyle temel haklarla ilgili olduğu görülmektedir. Sözleşme hükümlerinin temel haklarla ilgili olması nedeniyle, yasama organının uygun bulma yasası üzerine yürütme organı bunu onaylamıştır (Anayasa, m.90/1).

Sözleşme iç hukukumuz bakımından yasa gücünde olduğu gibi, aynı konuda düzenleme getiren yasa ile temel hakları ilgilendiren Sözleşme hükmünden hangisinin uygulanacağı konusunda da anayasamızda açık düzenleme kabul edilmiştir.

Bu düzenlemeye göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" (Anayasa, m.90/son).

Temel haklarla ilgili olması nedeniyle, aynı konuda farklı hükümler olması halinde yasa hükmünün değil, Sözleşme hükmünün uygulanması gerekmektedir[57].

Diğer yandan, özellikle temel haklarla ilgili olması nedeniyle, Sözleşme hükmünün yürütme işlemiyle feshedilmesi mümkün değildir. Çünkü temel hakların sınırlanası yasama organına ait olduğundan (Anayasa, m.13), uygun bulma yasası ile içeriğinde kadınların korunması yer alan sözleşmeden yürütme organın tek başına çekilmesi, kadının uluslararası boyutta korunması savunmasız kalabilir. Kaldı ki, Anayasamızın Başlangıcının İkinci paragrafındaki, "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olmak, insan haklarına saygılı devlet anlayışının değiştirilemezliği gibi düzenlemeler (m.2 ve 4), uygun bulma yasası da olmaksızın sözleşmeden yürütme işlemiyle çekilme, kadınlarımızın evrensel insan haklarından mahrum kalmaları sonucunu doğurabilir ve bu durum Anayasanın ilgili hükümlerine aykırılık oluşturur.

Ayrıca İstanbul Sözleşmesinde yer alan ve sözleşmeye taraf ülkelerin çekince koymalarının mümkün olduğu (m.78'de belirtilen) maddeler ba-

57 Konuyla ilgili bkz. Şahbaz, İbrahim: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, Sayı 54, 2004, s.178-216.

kımından Türkiye'nin çekinceler koymadığı da anlaşılmaktadır[58]. Bu sözleşmeye yönelik çekincelerden sonradan vazgeçmenin de kurala bağlandığı görülmektedir[59]. Bu Sözleşmenin feshinin nasıl yapılacağı konusunda da özel düzenleme kabul edilmiş[60] olmakla beraber, iç hukukumuz bakımından çekilmenin Anayasaya uygun olduğundan söz edilebilmesi için, yasama organının yeni bir iradesinin ortaya konması gerekirdi.

Diğer yandan, kadına karşı şiddet "ev içi", "toplum içi" ve "devlet kay-

58 İstanbul Sözleşmesinin "Çekinceler" başlıklı 78 nci maddesi şöyle:

"1- 2. ve 3. fıkralarda belirtilen istisnalar hariç, bu Sözleşmenin hiçbir hükmüne ilişkin çekince konamaz.

2- Bir Devlet veya Avrupa Birliği, Sözleşmeyi imzaladığı esnada veya onay, kabul veya katılım belgesini teslim ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunup aşağıdaki maddelerin hükümlerini uygulamama hakkını veya yalnızca spesifik durumlarda veya koşullarda uygulama hakkını saklı tuttuğunu beyan edebilir:

– Madde 30, 2. fıkra;

– Madde 44, 1.e, 3. ve 4. fıkra;

– Madde 55, küçük suçlara ilişkin Madde 35'e göre 1. fıkra;

– Madde 37, 38 ve 39'a göre Madde 58;

– Madde 59.

3- Bir Devlet veya Avrupa Birliği, Sözleşmeyi imzaladığı esnada veya onay, kabul veya katılım belgesini teslim ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunup Madde 33 ve 34'te belirtilen davranışlar için cezai yaptırımlar yerine cezai olmayan yaptırımlar uygulama hakkını saklı tuttuğunu beyan edebilir.

4- Taraflardan herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunup, bir çekinceyi tamamen veya kısmen geri çekebilir. Bu bildirim, Genel Sekretere ulaştığı tarihten itibaren geçerli olacaktır".

59 İstanbul Sözleşmesinin "Çekincelerin geçerliliği ve gözden geçirilmesi" 79 ncu maddesindeki düzenleme:

"1- Madde 78, 2. ve 3. fıkralarda söz edilen çekinceler, bu Sözleşmenin ilgili Taraf açısından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık bir süre için geçerli olacaktır. Ancak, bu çekinceler aynı süreler için yenilenebilir.

2- Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, çekincenin geçerlilik süresinin bitiminden onsekiz ay önce, ilgili Tarafa bu sürenin biteceğine dair hatırlatma yapacaktır. Sürenin dolmasından en geç üç ay öncesine kadar ilgili Taraf çekincesini sürdüreceğini, değiştireceğini veya geri çekeceğini Genel Sekretere bildirecektir. İlgili Taraf bir bildirimde bulunmadığı takdirde Genel Sekreterlik bu Tarafa çekincesinin altı aylık bir süre için daha otomatik olarak geçerli sayılacağını bildirecektir. Bu sürenin bitiminden önce ilgili Taraf çekincesini sürdüreceğine veya değiştireceğine dair bir niyet bildirmediği takdirde çekince geçerliliğini kaybedecektir.

3- Taraflardan herhangi biri, Madde 78, 2. ve 3. fıkralara uygun olarak çekince koyduğu takdirde, bu çekince yenilenmeden önce veya talep üzerine, çekincenin devam etmesinin gerekçeleri hakkında GREVIO'ya bir açıklama yapacaktır".

60 İstanbul Sözleşmesinin, "Sözleşmenin feshi" başlıklı 80 nci maddesindeki düzenleme:

"1- Taraflardan herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapacağı bir bildirimle, herhangi bir zaman bu Sözleşmeyi feshedebilir.

2- Sözleşmenin feshi, konuya ilişkin bildirimin Genel Sekretere ulaştırıldığı tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir".

naklı" olabilmektedir[61]. Aile kavramı toplumdan topluma değişmekle beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), aile kavramını, çiftlerin birlikte yaşayıp yaşamadıkları, aralarındaki ilişkinin süresi ve birbirlerine olan bağlılıklarını ortaya koyan bilgilere göre belirlemektedir[62].

Devletin genel olarak kadına karşı ve özel olarak aile içi şiddeti önleme bakımından negatif ve pozitif yükümlülüğü vardır. AİHM'nin aile içi şiddet konusunda ülkemiz bakımından verdiği kararlar[63] ile günlük yaşamda karşılaşılan çeşitli olaylar karşısında kadın haklarının korunması savsaklanamayacak boyutlara ulaşmıştır.

Kadının korunması konusunda çıkarılan 4320 ve 6284 sayılı Yasalar ve ceza yasalarındaki düzenlemelere[64], özel Bakanlık kurulmasına karşın kadının korunamaması, bu konuda AYM'nin ihlal kararlarına karşın[65], İstanbul Sözleşmesinden çıkılması kararı ülkemiz bakımından bir talihsizliktir. Özellikle 8.3.2012 gün ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanundaki[66] düzenlemeye göre, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır" (m.1/2-a) hükmü karşısında, 6284 sayılı Yasanın bu hükmü yürürlükteyken, bu hükmü etkisiz kılan işlem yapılmaması gerekirdi. 6284 sayılı Yasanın bu hükmüyle, İstanbul Sözleşmesine yollamada bulunulması dikkate alındığında, Sözleşmeden çekilme işlemi yasayı etkisiz kılabilecektir.

6284 sayılı Yasanın 1/2-a maddesine, "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ne yollamada bulunulmasına karşın, İstanbul Sözleşmesinden çekilme kararı, 6284 sayılı Yasanın bu hükmünün uygulanıp uygu-

---

61 Öncü, Gülay Arslan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013, s.44 (ss.39-63).

62 Öncü, 2013, s.47.

63 Öncü, 2013, s.51 vd.

64 Centel, Nur: "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013, s.1-12.

65 Örneğin, AYM, Genel Kurul, 2017/32972, 29.9.2021; R.G.:2.12.2021, Sayı: 31677.

66 Bkz. 8.3.2012 gün ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun; R.G.:20.3.2012, Sayı: 28239.

lanmayacağını tartışmalı hale getirdiği gibi, CBK ve bu kararnameye dayanılarak alınan Cumhurbaşkanı kararının yasayı etkisiz hale getirdiği de söylenebilir. Oysa CBK ile hem yasalarla düzenleme getirilen konularda düzenleme yapılmaması, hem de temel haklar bakımından CBK düzenlenmesi Anayasayla yasaklanmıştır (m.104/17).

V- SÖZLEŞMELERDEN ÇEKİLME KONUSUNDA CUMHURBAŞKANININ YETKİLERİ

Cumhurbaşkanının Sözleşmeleri imzalaması ve karar verme bakımından yetkilerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Çünkü CB'nin uygun bulma yasasını imzalaması ile sözleşmeden çıkma bakımından karar vermesinin yetki bakımından farklı değerlendirilmesi gereken hususlardır.

A- Cumhurbaşkanının Sözleşmelerdeki Yetkileri

Cumhurbaşkanının uluslararası sözleşmeleri "onaylama ve yayımlama" yetkisini kullanabilmesi şarta bağlıdır. Anayasada CB'nin bu "onaylama" yetkisini kullanabilmesi "kural olarak", Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM'nin) önceden onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlanmıştır.

Anayasada Cumhurbaşkanının yasayla uygun bulma sözleşmesinden çekinmesine yetki veren düzenleme bulunmamaktadır.

9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği, bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; Cumhurbaşkanı kararı ile tespit olunarak Resmî Gazete'de yayımlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır".

Burada yer alan "Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır" ibaresi, sözleşmenin öncesinin mutlaka bir yasaya dayandığı haller içindir.

Uluslararası hukuk açısından sözleşmelerin sona ermesi ve fesih konusundaki değerlendirmelere göre; birincisi, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bir hükmün sözleşmeye açıkça konması; ikincisi, tarafların ortak iradeleriyle sözleşmenin sona ermesi; üçüncüsü, "antlaşmalarda köklü değişiklik, sonraki imkânsızlık gibi bazı durumların ortaya çıkması sonu-

cunda antlaşmanın sona ermesi"; dördüncüsü, devletin tek taraflı irade beyanı fesih veya çekilme ile sona ermesidir[67].

Bunlardan fesih, sözleşme taraflarından birinin bundan sonra sözleşme ile bağlı olmayacağını bildiren işlemdir[68].

Buna karşın çekilme, çok taraflı sözleşmelerde, taraflardan birinin kendisi bakımından bu sözleşme ile artık bağlı olmayacağına ilişkin açıklamasıdır[69]. Taraflardan birinin çekilmesi halinde sözleşmenin tüm taraflar açısından son bulacağı hususunda hüküm konulması mümkündür[70].

Türk hukukuna göz attığımızda; sözleşmenin sona ermesi konusunda 244 sayılı Yasanın mülga 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasındaki düzenlemeye göre[71], "Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur".

Aynı konuda çıkarılan 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasındaki düzenleme ile, "Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, Cumhurbaşkanı kararı ile olur" hükmü getirildi.

244 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılan bir kısım maddeleri ile 9 sayılı CBK'nin bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; önceden uygun

67 Ulusoy, 2021, s.151-152. Gözler, Kemal: Cumhurbaşkanı'nın Uluslar arası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var Mı?" (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler); https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022) burada fesih değil, çekilme kavramına yer verilmesi gerektiğine işaret etmektedir: "burada "fesih" kelimesi teknik olarak doğru bir kelime değildir. Çünkü söz konusu Sözleşme, hâliyle çok taraflıdır ve dolayısıyla varlığını sürdürmektedir. Cumhurbaşkanının yaptığı şeyin adı "fesih" değil, "çekilme (retrait)"dir".

68 Ulusoy, 2021, s.152.

69 Viyana Sözleşmesinde "fesih" ve "çekilme" kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığı ve aynı hukuki etkide oldukları hk. Bkz.Ulusoy, 2021, s.152.

70 Ulusoy, 2021, s.153.

71 244 sayılı Yasanın 3 ncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/181 md.).

bulma yasasıyla kabul edilen sözleşmelerin sona erdirilmesi için, usulde paralellik ilkesi gereğince, yeni bir uygun bulma yasası gerekip gerekmeyeceği tartışma yaratmaktadır[72]. Yetkide ve usulde paralellik ilkesi kamu hukukunda kabul edilmiş bir temel ilkedir[73]. Örneğin, 1982 Anayasasının mülga[74] 109 ncu maddesinin 3 üncü fıkrasındaki düzenleme şöyleydi: "Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir". Uluslararası çok taraflı bir sözleşmeden çekilme konusu ayrıca böyle bir düzenleme yapılmasına gerek olmayacak kadar açıktır.

Uygun bulma yasası ile onaylanan sözleşmelerin yürürlükten kaldırılması veya feshinin yine yeni bir uygun bulma yasası ile sağlanması gerekir[75]. Uygun bulma yasası çerçevesinde onaylanan bir sözleşmeden, yeni bir yasayla feshinin sağlanması kabul edilmez ve Cumhurbaşkanının önceden kullandığı onay yetkisini geri çekmesiyle sözleşmenin feshedildiği kabul edilirse, kurumsal farklılıklar olsa da, Cumhurbaşkanının yasanın yayımlanmasından sonra (m.89) imzasını yayımdan geri çekmesi gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, hukukta bunun yeri olamaz.

Sözleşmeden çekilmede uygun bulma yasasına gerek olmadığı görüşünün, uygun bulma yasasıyla kabul edilmeyen sözleşmeler için savunulması mümkündür[76]. Uygun bulma yasasına gerek olmayan durumlarda sözleşmenin CBK ile kabul edilmesi de savunulmakta ise de[77], temel hakları ilgilendiren sözleşmelerin uygun bulma yasasıyla kabul edilmesine göre çekilmenin de uygun bulma yasası ile gerçekleştirilmesi gerekir.

Anayasadaki düzenlemelere daha yakından bakıldığında; CB'nin uygun bulma yasası sonrası sözleşmeyi onaylaması ile sözleşme konusun-

72 Ulusoy, 2021, s.153.

73 "Yetkide ve usulde paralellik, kamu hukukunun, yazılı olmasa bile herkesçe bilinen ve yerleşik hâle gelmiş bir ilkesidir. Bu ilkeye göre, mevzuatta aksine hüküm olmadıkça bir işlem, hangi makam(lar) tarafından hangi usul(ler) ile kurulmuş ise bunun kaldırmada da aynılarının geçerli olması gerekir" (Şirin, Tolga: "Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", 24 Mart 2021; https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu (siteyi ziyaret tarihi:17.7.2022).

74 Madde 17.4.2017 gün ve 6771 sayılı Anayasada değişiklik içeren Yasanın 16/E maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

75 Aynı yönde bkz. Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.812-813; Gürer, 2022, s.189-190.

76 Gürer, 2022, s.189.

77 Eren, 2021, s.812-813.

daki yetkisi biter; CB'nin bu yetkiyi yeniden kullanabilmesi için, yasama organının iradesinin yeniden devreye girmesi gerekir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, CB'nin yasayla verilmeyen bir yetkiyi karar şeklinde kullanabilmesi mümkün değildir. Çünkü temel haklara ilişkin uygun bulma yasasıyla taraf olunan sözleşmeden CB'nın tek başına çekilmesi Anayasa ve yasada kabul edilmemiştir.

Anayasamızın Başlangıcının 4 üncü paragrafındaki düzenleme, "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" şeklindedir.

Ayrıca, Anayasanın 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" düzenlemesi de dikkate alındığında, yasama organı tarafından kabul edilen uygun bulma yasasında yine parlamento tarafından değişiklik yapılarak yürütmeye yetki verilmedikçe, yürütme organının yasayı mülga edecek şekilde bir yetki kullanması mümkün değildir. Özellikle Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, CBK'nin dahi yasa karşısında uygulanmasının mümkün olmaması nedeniyle, uygun bulma yasasının aksine bir yaklaşımla ve yetkilendirilmemiş bir konuda yürütmenin sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir.

Gerçekte, Anayasanın 90 ıncı maddesinde yürütme organının uygun bulma yasası ile onaylanan bir sözleşmeyi feshetmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yürütme organı ancak, uygun bulma yasasına dayanmayan sözleşmelerde bu yetkiyi kullanabilir.

Bir başka açıdan ise, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak CBK çıkarılmasının mümkün olmaması dikkate alındığında (m.104/17), temel haklarla ilgili sözleşmelerde yürütmenin "karar" yetkisinin hiç olmaması gerekmektedir.

Gerçekte temel haklarla ilgili sınırlamaların yasayla yapılmasına ilişkin Anayasa hükmü bir yana (m.13); CBK çıkarılmasına yasak alanlarla ilgili Anayasa hükmüne göz attığımızda (m.104/17), "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararname-

si çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir" düzenlemesi nedeniyle de, uygun bulma yasasına dayalı olarak kullanılan bir yürütme yetkisiyle yasanın etkisiz kılınması düşünülemez. Çünkü CBK ile yetki verilmeyen bir konuda, CB kararı ile işlem yapılamaz.

Türkiye'nin 11 Mayıs 2011 tarihinde ilk imzacısı olduğu, kamuoyunda **"İstanbul Sözleşmesi"** olarak bilinen **"Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"** ile ilgili olarak 30.4.2021 gün ve 31470 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 29.4.2021 gün ve 3928 numaralı Cumhurbaşkanı Kararı şöyledir:

*"19.03.2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti bakımından **feshedilen,** 'Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından **sona erme tarihinin 1.7.2021** olarak tespit edilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesi gereğince karar verilmiştir".*

Cumhurbaşkanının bu kararının dayanağını oluşturan 9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesi üzerinde durmak gerekir. Cumhurbaşkanının bu kararında 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesinin hangi fıkrasına dayanıldığı belirtilmemiştir. Oysa anılan 3 ncü madde "onaylama" başlığı altında üç fıkradan oluşmaktadır. Maddenin her fıkrasında farklı konuyla ilgili düzenlemeye yer verilmiştir.

Buna göre, birinci fıkrada, "Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların **feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma,** Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını **durdurma ve bunları sona erdirme**, Cumhurbaşkanı kararı ile olur"; ikinci fıkrada, "Onaylama konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, onaylamaya ilişkin Cumhurbaşkanı kararına ekli olarak Resmî Gazete'de yayımlanır" ve üçüncü fıkrada, "Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuri-

yetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği, bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; Cumhurbaşkanı kararı ile tespit olunarak Resmî Gazete'de yayımlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır" düzenlemeleri bulunmaktadır[78].

Bu düzenlemelerden hareketle bakıldığında, "sona erme/erdirme" kavramlarına 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında yer verildiği anlaşılmaktadır.

a- Yetki Sorunu

9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, "yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır" hükmü, aslında Cumhurbaşkanı kararının tek başına değil, uygun bulma yasası artı CB kararı ile tekemmül ettirilerek sözleşme yasa gücünü kazanmaktadır.

Ancak sözleşmenin yasa gücünü kazanması söz konusu olduğuna ve yasaların CB'nin bir imzası ile yürürlükten kaldırılamadığına göre, sözleşmenin de CB kararı ile yürürlükten kaldırılması mümkün değildir. Sözleşmenin yasa halini alabilmesi için, yasama ve yürütmenin iradesinin birleşmesi gerekir. Sözleşmeden çekilmeden söz edilebilmesi için de, uygun bulma yasasının yürürlükten kaldırılması iradesinin parlamento tarafından ortaya konması gerekir.

Bu nedenle, CB'nin tek başına sözleşmeyi yürürlükten kaldırması, yetkisiz olunan bir konuda yürütmenin yetki kullanması sayılacağı için, Anayasanın 6/son maddesine aykırılık ortaya çıkmaktadır.

b-İstanbul Sözleşmesi Temel Hak ve Özgürlüklerle İlgilidir

İstanbul Sözleşmesi'nin 75/2 nci maddesinde onay ve kabul konusu düzenlenmiş olup, Anayasanın 90/1 inci maddesi gereğince sözleşmenin 6251 sayılı Yasayla onaylanması uygun bulunmuş, 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanarak Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

78 9 Sayılı CBK'nin 4 ve 6 ncı maddeleri için Anayasaya aykırılık davası açıldığı halde, 3 ncü maddesinin Anayasaya aykırılığı konusunda başvuru yapılmamıştır. Bkz. Ulusoy, 2021, s.156.

Bu Sözleşmede yer alan düzenlemeler temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu için, bu Sözleşmede yer alan hükümler Anayasanın 90/son maddesinde yer alan, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü gereğince, hak sahibinin lehine düzenlemeler bakımından, yasaların üstündedir[79].

Yasaların dahi üstünde olan temel haklarla ilgili bu sözleşmenin, yürütme organı tarafından tek başına yürürlükten kaldırılması işlemi yapılamaz.

c- Çekilme Kararında Usul Sorunu

244 sayılı Yasadaki düzenlemede uygun bulma yasası sonrası Bakanlar Kurulu kararı aranıyordu; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlar Kuruluna ait olan bu yetki, 2017 anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere, Cumhurbaşkanının bu yetkisi uygun bulma yasasının kabulüne bağlı tutulmuştur.

Öyleyse, sözleşmeden çekilme veya sözleşmenin feshi konusunda da aynı değerlendirmeyi yapmak gerekir. Çünkü kamu hukukunda kabul edilen "usulde paralellik ilkesi" bunu zorunlu kılmaktadır. Usulde paralellik ilkesinden ayrılmayı gerektiren özel bir düzenleme olmadıkça, çekilmede de işlemin yapılışındaki tüm unsurların dikkate alınması gerekir. Örneğin, yasal düzenleme ancak yine yasal düzenlemeyle ortadan kaldırılabilir. Yasanın yürütme işlemiyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ancak, örneğin, Anayasada yer alan "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur"(Anayasa, m.119/6) hükmünde açıkça olağanüstü hal (OHAL) dönemi CBK'nin yasa gücünde olduğu ve düzenleme alanının olağan dönem CBK'lerine oranla daha geniş olduğu kabul edildiği için, OHAL CBK'leriyle yasalarda değişiklik yapılabilir. Bu düzenlemeyle açıkça CBK ile yasada değişiklik yapılması veya yasanın yürürlükten kaldırılması kabul edildiği için, yasalar değiştirilebilir. Ama olağan dönem CBK'leriyle böyle bir deği-

79 Ulusoy, 2021, s.156'da, "Türk Hukuku açısından Sözleşme, Anayasa madde 90/1'deki ana kural prosedürlerinin uygulanması neticesinde yürürlüğe girmiş olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için kanunların üstünde bir yere sahiptir" denmektedir.

şiklik mümkün değildir.

Aynı şekilde, uygun bulma yasası da bir yasa olduğu için, açıkça Anayasayla yetki verilmediğine göre, Cumhurbaşkanının yürürlükte olan bir sözleşmeden çıkma/çekilme veya feshine araya yasama iradesi girmeden tek başına karar vermesi söz konusu olamaz. Çünkü o konuda önceden yasa çıkarılmadan, yürütmenin tek başına kararla sözleşmeden çıkması mümkün değildir. Zira Cumhurbaşkanının kararı bir yasanın kabulü ile başladığından, yasayla yeni bir düzenleme getirilmeden yürütmenin sözleşmeden çıkma yetkisinden söz edilemez[80].

Bir başka deyişle, sözleşme konusunda yasama ile yürütme arasında kimi halde "yetki paylaşımı"; kim halde "yetkinin birlikte kullanılması" söz konusu olabilir. Örneğin, yasama organı çıkaracağı yasayla kimi hususlarda yürütmeye takdir yetkisi vermiş olabilir; kimi halde, böyle bir takdir yetkisi vermeksizin kendi uygun bulma yasasının onaylanmasını isteyebilir.

Yürütme organının sözleşmeden çıkma kararı, çıkma konusunda açık bir yasa olmadığı için, **"yetki unsuru"** bakımından hukuka uygun değildir.

Yazıcı'ya göre, "Bilindiği gibi fonksiyon gaspı, bir devlet organına ait bir yetkinin başka bir organ tarafından kullanılması anlamına gelir. Fonksiyon gaspının müeyyidesi ise yokluktur. Böylece Cumhurbaşkanının 20.03.2021 tarih 3718 sayılı kararı, fonksiyon gaspı niteliği taşımakta olup yokluk ile maluldür"; "Önce, TBMM bu sözleşmeden geri çekilme yönünde Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına irade beyan etmesi yetkisini Cumhurbaşkanına tanıyan bir kanunu kabul etmeliydi. Bu kanun usulüne uygun olarak yürürlüğe girmeliydi. Sözü geçen kanun yürürlüğe girdikten sonra Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına geri çekilme iradesini beyan edebilirdi"[81].

Gözler, CBK'nin çıkarılacağı konu üzerinde durarak, "Anayasamızın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasının daha ilk cümlesinde açıkça '*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*' demektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının

80 Farklı değerlendirme için bkz. Ulusoy, 2021, s.157'de, "Yetki unsuru açısından konuya bakıldığında, İstanbul Sözleşmesi'nden çıkılmasına dair Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda hukuka aykırılık bulunmadığını söylemek mümkündür" denmektedir.

81 Bkz. Yazıcı, Serap: "İstanbul Sözleşmesine Karşı Dava Açmaya İlişkin Çağrı", https://medyanotu.com/gelecek-partili-serap-yazicidan-istanbul-sozlesmesi-cagrisi-tum-kadinlari-bu-cumhurbaskanligi-kararina-karsi-iptal-davasi-acmaya-davet-ediyorum/ (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesinin *ilk şartı*, çıkarılacak kararnamenin 'yürütme yetkisine ilişkin' bir konuda olmasıdır" demekte ve burada kullanılacak yetkinin sadece yürütme yetkisi olmadığına, sözleşmenin yasama ve yürütme arasında paylaşılmış bir yetki kullanımı olması nedeniyle, çekilme yetkisinin yine bir yasayla düzenleme üzerine kullanılabilmesi gerektiğine işaret etmektedir[82].

Gözler haklı olarak, sözleşmenin onaylanmasının CBK ile değil, yasayla düzenlenmesi gerektiğini dile getirmektedir[83].

Aslan'a göre, "onaylanması kanunla uygun bulunma koşuluna bağlı bir andlaşmadan çekilmenin yalnızca Cumhurbaşkanı kararıyla mümkün olmasının düzenlenmesi yürütme yetkisine ilişkin sayılamaz. Böyle bir belirleme yasama yetkisine ilişkindir ve ancak kanunla düzenlenmelidir"[84].

Aslında bu sözleşmeden çıkma kararının, 6284 sayılı Yasa hükümleriyle bağdaşmaması nedeniyle ağır bir yetki unsuru sakatlığı taşıdığını da söylemek gerekir[85]. Çünkü bir yandan kadını korumayı amaçlayan yürürlükteki 6284 sayılı Yasa, diğer yandan bunu taçlandırdığı düşünülen İstanbul Sözleşmesinden çıkma kararı.

Hukukumuzda, 244 sayılı Yasanın sözleşmeye taraf olup olmamada yürütmeye takdir yetkisi vermesinin Anayasaya aykırı bulunmadığına ilişkin AYM kararı olmakla beraber[86], yukarıda belirttiğimiz kararda yü-

---

82 Gözler, makalesinde Anayasanın 90/1 nci maddesi çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Gözler, Kemal: Cumhurbaşkanı'nın Uluslar arası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var Mı?" (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler); https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

83 Gözler'e göre, "uluslararası andlaşmaların onaylanması usûlünün kanunla değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sorun, 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ortaya çıkmış bir sorundur. Bu sorunu çözmek için, bu Kararnamede düzenlenen yasama yetkisine ilişkin konuları bu Kararnameden çıkarıp, kanunla düzenlemek gerekir. Bu sorun, Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin yarattığı bir sorundur" (Aynı makale).

84 Aslan, Volkan: "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi"; https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/ (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).

85 Yazıcı, agm.

86 Ulusoy, 2021, s.157-158'de, AYM'nin 4.3.1965 gün ve 1963/311, 1965/12 sayılı kararından hareketle, "Bu nedenle de yetki unsuru yönünde İstanbul Sözleşmesi'nden çıkmaya ilişkin Karar'ın hukuka aykırı olduğuna ilişkin görüşlere katılmak mümkün görünmemektedir" demektedir.

rütmeye yasama organı tarafından önceden uygun bulma yasası ile yetki verildiği haller için kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekte, 244 sayılı Yasanın ilgili maddelerinde, uygun bulma yasasıyla verilen yetki veya önceden kabul edilmiş uygulama sözleşmeleri çerçevesinde yürütmenin takdir yetkisi kabul edilmiştir.

Anayasada temel hak ve özgürlüklerin büyük kısmıyla ilgili olmayan sözleşmeler için dahi, "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu(lu)ğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz" (m.90/3) düzenlemesi yer almaktadır.

Bu düzenleme de göstermekte ki, kadın haklarının korunması konusundaki uygun bulma yasasıyla yürütmeye özel sözleşmeden çekilme/çıkma yetkisi verilmedikçe yürütmenin bu yetkiyi kullanması mümkün değildir. Ayrıca Anayasada yürütme güçlendirilmekle beraber (CBK), sözleşmeden yürütmenin tek başına çıkmasına yer verilmemiştir.

Uygun bulma yasasının kabul edilmesi sonrası yürütme organı sözleşmeyi kabul etmemiş olursa (ikinci irade devreye girmezse) sözleşme onaylanmış sayılmayacaktır. Ancak, yürütmenin onaylama işleminden sonra sözleşmeden çıkılması, birbirine bağlı iki işlemden (yasa ve yürütme işlemi), yasayı bertaraf etmek olur. Çünkü yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız üzere, anayasa yürütmeye temel haklarla ilgili olarak tek başına (yasama iradesi olmaksızın) sözleşme yapma yetkisi vermediğinden yürütmenin tek başına sözleşmeden çıkması mümkün değildir[87]. Bu tür durumlarda, eğer yürütme bir sözleşmeden çıkılması düşüncesinde ise, konuyu yasama organına götürür ve o konuda yasa çıkarılmasını sağlayarak sözleşmeden çıkmayı sağlayabilir.

Hatta sözleşmenin iç hukukumuzda benimsenmeyen yönlerinin oldu-

87 Aksi yönde bkz. Ulusoy, 2021, s.159'da, "TBMM'nin İstanbul Sözleşmesi'nin onaylanmasındaki 'uygun bulma' 'yetki' unsuruna dâhil bir konu olmadığı için, bu sözleşmeden çıkılmasına dair karar için de herhangi bir yetki sorunu içermeyeceğinden, Cumhurbaşkanı'nın İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararında 'yetki' yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır" denmektedir. Ancak Ulusoy, aynı kitabında (s.160) konuyu, Cumhurbaşkanı kararının "asli şekil noksanlığı" içerdiği için "şekil/usul" yönünden hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. Yazar, asli ve tali şekil eksikliği ayrımı yaparak, "tali" şekil eksikliğinin işlemi hukuka aykırı kılmayacağını, buna karşın "asli" şekil aykırılığının işlemi hukuka aykırı hale getireceğini belirtmektedir.

ğu sonradan anlaşılmış ise, sadece o maddeler bakımından sözleşmeye çekince koyma düşünülebilir. Hatta çekilme sadece çekince konabilecek konularla ilgili kullanılabilecekken sözleşmeden tümüyle çıkılması da ayrı bir hukuki sorundur.

Diğer yandan, sözleşmeden çekilme konusunda açık düzenleme olmaması Cumhurbaşkanının CBK ile kendisine yetki vermesini haklı kılmaz. Çünkü Anayasada yer alan, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" düzenlemesi (m.6/son), sözleşmeleri onaylama yetkisi verdiğine göre, onaylanmış sözleşmeden vazgeçme yetkisi de verir şeklinde yorumlanamaz. Dolaysıyla Anayasanın 104/11 inci maddesinden hareketle, onay ve yayım yetkisi olduğuna göre, onayı geri çeker denilemez. Onaylamada yürütmenin takdir yetkisinin olması, yürürlükte ve yasa gücünde olan (m.90/son) sözleşmeyi geçersiz kılma konusunda da yetkili olduğu anlamına gelmez. Çünkü temel haklarla ilgili CBK çıkarma yasağı (m.104/17), yürütmenin o konuda işlem yapmasının da yasak olduğunu gösterir. Kuşkusuz, uygun bulma yasasının da bir yasa olması nedeniyle, bu yasaya dayanılarak iç hukukumuza aktarılmış bir sözleşmeden ayrılma kararı, yasama işlemini etkisiz kılma anlamına gelir.

Hukuk devleti kurallar devletidir. Kurallar hukuki güvenlik ve istikrar için şarttır. AYM'ye göre, "Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni; bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir"[88]. Anayasa ve yasayla açıkça yürütmeye yetki verilmediği halde, uygun bulma yasası

88 AYM, 2013/7666, 10.12.2015, par.81; benzeri karar AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22.5.2013.

çıkarılmadan, sadece yürütmenin işlemi ile bir temel hak sözleşmesinden çekilmeye karar verilmesi hukuki istikrar ve kazanılmış hakkı zedelemektedir.

B- Cumhurbaşkanının Kararlarındaki Yetkileri

Kamu hukuku ilkeleri arasında "yetki" ve "usulde" paralellik ilkesi bulunmaktadır. Bu ilkeye göre, "bir işlem hangi idari prosedür (usul) kuralları izlenerek yapılmışsa, aksine veya farklı özel düzenleme yoksa, işlemin geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesi de aynı prosedür (usul) izlenerek yapılmalıdır"[89],[90],[91].

Diğer yandan, idari bir işlemden vazgeçilmesi/işlemin geri alınması, idarenin tek başına karar almaya yetkili olduğu durumlarda söz konusu olabilir. İdarenin yasayla verilen yetkiye dayanarak ve hukuka uygun olarak yaptığı idari işlemlerin, yasa "yürürlükte olduğu sürece kaldırılması söz konusu değildir"[92]. İdari işlemin hukuka uygun yapılıp yapılmadığı önem taşımaktadır. Bu nedenle, "Hukuka uygun idari işlemler yasada öngörülen koşulların gerçekleşmesi ile kaldırılabileceği gibi, hukuksal dayanakta oluşan değişim de idari işlemin kaldırılması sonucunu doğurabilir"[93].

İdari işlemlerin kimi koşulların varlığı halinde geri alınması mümkün-

89 Ulusoy, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 3.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s.396-397; Ulusoy, 2021, s.159-160.

90 Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 23.Baskı, Ekin Yasın Yayın Dağıtım, Bursa 2021, s.313'de, "Usûlde paralellik ilkesi, bir işlemin yapılması için kullanılan usûlün, kanun aksini öngörmemiş ise, o işlemin değiştirilmesi, ilga edilmesi veya geri alınması için de kullanılmasını öngören bir ilkedir" denmektedir.

Yazarlar (s.314'de) şu örneği vermekteler: "4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 790'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Nükleer Düzenleme Kurumunun 'hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usûl ve esasları (...) Kurumun teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir'. Usûlde paralellik ilkesi gereğince, Cumhurbaşkanı, kendi kararıyla yürürlüğe koyduğu yönetmelikte, Nükleer Düzenleme Kurumunun teklifini almadan değişiklik yapamaz ve keza bu yönetmeliği almadan ilga edemez" denmektedir. Bu görüş de dikkate alındığında, uygun bulma yasasıyla kabul edilen bir sözleşmeden yasama organın iradesi ortaya çıkmadan (konuyla ilgili yeni bir yasa çıkarılmadan), Cumhurbaşkanı tek başına sözleşmeden çekilme işlemi yapamaz.

91 1982 Anayasasının mülga 109 ncu maddesinin 3 ncü fıkrasındaki düzenleme şöyleydi: "Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir". Uluslar arası çok taraflı bir antlaşmadan çekilme konusunun ayrıca böyle bir düzenleme yapılmasına gerek olmayacak kadar konu açıktır.

92 Tan, Turgut/Bayazıt, Bahar: İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.261.

93 Tan/Bayazıt, 2021, s.261.

dür. Örneğin, Danıştay, "İdare yeni şart ve ihtiyaçlara uymak veya ihtiyaca aykırılığını sonradan anladığı geçerli bir işlemini geleceğe yönelik olarak düzeltmek, bundan başka kanuna aykırı olan işlemini de, işlemin yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere yeni bir işlemle geri almak olanağına sahiptir"demektedir[94]

İdare adına irade açıklamasına yetkili olan "bir kamu görevlisi veya idari merciin, başka bir idari mercii veya görevlinin yetkisine giren bir konuda karar almasına (…) yetki tecavüzü denilmektedir. Esas olarak yetki tecavüzü, işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirmez. Ancak, ağır ve açık yetki gaspı olarak nitelenecek düzeydeki yetki sakatlıklarında işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir"[95]; "Yasama ve yargı fonksiyonlarına giren bir işlemin idarece yapılması halinde, idarece yapılan bu işlem fonksiyon (görev) gaspı nedeniyle hukuken sakat olacaktır"[96].

Anayasanın 6/son maddesindeki düzenleme çok açık: "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz". Anayasadaki bu kuralı tersine çevirerek yorumlamak, özellikle temel haklarla ilgili bir konuda, yasamanın iradesi ile yapılan idari işlemin, yine yasama organının sözleşmeden çekilme şeklinde ortaya koyacağı irade olmaksızın yürütme organınca işlem yapılması yasal yetki kullanmama sonucunu doğurur. Uygun bulma yasasında yürütme organına sözleşmeden çekilme iradesini belirleyen bir düzenleme olsaydı, o zaman yürütme organı çekilme yönünde idari işlem yapabilirdi. Böyle bir durumda da, Anayasanın 6/son maddesindeki düzenlemeyle çelişmeden söz edilemezdi.

Burada yürütme/idare uygun bulma yasasını uygulamaktadır. Yasanın uygulanmaması, yasanın etkisiz kılınması demektir. Yasanın etkisiz kılındığı konu ise, kadınların temel haklarının korunmasıdır. Yürütme organın kadınların temel haklarının korunmasına ilişkin sözleşmeyi etkisiz kılacak işlem yapması, yasal dayanağı olmayan yeni bir işlem yapmaktır. Bu da anayasanın 13 üncü maddesine aykırılık oluşturur.

---

94 Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 9.1.1981, 1980/620, 1981/1, Danıştay Dergisi, Sayı:44-45, s.142. Aktaranlar Tan/Bayazıt, 2021, s.261.

95 Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Üstün, Gül/Çakır, Melih/Tekinsoy, Okay: İdare Hukuku, Editör: Prof. Dr. Turan Yıldırım, 8. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2016, s.480; Benzeri görüş için bkz. Günday, Metin: İdare Hukuku, 9.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s.167.

96 Ulusoy, 2020, 401.

C- Yokluk Tespiti Sorunu

Yürütmenin sözleşmeden, uygulama yasasında hüküm olmadan veya yeni bir yasa çıkarmadan çekilmesi halinde, yürütme işleminin "yetki unsuru" bakımından "yokluk" derecesinde hukuka aykırı olup olmadığı tartışmaya açıktır. Çünkü idari işlemlerde asli şekil noksanlığının işlemi yok hale getireceği kabul edilmektedir[97].

Ancak CBK'ye dayanılarak yapılan bir işlem söz konusu olduğundan, CBK'nin Anayasaya aykırılığına karar verilmesi veya bu konunun yasayla düzenlenmesi yahut yeni bir CBK ile yürürlükten kaldırılmaması karşısında, "Anayasa'ya uygunluk karinesi" nedeniyle 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesindeki düzenlemenin yok hükmünde olduğunu savunmak mümkün değil[98].

D- CBK'nin Somut Norm Denetiminin İstenmesi

Anayasanın 152 nci maddesindeki düzenlemede, bakılmakta olan davada uygulanacak normun Anayasaya aykırılığı konusunda mahkemenin bizzat normun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varması veya mahkemenin davanın taraflarının anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde, konuyu AYM'ye taşıması söz konusudur.

Öğretide mahkemenin normun anayasaya aykırı olduğu konusunda re'sen başvurması ile taraflardan birinin anayasaya aykırılık konusundaki talebinin ciddi olması konusu arasındaki farklılığa dikkat çekilmektedir[99].

a- Dava Taraflarının Anayasaya Aykırılık İddiasının Ciddiliği

Ciddi kavramı konusunda anayasada ve yasada açıklık yoktur. Davanın taraflarının ileri sürdükleri gerekçeler ve bu gerekçelerin mahkemece, anayasaya aykırılığı ileri sürülen normun anayasaya aykırılığı konusunda ciddi kuşkuların bulunması gerekir.

Tarafların anayasaya aykırılık iddialarının mahkemece "ciddi" bulunması konusundaki "ciddilik" kavramı, iddianın "hukukî bakımdan sa-

97 Günday, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s.167 vd.; Ulusoy, 2021, s.161.

98 Şirin, Tolga: "Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", 24 Mart 2021; https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu (siteyi ziyaret tarihi:17.7.2022).

99 Değişik ülkelerde konuyla ilgili düzenlemeler için bkz. Kaboğlu, Ö.İbrahim: Anayasa Hukuku Dersler (Genel Esaslar), 16. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2021, s.363-366.

vunulabilir" veya "en azından tartışılabilir" olması gerekir[100]. Bunun için mahkemede, tarafların ileri sürdükleri anayasaya aykırılık iddiasının konusunda "ciddi bir şüphenin oluşması" yeterli olmalıdır[101]. Elbette davayı "uzatmaya" yönelik, "engelleme amaçlı" yahut "hukuki dayanaktan yoksun" iddiaların "ciddi" bulunması düşünülemez[102]. Ancak, normun anayasaya aykırılığı konusunda "ciddi bir şüphenin varlığı yeterlidir"[103].

İddiaların hukuki bakımdan "tartışmaya değer"[104] olup olmadığı yönünden yapılacak değerlendirmede, mahkemenin o normun tarafların ileri sürdükleri gibi anayasaya aykırı olduğu kanısına varması değil, konunun tartışmaya değerliliği nedeniyle AYM'nin önüne götürülmesinde yarar görmesi gerekir.

Bir diğer deyişle ciddilik, anayasaya aykırılıkla ilgili tarafların ileri sürdükleri anayasa hükmü ve normun anayasa hükmü karşısındaki değerlendirilmesi, buna ilişkin delillerin anayasaya aykırılık konusunda mahkemeyi o konunun AYM önüne götürülmesi bakımından ikna ediciliğidir[105].

Anayasaya aykırılık iddiasının dava mahkemesince ciddi bulunması, mahkemenin davaya uygulayacağı normu anayasaya aykırı gördüğü anlamına gelmez[106]. Ancak, iddianın ciddi bulunması, dava mahkemesinin re'sen sevk yolunu işletmesini de gerektirmez. Dolayısıyla bakılmakta olan davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı iddiasının ciddi bulunması, mahkemenin o normun Anayasaya aykırı bulduğu anlamına gelmez. Fakat davaya bakan mahkeme, tarafların anayasaya aykırılık iddiasının ciddi bulduğu gibi, kendisi de o normun anayasaya aykırı olduğuna re'sen de kanaat getirerek, iki aykırılık iddiasının birlikte AYM'ye götürülmesi de mümkündür. Bu itibarla, davaya uygulanacak normun Ana-

100 Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.533.

101 Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2019, s.533.

102 Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2019, s.533; Özbudun, 2021, s.418; Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s.138 vd.; İba, Şeref/Kılıç, Abbas: Anayasa Yargısı Dersleri, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.89.

103 Özbudun, 2021, s.418.

104 İba/Kılıç, 2019, s.90; Armağan, Servet: Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s.87.

105 Armağan'a göre (1967, s.87), "(…) ciddilikten maksat, ileri sürülmesindeki ciddilik değil, o kanunun Anayasaya şekil ve muhteva olarak aykırı olmasındaki isabet derecesidir: ileri sürülen iddialarda yer alan delillerin kuvveti ve o kanunun Anayasaya aykırı olmasındaki isabet ediciliktir".

106 Özbudun, 2021, s.418.

yasaya aykırılığını re'sen sevk yolu ile AYM'ye götürmeyen mahkemenin, taraf iddiasının ciddi olmadığına karar vermesini de gerektirmeyebilir.

Hatta öğretide, dava mahkemesinin tarafların ileri sürdükleri ciddilik itirazına ilişkin değerlendirmesine AYM'nin müdahale etmemesi dile getirilmektedir[107].

Anayasadaki düzenlemeye göre, "Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır" (m.152/2); 6216 sayılı yasadaki düzenlemeye göre de, "Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir" (6216, m.40/2).

Burada "temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır" (m.152/2) veya "esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir" (6216, m.40/2) düzenlemelerinde, sadece temyiz kavramına yer verilmiş olmakla beraber, 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihte Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyette olmadığı için, sadece temyize yer verilmiştir.

Ancak bu düzenlemenin istinaf başvurusunu dikkate almadığı kanısındayım. Çünkü eğer, 6216 sayılı yasanın 40/2 nci maddesindeki düzenlemeyi sadece "esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir" biçimindeki düzenlemenin, istinaf başvuruları için emredici bir hüküm olmadığı dikkate alınırsa, Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra verilecek hükümler bakımından Anayasaya aykırılık iddialarının diğer yasa yolu incelemelerinde dile getirilmeyeceği veya dile getirilse de Yargıtay dışında kalan mahkemelerin bu konuda inceleme yapamayacakları sonucuna ulaşılacaktır. Ara kararı sayılan anayasaya aykırılık iddiasının ciddi bulunmaması kararının esas hükümle birlikte temyizinin mümkün olmasının kabul edilmesi nedeniyle, "temyiz mercii, Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiyeti konusunda nihaî kararı vermiş olur"[108].

Özbudun'a göre, burada yer alan "temyiz mercii" kavramının kapsamını sadece Yargıtay olarak değil, hangi yargı düzeni olursa olsun o yargı sisteminin en üst mercii olarak nihaî karar veren tüm yüksek mahkemeler olarak anlamak gerekir[109].

---

107 Kanadoğlu, O.Korkut: Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s.183, dipnot:634'deki eserler.

108 Özbudun, 2021, s.419.

109 Özbudun, 2021, s.419.

Buradaki temyiz kavramını, sadece hangi yargı düzeni/sistemi olursa olsun sadece o yargı sisteminin en üst yüksek mahkemesi olarak değil, yasa yolu incelemesinde son sözü söyleyecek mahkeme olarak anlamak gerekir. Örneğin, bir konuda istinaf başvurusu üzerine verilen karar kesin ise, yani temyizi kabil değil ise, davaya bakan mahkemede anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuş ve iddiası ciddi bulunmamış tarafın iddiasında son sözün artık temyiz mahkemesince değil, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu incelemeye yetkili ve görevli dairesinin söylemesinin kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, dava mahkemesinin esas kararına karşı istinaf başvurusunda bulunulmuş ise, bu istekte ciddi bulama kararına karşı da istinaf isteminde bulunulduğunda, istinaf mahkemesinin bu istemle ilgili de karar vermesi gerekir. İstinaf başvurusu sonrası temyiz yolu kapalı bir karar varsa, ciddilik konusunda istinaf mahkemesi kararı ile ciddilik konusunda başka yapacak işlem olmaz. Ancak, şayet istinaf başvurusundan sonra, yani istinaf mahkemesi kararına karşı temyiz başvuru yolu açık olursa, temyiz incelemesinde, dava mahkemesinin ciddi bulama ve bunun istinafta dile getirildiği halde istinaf mahkemesi de olumsuz cevap vermiş olursa, istinaf mahkemesi kararının temyizi halinde ciddilik konusunun temyiz mahkemesince değerlendirmesinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir önemli husus da, 6216 sayılı Yasanın 40/4 üncü maddesinde yer alan, "Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir" hükmüdür. Oysa konuyla ilgili düzenleme getiren Anayasanın 152 nci maddesinde böyle bir düzenlemeye yer verilmediği için, yasanın bu düzenlemesi Anayasaya aykırıdır[110].

b- Re'sen Anayasaya Aykırılık Tespiti

Mahkemenin re'sen Anayasaya aykırılık itirazında bulunabilmesi için, "basit bir şüphenin varlığı yeterli" sayılmaz; mahkemenin kuşkusunun o normun "iptal edilmesini zorunlu kılacak" düzeyde olması gerekir[111]. Dolaysıyla mahkemenin re'sen AYM'ye başvurması ile tarafların iddialarının ciddi bulunması arasında fark vardır. Örneğin, re'sen sevkte mahkemenin o normun anayasaya aykırılığı nedeniyle iptaline mutlak gözle bakı-

110 Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020, s.445.

111 Kanadoğlu, 2004, s.181-182.

lırken; tarafların[112] anayasaya aykırılık iddialarında, "somut bir şüphenin varlığı yeterli olabilir"[113].

c- Danıştay'ın Kararı

9 sayılı CBK'nin bir kısım maddeleri Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle AYM'nin önüne götürüldüğü halde, konumuzla ilgili 3/1 inci maddesindeki düzenlemenin Anayasaya aykırılığının ileri sürülmemesi nedeniyle AYM'nin bu konuda değerlendirme yapmadığı anlaşılmıştır.

9 sayılı CBK'nin 3/1 inci maddesi gereğince Cumhurbaşkanı 3718 sayılı kararıyla İstanbul Sözleşmesinden çekilme kararı vermiştir.

Bu karara karşı Danıştay'da Cumhurbaşkanının sözleşmeden çekilme kararına karşı açılan iptal davasında, kararın dayanağını oluşturan 9 sayılı CBK'nin 3/1 inci maddesinin anayasaya aykırılığı ileri sürülerek söz konusu maddenin iptali için konunun AYM'ye taşınması istenmiş, Anayasanın 152 nci maddesi çerçevesinde davaya bakmakta olan Danıştay, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmayıp istemi 2'ye karşı 3 oyla reddetmiştir[114].

Danıştay 10 uncu Dairesi, Anayasaya aykırılık iddiasının "ciddi" olup olmadığına değil, AYM kararı şeklinde anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Oysa davanın tarafının Anayasaya aykırılık iddiasının "ciddiliği" konusunda değerlendirme yapılması gerekirdi[115].

---

112 Davanın tarafları arasında davacı, davalı, sanık, katılan ve vekilleri ile savcının da yer aldığını kabul etmek gerekir. Bkz. Şahbaz, 1990, s.284-286; Kanadoğlu, 2004, s.183.

113 Kanadoğlu, 2004, s.183.

114 Danıştay 10. Dairesinin 2021/1747 sayı ve 28.6.2021 günlü kararı (https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/guncelKararlar/2021-06-29-09-20-9539359.pdf; siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022). Danıştay bu konuda karar verdiği için, devam eden dava ile ilgili olarak, 19.7.2022 günlü esastan red kararına karşı temyiz yolu açık ve hüküm kesinleşmediğinden, davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapılmamış ve bu çalışmada hukuki değerlendirmelerde bulunulmuştur.

115 **Danıştay 10.Dairesinin** 2021/1747 sayı ve 28.6.2021 günlü kararının "Anayasaya aykırılık iddiası yönünden" başlığı altındaki çoğunluk gerekçesi şöyle:

"Dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı ile ülkemiz bakımından feshedilmesi öngörülen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"nin onaylanmasının uygun bulunmasına dair 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunda herhangi bir çekince ve beyan bulunmamaktadır. Anılan Sözleşmenin 80. maddesinde "Her Taraf istediği zaman Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle bu Sözleşme'yi feshedebilir. ..." hükmü yer almakta olup, TBMM söz konusu Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulurken, anılan Sözleşmenin feshedilebilmesi hususunda "Taraflara" – bu arada yürütme organına/ Cumhurbaşkanına- Sözleşmeyi feshetme yetkisini de verdiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Diğer yandan Danıştay 10 uncu daire çoğunluğu, İstanbul Sözleşmesinin diğer sözleşmelerin çoğundan farklı olarak temel haklarla ilgili olduğu üzerinde durmamıştır. Çünkü anayasa koyucu Cumhurbaşkanına temel haklarla ilgili düzenleme yetkisi vermediğine göre (m.104/17), sözleşmeden çıkma veya çekilme yetkisinin de CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasa koyucunun sözleşmelerden çekilme bakımından sessiz kalması, ayrıca çekilme konusunda yasayla yetki de verilmemesine karşın yürütme organının bu konuda kendisini yetkili kabul edebileceği anlamına gelmez. Kaldı ki, TBMM'nin toplanarak yasal düzenleme getirmesini engelleyecek olağanüstü bir durum da söz konusu olmadığı halde, yürütme organının bu konuda tek yetkili gibi kabul edilmesi anayasanın bir çok maddesine aykırılık oluşturmaktadır (m.2, 6, 13, 14/2, 87, 90/1, 104/17 gibi).

Danıştay'ın bu kararının karşıoylarda, 9 sayılı CBK'nin 3/1 inci maddesiyle getirilen düzenlemenin Anayasanın değişik maddelerine aykırılık oluşturduğuna işaret edilmektedir[116].

Açıklanan nedenlerle; dava konusu Cumhurbaşkanı Kararının 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde verilen yetkiye istinaden tesis edilmiş olması nedeniyle, davanın durumu ve uyuşmazlığın hukuki niteliğine göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz yolu açık olmak üzere, 28/06/2021 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi".

116 **Birinci karşıoy görüşü şöyle: "**(…) TBMM tarafından Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrası kapsamında çıkarılan uygun bulma kanununa bağlı olarak onaylanan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Anılan andlaşmaların feshedilmesine ilişkin işlemlerin Cumhurbaşkanının yürütme yetkisinde olmayıp, TBMM'nin yasama faaliyetine ilişkin olması nedeniyle, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Öte yandan; Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olup, dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı ile feshedilen sözleşmenin onaylanması da 6251 sayılı Kanun'la uygun bulunduktan sonra sözleşme 10/02/2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış, bu karar 08/12/2012 tarih ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve sözleşme 01/08/2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olup anılan tarih itibarıyla kanun hükmü kazanmıştır.

Sözleşmenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması nedeniyle, aynı konuda kanunlarla farklı hükümler içermesi durumunda Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca sözleşme hükümlerinin esas alınacağı tartışmasızdır.

Sözleşme, yürürlükte olduğu süre boyunca yargı mercilerini bağlayıcı bir kanun niteliğinde kararlara esas teşkil etmiş ve hatta 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesinde, Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında özellikle sözleşmenin esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda; usulüne göre yürürlüğe konularak kanun hükmü kazanan milletlera-

Oysa yukarıda açıkladığımız gibi, dava tarafının ileri sürdüğü anayasa-

rası andlaşmaların hukuk sistemine etkileri de gözönüne alındığında, bu andlaşmaların hükümlerinin değiştirilmesi, sona erdirilmesi, feshedilmesi gibi hususların yasama faaliyeti kapsamında olduğu açık olup, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildir". (...) "Kamu hukukunun genel ilkelerinden olan yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereğince, bir işlem hangi usule uyularak tesis edilmişse aynı usule uyularak geri alınması, kaldırılması veya feshedilmesi gerekmektedir. Bu itibarla; TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren bir milletlerarası andlaşmanın feshi ancak TBMM'nin uygun bulma kanununu yürürlükten kaldırması veya sona erdirmeyi uygun bulduğuna ilişkin yeni bir kanun çıkarması sonrasında alınacak bir Cumhurbaşkanı kararı ile mümkün olabilecektir. (...)

Dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı ile feshedilen sözleşmenin onaylanmasına ilişkin 6251 sayılı Kanun'un TBMM tarafından yürürlükten kaldırılmamış olması veya dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı alınmadan önce sözleşmenin sona erdirilmesinin uygun bulunduğuna ilişkin yeni bir kanun çıkarılmamış olması nedeniyle, dava konusu Cumhurbaşkanı Kararında yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Hukuka açıkça aykırı işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç ve imkansız zararlar doğacağı anlaşıldığından, dava konusu Cumhurbaşkanı Kararının yürütmesinin durdurulması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle öncelikle dava konusu İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı işleminin yürütmesinin durdurulması, bilahare işlemin dayanağı 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme" ibaresinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği".

İkinci karşıoy görüşü şöyle: "(...) Anayasa'nın 6. maddesinde, hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı; 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilmesinin mümkün olmadığı hükümlerine yer verilmiştir. (...) (U)luslararası sözleşmelerin onaylanmasını uygun bulmak Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında; 104. maddesinin 11. fıkrasında, "Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar." denilmek suretiyle de uluslararası sözleşmeleri onaylamak ve yayımlamak Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Anayasa'da uluslararası sözleşmelerin onaylanması ve yayımlanmasına ilişkin hususlar "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. (...)

9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (...) "Onaylama" başlıklı 3. maddesinde, (1) Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, Cumhurbaşkanı kararı ile olur. (...)

Burada devreye idare hukukunun temel ilkelerinden olan "yetkide ve usulde paralellik ilkesi" girmektedir. Bu ilkeye göre, işlemi hangi merci ve hangi usulle yapmaya yetkili ise, geçerliğine son verme de aynı kurala ve usule tabidir. Şayet işlemin geçerliğine son verme için farklı bir yetki ve usul öngörülmek isteniyorsa bunun ayrıca düzenlenmesi gerekir. Eğer işlemin geçerliğine son verme için, yapılışından farklı bir kural ve usul açıkça öngörülmemiş ise kural, işleme son vermenin işlemin yapılışının usulüne tabi

ya aykırılık iddiasının, öğretide kabul edildiği gibi, ciddi olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Danıştay dairesinin kararının oyçokluğu ve karşıoy yazılarındaki gerekçeler bile anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğunu göstermektedir.

Burada karıştırılmaması gereken husus, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık konusundaki re'sen sevk ile ciddilik konusunun Anayasada (m.152) ayrı ayrı düzenlenmiş olmasıdır. Anayasada yer alan, "Anayasaya

olmasıdır. Somut olayda da Cumhurbaşkanlığınca 19/03/2021 tarihli sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshine dair Cumhurbaşkanlığı kararının TBMM'ne gönderilerek bir kanunla uygun bulması ve sözleşmeye katılmanın uygun bulunduğuna dair 24/11/2011 tarih ve 6251 sayılı Kanunun yürürlüğünün ortadan kaldırılması gerekirken bu usul izlenmemiştir. Kanunlar üç yolla yürürlükten kaldırılabilir. Bunlar; kendiliğinden yürürlükten kalkma, başka bir kanunla yürürlükten kalkma ve Anayasa Mahkemesi kararıyla yürürlükten kalkma şeklindedir. Kendiliğinden yürürlükten kalkma; kanunların ne zaman yürürlükten kalkacağı önceden belirlenmesi halinde belirlenen süre sona erdiğinde başka bir işleme gerek kalmaksızın kanunun yürürlükten kalkması şeklinde olur. İkinci yol, başka bir kanunla yürürlükten kaldırmadır. Yürürlüğe giren yeni bir kanun, eski kanunu yürürlükten kaldırabilir. Buna "ilga" denir. İlga, kanun koyuncunun mevcut kanunu kaldırma iradesi şeklinde açıklanabilir. Bu yetki, ilga edilecek kanunu koyan ya da onun üstünde yer alan organa aittir. İlga da sarih ilga ve zımni ilga olmak üzere ikiye ayrılır. Sarih ilga, yeni kanunun son kısmında yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle hangi kanunun yürürlükten kalkacağının düzenlenmesi yoluyla kanun koyucunun, açıkça mevcut kanunun geçerliliğine son verme amaç ve iradesi durumunu ifade eder. İlga eden kanunun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan kanun, mülga kanun haline gelir. Mevcut kanunun geçerliliğine son vermek konusunda kanun koyucunun açıkça dile getirmediği ilga şekline "zımni ilga" denir. Yeni çıkarılan kanunun, hangi kanunu veya kanunları ilga ettiği açıkça belirtmediği durumlarda; yeni kanunla eski kanunlar arasında çelişen hükümler olursa eski kanunların hükümlerinin yürürlükten kalktığı kabul edilir. Üçüncü yol ise, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla yürürlükten kaldırma (iptal) şeklinde olur. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi, herhangi bir kanunun anayasa aykırılığını tespit ederse o kanunu "iptal" edebilir. Yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereğince, bir işlem hangi usule uyularak tesis edilmişse aynı usule uyularak geri alınması, kaldırılması veya feshedilmesi gerekmektedir. Anayasa'da TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin feshedilme usulüne ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması ve Anayasa'da yürütme organına bu konuda bir yetki verilmemiş olması nedeniyle TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin sadece yürütme organı işlemiyle feshedilmesi mümkün değildir. Bu itibarla; TBMM'nin uygun bulma kanunu uyarınca onaylanarak yürürlüğe giren bir uluslararası sözleşmenin feshi ancak TBMM'nin uygun bulma kanununu yürürlükten kaldırması veya sona erdirmeyi uygun bulduğuna ilişkin yeni bir kanun çıkarması sonrasında alınacak bir Cumhurbaşkanı kararı ile mümkün olabilecektir. (…) Dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı ile feshedilen sözleşmenin onaylanmasına ilişkin 6251 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılmamış olması veya dava konusu Cumhurbaşkanı Kararı alınmadan önce sözleşmenin sona erdirilmesinin uygun bulunduğuna ilişkin yeni bir kanun çıkarılmamış olması nedeniyle dava konusu Cumhurbaşkanı Kararında yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından ve yukarıda zikredilen gerekçelerle dava konusu Cumhurbaşkanı Kararının yürütmesinin durdurulması gerektiği".

aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa" kavramlarının "veya" ile ayrılması karşısında, Danıştay'ın değerlendirmesinin iki şekilde olabileceği; bunlardan birinin re'sen, diğerinin tarafların iddiasının "ciddi" olup olmadığı şeklinde olup, davaya bakan mahkemenin re'sen sevk etmeme gerekçesi ile davanın tarafının iddiasını ciddi bulmama gerekçesinde aranan hususların farklılığının göz önünde bulundurulması gerekirdi. Böylesine tartışmalı ve temel haklarla ilgili bir konuda taraf iddiasının ciddi olmadığını söyleme/kabul etmek hukuki sayılamaz. Dava mahkemesinin buradaki görevi, bu denli farklı görüşlerin yer aldığı normla ilgili olarak, kendince anayasaya aykırılık olmadığı kanısı olsa bile, öğretideki görüşleri ve ileri sürülen gerekçeleri ciddi bulması ve konuyu AYM'ye taşıması gerekirdi. Çünkü burada Cumhurbaşkanı kararından önce, bu kararın dayanağı olan CBK'nin iptalinin sağlanması en uygun yoldur[117].

Ancak Danıştay 10 uncu Dairesi bir kararında, E.2021/1493, K.2022/2489 ve 28.4.2022 tarihinde esastan red kararı vermiş ve diğer dava dosyaları da dâhil konuyla ilgili yargılama süreçleri devam ettiği için, bu kararla ilgili esastan değerlendirme yapılmamıştır.

Esasen somut norm denetimi isteğinin reddine ilişkin yukarıda belirttiğimiz çoğunluk kararında zaten Danıştay davayı esastan reddedeceğine ilişkin görüşünü de ortaya koymuştu. Çünkü Danıştay söz konusu ara kararında, Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığına karar vermek yerine, davanın esasını etkileyecek gerekçeye yer vererek, davayı reddedeceğini önceden açıklamıştır. Ancak Danıştay 10 uncu Dairesi çoğunluğunun somut norm denetimi yapılmaması yönündeki ara kararı esas hükümle birlikte temyiz incelemesine konu edilebileceğinden (Anayasa, m.152/2; 6216, m.40/2), temyiz merciince ciddilik konusundaki ara kararının hukuki olup olmadığı değerlendirilebileceği gibi, temyiz istemi de bir dava olup davada uygulanacak normun (burada idari işleme karşı açılan dava olsa da, işlemin dayanağı olan 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesinin) Anayasaya uygun olup olmadığı konusunun temyiz merciince re'sen de AYM'ye taşınması mümkündür. Hatta bu yolun işletilmesi gerekli de. Aksi takdirde yürütme organının aynı zamanda, parlamentodaki çoğunluk partisinin başkanı olması nedeniyle, yasama organının yürütmenin

117 "Cumhurbaşkanı kararı değil ama bu kararı verme yetkisi tanıyan kararname hükmünün, iptal veya ihmal edilmesi gerekir" (Şirin, Tolga: "Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", 24 Mart 2021; https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu (siteyi ziyaret tarihi:17.7.2022).

işleminin aksine yasa çıkarması mümkün görülmediğinden, sistemdeki hukuki tıkanıklığın aşılabilmesi için AYM'nin devreye sokulması zorunlu görülmektedir. Rejimlerdeki tıkanıklıkları gidermenin en önemli yolunun, yine anayasal kurumların iyi işletilebilmesinden geçtiğinin unutulmaması gerekir. Çünkü AYM, yasamanın anayasaya uygun işlem yapmasının güvencesi olarak düşünülmekle beraber; 2017 Anayasa değişikliği ile yürütmeye verilen CBK çıkarma yetkisi ve bu yetkinin kullanımının da AYM tarafından soyut (m.150) ve somut norm (m.152) yollarıyla denetlenmesinin kabul edilmesi karşısında, AYM'nin temel hak ve özgürlükleri yürütme işlemlerine karşı da koruma görev ve yetkisi vardır.

SONUÇ

İstanbul Sözleşmesinin Türkiye bakımından sona erdirilmesine ilişkin Cumhurbaşkanı kararının, Anayasanın devlet organlarının kullanabildikleri yetki ve temel hakların sınırlandırılması bakımlarından Anayasaya aykırı olduğu kanısındayım. Bu sözleşmeden çıkma kararı, Sözleşmenin tarafları bakımından sorun yaratmayabilir; ama iç hukukumuz bakımından, uygun bulma yasası ile tarafı olunan sözleşmeden çıkma bakımından da aynı yöntemin uygulanması gerekirdi.

Diğer yandan, temel haklarla ilgili Sözleşmeden çıkma, aslında temel haktan yararlananlar için yeni bir tür haktan yararlanmaya sınırlama getirdiği için, yürütme işlemiyle değil, yasama işlemiyle düzenlenmeliydi. Dolayısıyla temel haklarla ilgili sözleşmelerden çekilme konusunda, yasayla düzenleme getirilmesi yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması ve bu CBK'ye dayanılarak yürütme işlemiyle sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi, aile bireylerinin temel haklarını; Anayasanın 10 uncu maddesindeki düzenleme bakımından da özellikle kadınların temel haklarının korunması yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

İç hukukumuzda kadınları koruyan düzenlemeler olmakla beraber, örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının getirdiği koruma hükümleri (m.82/1-f; 87/1-e; 89/2-f; 89/3-e; 94/2-a; 95/1-e; 95/2-e; 96/2-a; 99; 101 ve 233/2) ile 6284 sayılı yasadaki düzenlemelerin kadını İstanbul Sözleşmesi hükümleri kadar korumadığı bilinen bir gerçektir. Çünkü, 5237 sayılı Yasada sınırlı sayımlı suçlar için, 6284 sayılı Yasada kadının sadece şiddete karşı korunması yer almaktadır. Oysa İstanbul Sözleşmesinde, çok değişik fiillere karşı kadının korunması amaçlanmıştır[118].

118 Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin "Sözleşmenin Maksatları" başlıklı 1 nci maddesindeki

Nihayet, Sözleşmeden çekilme işleminin dayanağını oluşturan 9 sayılı CBK'nin 3 üncü maddesindeki düzenlemenin somut norm denetimi için AYM'nin değerlendirme yapmasının sağlanması gerekmektedir.

Yukarıda açıkladığımız gibi, Anayasanın sadece "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" (m.10/2) ve "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" (m.17) birlikte değerlendirildiğinde ortada günlük yaşamda karşılaşıldığı üzere, sadece aileden değil, kamu görevlilerinden de kaynaklanan kadının hak ihlallerinin[119] doğrudan temel hak olduğunu söylemeye bile gerek yoktur. Dolayısıyla temel haklarla ilgili olarak CBK çıkarılması Anayasaya açıkça aykırıdır (m.104/17). Kaldı ki, sözleşmelerle ilgili olarak CBK çıkarılsa bile, temel hakların Anayasa gereği ayrık (istisna) tutulması gerekirdi. Zira uygun bulma yasasıyla tarafı olunan sözleşme ile kadını diğer iç hukuk metinlerine oranla daha iyi koruyan İstanbul Sözleşmesinden çıkılması, yürütmenin işlemi ile temel hakkın korunmasını zayıf-

---

düzenleme şöyle:
"1. Bu sözleşmenin maksatları şunlardır:
a. kadınları her türlü şiddete karşı korumak ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, kovuşturmak ve ortadan kaldırmak;
b. kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak;
c. kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarının korunması ve bunlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politika ve tedbirler tasarlamak;
d. kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırma amacıyla uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak;
e. Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin ortadan kaldırılması için bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi maksadıyla kuruluşların ve kolluk kuvvetleri birimlerinin birbiriyle etkili bir biçimde işbirliği yapmalarına destek ve yardım sağlamak.
2. Tarafların söz konusu Sözleşmenin hükümlerini etkili bir biçimde uygulamalarını sağlama amacıyla bu Sözleşmede spesifik bir izleme mekanizması oluşturulmuştur.
Aynı sözleşmenin, "Sözleşmenin Kapsamı" başlıklı 2 nci maddesindeki düzenlemeye göre;
"1. Bu Sözleşme, aile içi şiddet de dahil olmak üzere, kadınları orantısız bir biçimde etkileyen, kadına karşı her türlü şiddet için geçerli olacaktır.
2.Taraflar bu Sözleşmeyi tüm aile içi şiddet mağdurları için uygulamaya teşvik edilir. Taraflar bu Sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurlarına özel olarak dikkat göstereceklerdir.
3. Bu Sözleşme, barış zamanında ve silahlı çatışma durumlarında geçerli olacaktır".

119 Bu konuda tek ve güncel örnek yeterli: Ankara'da 25 Temmuz 2022 günü Devlet'ten maaş alan bir imamın kadınlarla ilgili genel olarak söyledikleri bunun en iyi örneğidir. Bu olayla ilgili olarak Devletin idari veya adli birimlerinden, o kamu görevlisi hakkında etkili bir soruşturmanın re'sen ve seri biçimde başlatılmaması çok hazindir. Bu açıklama sadece kadınlara değil, erkeklere de hem hakaret içermektedir. Bu açıklama kadının tüm temel haklarını ihlal etmektedir.

latmıştır. Oysa temel hakların yasayla sınırlanması gerekirken, yürütme işlemi ile, sözleşme hükümleriyle korunan haklar korunamaz hale getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.
- Armağan, Servet: Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967.
- Aslan, Volkan: "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi"; https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/ (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Aybay, Rona: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası-Metin Kitabı-, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1038, Hukuk Fakültesi No:219, İstanbul 1963, s.94-95.
- Centel, Nur: "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013, s.1-12.
- Danıştay 10. Dairesinin 2021/1747 sayı ve 28.6.2021 günlü kararı (https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/guncelKararlar/2021-06-29-09-20-9539359.pdf; siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 9.1.1981, 1980/620, 1981/1, Danıştay Dergisi, Sayı:44-45, s.142.
- Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 23.Baskı, Ekin Yasın Yayın Dağıtım, Bursa 2021.
- Gözler, Kemal: "İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler" (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı); "https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Gözler, Kemal: Cumhurbaşkanı'nın Uluslar arası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var Mı?" (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler); https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, 9.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.
- Gürer, Onur: Cumhurbaşkanının Düzenleyici İşlemleri, 1.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- İba, Şeref/Kılıç, Abbas: Anayasa Yargısı Dersleri, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

- Kaboğlu, Ö.İbrahim: Anayasa Hukuku Dersler (Genel Esaslar), 16. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2021.
- "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi): sorular ve cevaplar", 2019, s.5. (https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/1379/PREMS%20039419%20TUR%202574%20Brochure%20Questions%20Istanbul%20Convention%20WEB%2016x16.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y; siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Kanadoğlu, O.Korkut: Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- Öncü, Gülay Arslan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013, s.39-63.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Öztürk, Fatih: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982. -Şahbaz, İbrahim: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, Sayı 54, 2004, s.178-216.
- Şirin, Tolga: "Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar", 24 Mart 2021; https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu (siteyi ziyaret tarihi:17.7.2022).
- Tan, Turgut/Bayazıt, Bahar: İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Tikveş, Özkan: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması, İstanbul 1969.
- Ulusoy, Ülkü Halatçı: Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslar arası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Ulusoy, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 3.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Yasin, Melikşah: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı, 36 (1), 2019, s.315-333.
- Yazıcı, Serap: "İstanbul Sözleşmesine Karşı Dava Açmaya İlişkin Çağrı", https://medyanotu.com/gelecek-partili-serap-yazicidan-istanbul-sozlesmesi-cagrisi-tum-kadinlari-bu-cumhurbaskanligi-kararina-karsi-iptal-davasi-acmaya-davet-ediyorum/ (siteyi ziyaret tarihi: 17.7.2022).
- Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Üstün, Gül/Çakır, Melih/Tekinsoy, Okay: İdare Hukuku, Editör: Prof. Dr. Turan Yıldırım, 8. Baskı, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2016.
- **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖRNEKLER**
- AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965; R.G.: 24.12.1965, Sayı: 12185.
- AYM, 2003/86, 2004/6, 28.1.2004.
- AYM, 2018/104, 2020/39,16.7.2020, par.260-263; R.G.:27.11.2020, Sayı:31317.
- AYM, 2018/126, 2020/32, 25.6.2020, par.23; R.G.:29.7.2020, Sayı: 31200.
- AYM, 1963/311, 1965/12, 4.3.1965.
- AYM, Genel Kurul, 2017/32972, 29.9.2021; R.G.:2.12.2021, Sayı: 31677.
- AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22.5.2013.
- AYM, 2013/7666, 10.12.2015.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ "ÖZEL DAVA KOŞULU" OLAN "DAVA KONUSU ALACAĞIN GERÇEK BİR ALACAK OLMASI" KOŞULUNUN ANLAM VE İÇERİĞİ, BU KOŞULUN UYGULAMADA YARATTIĞI UYUŞMAZLIKLAR

Av. Talih UYAR[1]

I- Tasarrufun iptali davalarının "hukuki niteliği"[2**] **ve "amacı"** [3***]

Hakkında «haciz» (İİK. m. 78 vd.) işlemine girişilen (iflâsta; «iflâs kararı verilen» (İİK. mad. 165, 191/I) borçlunun *tasarruf yetkisi*, bu tarihten itibaren kısıtlanır.

«Malları üzerine haciz *konulması*»ndan *(*veya *haklarında iflâs kararı verilmesi*»nden*)* önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıların -haciz ve iflâs yolu ile- takibine hedef olmadan, onlardan «mal kaçırmak» (yani, onların haklarında yapacağı takibi semeresiz bırakmak) amacı ile, malvarlığının tamamını ya da bir kısmını, bir takım «hileli» işlemlerle (yani, bedelsiz olarak ya da çok ucuz bedelle) başkalarına (özellikle, yakınlarına, kendilerinin bu amacını bilen veya bilebilecek durumda bulunan arkadaşlarına/tanıdıklarına) devredebilirler ya da bedelini kendileri ödeyerek yakınları üzerine taşınır/taşınmaz mal satın alarak malvarlığını azaltabilirler…

---

1 İzmir Barosu avukatlarından (Yaşar Ünv. Huk. Fak. Öğr. Görv.)

2 ** **KURTOĞLU, S.** İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği (İBD. 1973/7-8, s: 776-780) – **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 2. Baskı, 2017, s: 44 vd.; 359 vd. – **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 3. Baskı, 2020, s:2 vd.; 16 vd.; 141 vd.; 297 vd.; 379 vd.; 463 vd.; 683 vd.; 920 vd. - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı (Manisa Bar. D. Temmuz/2008, s: 79-86) – **YAVUZ, N.** Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkında Yargıtay Uygulamasından Örnekler (Yargıtay Der. Temmuz/1999, s: 217-241) (Tür. Not. Bir. Der. 1999/102, s: 1 vd.) – **YAVUZ, N.** Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu (Yargıtay Der. Ocak-Nisan/1986, s: 101-107)

3 *** **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 2017, 2. Baskı, s: 44 vd.; 359 vd.; s: 1570 vd. - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı (Manisa Bar. D. Temmuz/2008, s: 79-86) – **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 3. Baskı, 2020, s:2 vd.; 14 vd.; 52 vd.; 88 vd.; 294 vd.; 324 vd.; 378 vd.; 405 vd.; 462 vd.; 506 vd.; 537 vd.; 655 vd.; 683 vd.; 776 vd.; 920 vd.; 1303 vd.

İşte, bu gibi kötü niyetli borçluların «alacaklılarından mallarını kaçırmak *kasdı ile*» yaptıkları bu tür işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacı ile, onlara «tasarrufun iptali davası» denilen bir 'dava açma hakkı' tanınmıştır.

Tasarrufun iptali davası»nı «bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek *kasdıyla, mallarının haczinden veya hakkında iflâs kararı verilmeden önce, yani henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı dönemde, alacaklılarından mallarını kaçırmak için yapmış olduğu tüm tasarrufların, sadece davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayılmasını sağlamak için, 'kural olarak' kesin ya da geçici aciz belgesine sahip alacaklılarca, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilen, 'borçlunun malvarlığından çıkardığı' dava konusu mal ve haklar üzerinde davacı-alacaklıya 'cebri icra yetkisi' tanıyan, şahsi nitelikte bir eda davasıdır»* ş e k l i n d e tanımlayabiliriz.[4]

Bu davanın amacı; borçluların henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; «malları üzerine haciz konulmadan» veya «hakkında iflâs kararı verilmeden» önce) alacaklılarından mal kaçırmak kasdı ile, kötü niyetle yapmış oldukları hukukî işlemleri, davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal ve haklar üzerinde, alacaklının -sanki, bu mal ve haklar halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde

4 Benzer tanımlar için bknz: **KURU, B.** «Bir borçlunun, mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılarından mal kaçırmak için yapmış olduğu bağışlamalar ve şüpheli (hileli) tasarrufların iptal ettirilebilmesi için alacaklılara bir dava açma hakkı tanınmıştır ki, buna iptal davası denir (m. 277-284)» (El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 1397; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 663) - **MUŞUL, T.** «İİK. m. 97/sondan 2. fıkradaki ve iflâstaki haller (İİK. m. 277/b.2, m.245 ve 255/3) hariç olmak üzere, kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, kanunda öngörülen sebeplere istinatla, kabili iptal olduğunu iddia ettiği tasarrufi işlemin, sadece kendisi açısından ve aciz vesikasına bağlanmış olacağı ve ferileri nisbetinde iptal edilmesini talep ederek, borçlu ile lehine tasarrufi işlemin yapıldığı üçüncü kişiye karşı açtığı, 5 yıllık hak düşürücü süreye ve basit yargılama usulüne tâbi olan, şahsi nitelikte bir davadır» (Tasarrufun İptali Davaları, 2017, 2. Baskı, s: 17) - **ATALI, M./ERMENEK, İ./ERDOĞAN, E.** «İcra ve İflâs takibinden önce veya takip sırasında, borçlunun alacaklının haklarını ihlâl edecek şekilde yaptığı tasarruf işlemlerinin iptali için başvurulan yola tasarrufun iptali davası denir» (İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, 2020, s: 715) - **EROĞLU, O.** «Kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak kasdıyla yaptığı tasarruflarını, alacağı ile sınırlı olmak kaydıyla, icra takip sahasına sokmasını sağlayan, beş yıllık hak düşürücü süreye tâbi, kişisel nitelikte bir eda davasıdır» (Tasarrufun İptali Davası, 2. Baskı, 2020, s: 24; 4. Baskı, 2020, Islah, s:192) - **BERKİN, N.M.** «Borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını -davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde- hükümsüz hale getirmeye yarayan bir dava» (İflâs Hukuku, 1972, s: 489)

etmesini bu malın haciz ve satışını isteyerek- sağlamaktır.[5] [6]

İptal davasının, davacı-alacaklı lehine sonuçlanması halinde, dava konusu mal tekrar borçlunun malvarlığına (mülkiyetine) dönmez. Yani, borçlunun yapmış olduğu hileli işlem «maddi hukuk bakımından» iptal edilmez, hükümsüz hale getirilmez. Sadece yapılan hileli işlem «alacaklı bakımından» hüküm ifade etmez.

Yüksek mahkeme, çeşitli içtihatlarında «tasarrufun iptali davasının amacı» hakkında;

√ *«İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarındaki amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu»*[7]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının amacının, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasına ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu»*[8]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının amacının, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu»*[9]

b e l i r t m i ş t i r.

---

5 **MUŞUL, T.** age. s: 23 - **EROĞLU, O.** age. s: 30 - **ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S./HANAĞASI, E.** İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, 2020, s: 556 - **KURU, B.** El Kitabı, s: 1397 - **ATALI, M./ERMENEK, İ./ERDOĞAN, E.** age. s: 726 - **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, S.M./ÖZEKES, M.** İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, 2013, s: 857 - **SERTKAYA, Ş.A./KUL, S.** Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 5 - ÇETİN, H.E. Tasarrufun İptali, 2016, s: 17 – **GÜNEREN, A.** Tasarrufun İptali Davaları, 2012, s:40 – ÇAM, Ü.M. Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, 2009, s:58 – **COŞKUN, M.** İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları, 2019, s:887 – ÇETİNEL, T. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları, 2020, s: 29

6 **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** Tasarrufun İptali Davaları, 7. Baskı, 2021, s: 3 vd.

7 Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com)

8 Bknz: 17. HD. 19.11.2018 T. 946/10870 (www.e-uyar.com)

9 Bknz: 17. HD. 05.11.2018 T. 6517/10079 (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

Ankara BAM. 26. HD. 02.11.2018 T. 2167/1536, (www.e-uyar.com)
17. HD. 15.10.2018 T. 4016/9049, (www.e-uyar.com)
17. HD. 10.10.2018 T. 4073/8933, (www.e-uyar.com)
17. HD. 09.10.2018 T. 8503/8819, (www.e-uyar.com)
17. HD. 17.09.2018 T. 4747/7826, (www.e-uyar.com)
İzmir BAM. 5. HD. 18.04.2018 T. 55/585, (www.e-uyar.com)
17. HD. 05.04.2018 T. 17130/3875 (www.e-uyar.com)[10]

Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi iptal davası, «dava konusu malın aynına ilişkin bir dava olmayıp kişisel bir *dava*»dır.[11] Yani bu dava sonunda, tasarrufa konu mal, alıcı (veya devir alan)nın malvarlığından

10 **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s:7 vd.

11 **UMAR, B.** Türk İcra-İflas Hukuku'nda İptal Davası, 1963, s: 19 - **KURU, B.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 664 - **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, C: 4, 1997, s: 3409 - **KURU, B.** El Kitabı, s: 1397 - **BERKİN, N.M.** İflâs Hukuku Rehberi, 1980, s: 111 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflâs Hukuku, 8. Baskı, 2009, s: 300 - **ÖNEN, T.** İptal Davaları (Ank. İk. Tic. İl. Ak. Der., 1969/1, s: 39) - **KURTOĞLU, S.** İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği (İBD. 1973/7-8, s: 776 vd. - **GÜRDOĞAN, B.** İflâs Hukuku, 1966, s: 223 - **EROĞLU, O.** age. s: 33 vd. - **ESENER, T.** Türk Hususi Hukuku'nda Muvazaalı Muameleler, 1956, s: 105 - **BÖRÜ, L.** İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal «İİK. m. 280» (AÜHFD. 2009, S: 3, s: 486) - **ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S./HANAĞASI, E.** age. s: 557 - **YILMAZ, E.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016,, s: 1252 - **UYAR, T.** «Muvazaa» Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları (ABD. 2017/3, s: 266 vd.) - **ATALI, M./ERMENEK, İ./ ERDOĞAN, E.** age. s: 716 vd. - **ARSLAN, A.S.** Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tesbit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: 1, 2014, s: 254) - **ALBAYRAK, H.** Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları (AÜHF D. 2015, S: 4, s: 933 - **KORKUSUZ, R.** İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması, 2014, s: 312 - **ALBAYRAK, H./AĞAR, S.** Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması (Tür. Bar. Bir. Der. Mayıs-Haziran/2016, s: 435) - **KOVAN, H.** 100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 278 - ÇETİN, H.E. age. s: 18 - **ESENER, T.** age. s: 105 - **ÖZSUNAY, E.** Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, 1968, s: 233 - **KOSTAKOĞLU, C.** Takip Hukukunda İptal Davaları (Yasa D. 1989/8, s: 1039 - Adalet D. 1989/6, s: 9) - **MUŞUL, T.** İcra ve İflâs Hukuku, C: 2, 6. Baskı, 2013, s: 1744 - **AKŞENER, S.H.** İptal Davaları, 2. Bası, 2017, s: 27 - **AKKAYA, T.** «Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 672) – **KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E.** Tasarrufun İptali Davaları, 1968, s: 17 - **ULUKAPI, Ö.** İcra ve İflâs Hukuku, 2014, s: 499 - **GÜNEREN, A.** İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, 2004, s:1015 - **GÜNEREN, A.** age., s: 49 - **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age. s: 858, 878 - **YILDIRIM, M.K./YILDIRIM, N.D.** İcra ve İflas Hukuku, s: 565 - **MUŞUL, T.** Tasarrufun İptali Davaları, s: 18 vd. - **KAZANCI, İ.T.** Tasarrufun İptali Davalarında İspat, 2015, s: 76 - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, 2014, C: 3, s: 4309 - **AKYAZAN, S.** Takip Hukukunda İptal Davası (Ad. D. Mart-Nisan/1963, S: 3-4, s: 237) - **SARISÖZEN, İ.** İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s: 56) – **KARAMERCAN, F.** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı, 2020, s:158 - **YILMAZ, E.** age. s: 1203 - **SERTKAYA, Ş.A./KUL, S.**

çıkarılarak, tekrar borçlunun malvarlığına geri verilmez. Tasarrufa konu mal, yine alıcı (veya devir alan)ın malvarlığında kalmakla beraber, davayı kazanan davacı-alacaklı, o malı haciz ettirip sattırma ve satış bedelinden alacağını (*kişisel hakkını*) alma imkanını elde etmiş olur. Davanın konusunun *taşınmaz* olması halinde, dava sonunda verilen hükümle, taşınmazın tapu kaydında bir değişiklik yapılmaz... «Davanın kabulüne» karar verilmesi halinde, bu hükümden sadece 'davacı-alacaklı' yararlanır. 'Davalı-borçlu'dan alacaklı olan diğer alacaklılar, bu hükümden yararlanmazlar. Zaten «davanın kabulüne» karar veren mahkeme «...dava konusu şey üzerinde, davacı-alacaklıya 'aciz vesikasında belirtilen -eğer mahkemeye kesin aciz vesikası sunulmamışsa; icra dosyasındaki alacak ve *fer'ileri ile sınırlı olarak- cebri icra yetkisi tanınmasına»* şeklinde karar verir...[12]

Yüksek mahkeme, iptal davalarının bu *niteliğini,* çeşitli içtihatlarında;

√ *«Tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, 'dava konusu taşınmazın davalılar arasındaki satış işlemine ilişkin tasarrufun iptali ile davacı alacaklıya icra dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle* sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesine' karar verilmesi gerektiğini, 'taşınmazın önceki maliklere döndürülmesine' şeklinde karar verilmesinin hatalı olduğunu-Alacağını temlik eden davacının, "davacı" sıfatının da ortadan kalkacağı ve onun lehine karar verilemeyeceğini»[13]

√ *«İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını»*[14]

√ *«İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını»*[15]

b e l i r t m i ş t i r...**Aynı doğrultuda:**

17. HD. 04.10.2018 T. 5240/8614, (www.e-uyar.com)

17. HD. 09.04.2018 T. 8983/3951, (www.e-uyar.com)

17. HD. 05.04.2018 T. 17130/3875, (www.e-uyar.com)

Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 7 – ÇETİNEL, T. age, s: 9 – **KURU, B./AYDIN, B.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku «Ders Kitabı», 2020, s: 489

12 **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age. s: 19 vd.

13 Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2397/10196 (www.e-uyar.com)

14 Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com)

15 Bknz: 17. HD. 15.10.2018 T. 13062/9065 (www.e-uyar.com)

17. HD. 27.02.2018 T. 12044/1388, (www.e-uyar.com)
17. HD. 20.12.2017 T. 6676/11897, (www.e-uyar.com)
17. HD. 12.12.2017 T. 3577/11571, (www.e-uyar.com)
17. HD. 20.06.2017 T. 5549/7016 (www.e-uyar.com)

II-İptal davasının aynî bir dava olmayıp, kişisel bir dava olmasından -uygulamada önem taşıyan- şu sonuçlar doğar:

√ *İptal davası aynî bir dava olmadığından, davanın konusu taşınmaz mal dahi olsa, özel yetki hükmü olan -ve taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğunu belirten- HMK'nun 12. maddesi iptal davalarında uygulanmaz yani bu durumda dahi yetkili mahkeme HMK. mad. 5'e (ve kimi kez de, HMK. mad. 16'ya) göre belirlenir.*[16]

√ İptal davası aynî bir dava olmadığından, davanın değeri, iptal konusu tasarrufun kıymetine göre değil, «alacaklının elindeki aciz belgesinde gösterilen ödenememiş (açık) alacak miktarı ile iptal konusu tasarrufun kıymetinden daha az olanına göre» saptanır.

Bu kıstasa (ölçüte) göre belirlenen değer; bu davada alınması gereken *«peşin harç» ile «karar ve ilâm harcı»*nı[17] ve dava sonunda hükmedilecek «avukatlık ücreti»ni[18] hesaplamada önem taşır.

√ İptal davası *aynî* bir dava olmadığından, iptal isteminin kabul edilmesi halinde, *«dava konusu tasarrufun tümünün iptaline» değil, «takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak (takip konusu alacak ve -faiz, masraf gibi- eklentilerine yetecek oranda) tasarrufun iptaline»* karar verilir.[19]

√ İptal davası aynî bir dava olmadığından iptal konusunun *taşınmaz mal* olması halinde, iptal isteminin kabul edilmesi halinde, *«...davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu (trafik) kaydının iptaline ve borçlu adına tesciline» şeklinde değil, «taşınmaza ilişkin -satış, bağış, ipotek vb.- işleminin iptaline ve davacı alacaklıya dava konusu taşınmaz üzerinde haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına...»*[20] şeklinde karar verilir.

√ İptal davası aynî bir dava olmadığından, bu dava sonucunda verilen karar, *kesinleşmesi beklenmeden* uygulanır.[21] Çünkü, bu dava sonucun-

---

16 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 597 vd.

17 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 676 vd.

18 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 694 vd.

19 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 1496

20 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 1370, 1373 vd.

21 Bknz: 8. HD. 26.06.2012 T. 6080/6236; 08.05.2012 T. 3729/3956; 12. HD. 29.11.2011 T. 8816/25094; 12. HD. 25.12.2008 T. 8746/23250; 17. HD. 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907 vb. (www.e-uyar.com)

da verilen kararlar, HMK. mad. 367/2 hükmünün kapsamı içine girmez.

√ İptal davası aynî bir dava olmadığından, davalının iflâs etmesi halinde, davacı dava (tasarruf) konusu malı, *iflâs masasından* çıkaramaz. Çünkü bu durumda, davacının sadece iflâs masasına karşı bir «*iflâs alacağı*» söz konusu olur.[22] [23]

III- Tasarrufun iptali davalarının konusu[24*]:

İİK. mad. 277/I'de; iptal davasının, «İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabileceği» belirtilmiştir (**İİK.** mad. 277)

22 **UMAR, B.** age. s: 19

23 **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 28 vd.

24 [*] **UYAR, T.** Hukukî Mütalâalar, 2. Baskı, 2017, s: 362-377; s: 428-439; s: 759-790; s: 1072-1076; s: 1251-1257; s: 1433-1442; s: 1510 vd.; s: 1572 vd. - **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 3. Baskı, 2020, s: 51-86; s: 803-828 - **UYAR, T.** Tasarrufun İptal Davalarının Konusu (İBD. Temmuz-Ağustos/2017, s: 74-132) - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri (Legal Huk. Der. Haziran/2014, s: 169-176) - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (Manisa Bar. Der. 2013, S: 125, s: 8-41) - **UYAR, T.** İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu (ABD. 2011/1, s: 211-231) - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (Tür. Bar. Bir. Der. Eylül-Ekim/2008, s: 287-313) - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında «Ticari İşletmenin Devri», «İptale Tâbi Tasarrufların Kapsamı» ve «Mahkemeye Aciz Vesikasının Sunulması» Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Çankaya Huk. Fak. Der. (Araş. Görv. Ceren Damar Armağanı), 2020, C: 3, s: 3941-3978) - **UYAR, T.** Borçlunun Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek 'Alacağın Temliki' Tasarrufları (Legal Huk. Der. Mayıs/2017, s: 2411-2437) - **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar (Legal Huk. Der. 2017, S: 177, s: 4449-4513) - **UYAR, T.** Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları (Legal Huk. Der. 2018, S: 190, s: 4729-4801) - **UYAR, T.** «Muvazaalı İcra Takipleri» (Borç İkrarları) ile «Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması»nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi (İBD. Mayıs-Haziran/2014, s: 282-295) - **UYAR, T.** Muvazaa (TBK. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları (Legal Huk. Der. Temmuz/2014, s: 175-187) - **UYAR, T.** İİK.'nun 280. Maddesi Uyarınca İptale Tâbi Kimi Tasarruflar (ABD. 2014/3, s: 415-448) - **UYAR, T.** Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) «Muvazaalı Olduğu» İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından «Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi? (ABD. 2015/1, s: 369-397) – **AKKAYA, T.** «Alacaklılardan, Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (MİHDER, 2006/3, s:661-684) – **AKKAYA, T.** İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar «İİK. m. 277-284» (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:13-49) – ÇETİNEL, T. Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları, s: 30 vd. – **GÜRDOĞAN, B.** İptal Davaları «İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer'e Sunulan Bildiri», 1963, s:38-42 – **OLGAÇ, S.** Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Dr. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s:457-480) – **MUŞUL, T.** İptal Davaları, s: 31 vd. – ÖNEN, T. İptal Davaları (Ankara İktisadı ve Tİc. İlimler Ak. D. 1969, S:1, s:39-49) – **EROĞLU, O.** Tasarrufun İptali Davası, s: 147 vd.

IV- Tasarrufun iptali davasının esasına girebilmesi için gerçekleşmesi gereken «dava şartları"[25*];

Bilindiği gibi *«dava şartı» 'davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan* şartlar*dır.*[26]

Yeni HMK.'nun 114. maddesinin **1. fıkrasında** '*dava şartlarının neler olduğu*' (12) bent halinde sayılarak belirtildiği gibi; **2. fıkrasında** '*diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının ilişkin hükümlerin saklı olduğu*' açıklamıştır.

HMK.'nun 114. maddesinde (12) bent halinde sayılan –ve tüm davalar için geçerli olan- dava şartları «**genel dava şartları**», buna karşın HMK. m. 114/2'de belirtilen dava şartlara ise, bazı davalar için öngörülmüş olduğu için «özel dava şartı» olarak nitelendirilir. Örneğin; İİK. m. 277/I-1'de öngörülen '*tasarrufun iptali davası açabilmek için kesin ya da geçici aciz belgesi ibraz etme zorunluluğu*', İİK. m. 69/II'de öngörülen '*borçtan kurtulma davası açabilmek için % 5 oranında teminat gösterme zorunluluğu*' birer «özel dava şartı»dır.[27]

*"Tasarrufun iptali davası"*nda aranan d a v a ş a r t l a r ı ;

a) *'Takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan ö n c e doğmuş olması*' gerekir.

b) '*Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması' gerekir.*

Bu konu, ileride AÇIKLAMA V'de ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

---

25 * **UYAR, T.** Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları (Legal Huk. Der. Ekim/2018 s:4729-4801) – **UYAR, T.** Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında Borcun Doğum Taihi Nasıl Belirlenir? Tasarrufun İptali Davasının «Bedele Dönüşmesi» (İİK. 283/II) Halinde, Tazminata Esas «Gerçek Değer»in Hesaplanma Yöntemi (Legal Huk. Der. 2018, S:184, s:1739-1758) – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davasının «Usul»den ve «Esas»dan Reddine Neden Olan Durumlar (Nevşehir Barosu Dergisi'nde yayımlanacak)

26 **KURU, B.** Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C: 1, s: 375-398 – **KURU, B.** Dava Şartları (Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, 1964, s: 109-147) – **ARSLAN, R.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler (Prof. Dr. Gürgan Çelebican'a Armağan, 2011, s: 439-459) – **ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S./HANAĞASI, E.** Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, s: 310 vd. – **PEKCANITEZ, H./ATALAY,O./ÖZEKES, M.** Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 4. Baskı, s: 243 vd. – **GÖRGÜN, Ş. İ.** Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, s: 144 vd. – **ALBAYRAK, H.** Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları (AÜHFD. 2015/4, s: 931-974) – ÇETİNEL, T. age. s: 75 vd. – **PEKCANITEZ, H.** Pekcanıtez Usul Hukuku, s: 925 vd.; 950 vd.

27 **ALBAYRAK, H.** agm. s: 934

c) '*Borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin ve alacağın kesinleşmiş olması'* gerekir.

ç) '*Borçlu hakkında kesin aciz belgesi* ya da *geçici aciz belgesi'* (niteliğinde haciz tutanağı) düzenlenmiş olmalıdır.

Belirtilen bu dava şartlarından herhangi birisinin veya birden fazlasının dava konusu olayda gerçekleşmemiş olması halinde, mahkemece *"ön koşul yokluğu nedeniyle tasarrufun iptali davasının reddine"* karar verilir.[28]

V- Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının 'g e r ç e k' bir alacak olması gerekir.[29*]

İptal davalarında, «*davacının, davalılardan borçluda bir alacağının bulunması*» ve «*davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş –yani alacağın kısmen- tamamen tahsil edilmemiş olması*» ön koşul olduğundan, mahkeme iptal davasının yargılaması sırasında öncelikle bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Bunu yaparken davacının alacağının «*geçerli olup olmadığını*» araştıramayacağı –örneğin; 'alacağın kumar alacağı olduğunu' ileri sürerek iptal davasını reddedemeyeceği-[30] gibi, «*icra dairesinin düzen-*

28 **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** age., s: 749 vd.

29 * **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 3. Baskı, 2020, s:378-392; s:405-411; s:655-668; s:877-919 – **UYAR, T.** Hukuki Mütalâalar, 2. Baskı, 2017, s:18 vd. – s:827-837; s:980-990; s:1287-1312 – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında "Alacağın Gerçek Olması" ve "Hayatın Olağan Akışına Uygunluk" Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar (Legal Huk. Der. Ocak/2020, s:267-309) – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında "Son İki Yıl İçinde Yapılan Tasarruflar (İİK. m. 278/I, II) ve "Taşınmazın 'Tapuda Gösterilen Satış Bedeli' le 'Rayiç Bedeli' Arasında Bir Mislini Aşan Fark Bulunması" (İİK. m. 278/III-2) Koşulu ile "Davacının, Davalı-Borçludaki Alacağının 'Gerçek Bir Alacak Olması' Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar… (Prof. Dr. N.M. Berkin Armağan'da yayımlanacak) – **UYAR, T.** Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Tasarrufları (Legal Huk. Der. 2018, S:190, s:4729-4801) – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında "Davacının, Borçluda Gerçek Bir Alacağı Bulunması" Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar (İBD. 2015/2, s:351-362) – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar (Tür. Bar. Bir. Der. 2018; S:135, s:517-575) – **UYAR, T.** Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları (Legal Huk. Der. Ekim/2018, s:4729-4801) – **UYAR, T.** Tasarrufun İptali Davalarında "Alacağın Gerçekliği" (Muvazaalı Olmaması) Koşulunun Düşündürdükleri (Legal Huk. Der. 2017, S:180, s:5915-5942) – **UYAR, T.** Ticari Defter Kayıtlarına Göre "Alacaklı" Gözüken Ancak Borçlusu Hakkında Takip Konusu Yaptığı Çekleri Ticari Defterlerine İşlememiş Olan Alacaklı, Yaptığı "Takip Dosyası"na Dayanarak "Borçlusu" ve "Lehine Tasarrufta Bulunulan Üçüncü Kişi" Hakkında 'Tasarrufun İptali Davası' Açılabilir mi? (Terazi Huk. Der. Kasım/2017, S:135, s: 90-101)

30 Bknz: 15. HD. 14.05.1990 T. 800/2146 (www.e-uyar.com)

lediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını» da tartışamaz.[31] Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikayetin sonucunu, kendisi için 'bekletici mesele' sayması gerekir.[32] Fakat, davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) «*davacının alacağının mevcut olmadığını*» -örneğin muvazaaya dayandığını- iddia ve ispat edebilir.[33] Davalı-üçüncü kişi bu iddiasını ispat için 'tanık' dinlenebilir…[34] Yani bu durumda HMK. mad. 200 uygulanmaz.[35] Çünkü, davalı - üçüncü kişi, davacı - alacaklı ile borçlu arasındaki alacak ilişkisinde 'üçüncü kişi' durumundadır.[36] Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle davacının, davalı-borçluda '*gerçek bir alacağı*'nın bulunması, diğer bir deyişle tasarrufta bulunan kimsenin gerçekten 'borçlu olması' gerekir. Eğer '*gerçek bir borç*' yoksa '*alacak*' da söz konusu olamayacağından, tasarrufun iptali davası dinlenmez.[37]

Davacı-alacaklı, tasarrufun iptali davasını, 'ilama dayalı icra takibi'ne dayandırmışsa, 'tasarrufun iptaline' karar verilebilmesi için, '*ilamın (alacağın) kesinleşmiş olması*' gerekir.[38] [39]

Tasarrufun iptali davalarında, davalı-3. kişi (ya da davalı-borçlu), "*davacı alacaklının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunmadığını*" ileri sürerse, mahkemece bu durumda nasıl bir yol izlenecektir?

"*Bu iddianın tasarrufun iptali davasında araştırılamayacağı*"na mı

---

31 Bknz: 15. HD. 18.05.1990 T. 1755/2258; 13. HD. 09.11.1981 T. 5203/7058 vb. (www.e-uyar.com)

32 Bknz: 15. HD. 07.05.1992 T. 2135/2460; 04.03.1992 T. 869/1042 vb. (www.e-uyar.com)

33 **KURU, B.** age. C:4, s:3506

34 Bknz: 17. HD. 26.03.2013 T. 7206/4176 (www.e-uyar.com)

35 **KURU, B.** El Kitabı, s:1420

36 **KURU, B.** El Kitabı, s: 1430 – **ARSLAN, R/YILMAZ,E./AYVAZ, T.S./HANAĞASI, E**. age. s. 563 – **KURU,B./AYDIN, B.** age. s: 499

37 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, C:3, s:4524 vd. – **GÜNEREN, A.** age. s:379 – **UMAR, B.** age. s:41 vd. – **TAZE, M.** Tasarrufun İptali Davası (Yayımlanmamış Yük. Lisans Tezi, s:120) – **KAPLAN, H.A.** 4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, s:45 – **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, 2011, C:2, s:1266 – **COŞKUN, M.** Tasarrufun İptali Davaları, s:937 – **GÜNAY, E.** age. s:80 – **SERTKAYA, Ş.A./KUL, S.** age. s:175 – **MUŞUL, T.** İptal Davaları, s:443 – **EROĞLU, O.** age. s:59 – **ATILI, M./ERMENEN, İ./ERDOĞAN, E.** İcra ve İflâs Hukuku, s:729 – **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, s:586 – ÇETİN, H.E. age. s:15 – **ALBAYRAK, T.** agm. s: 943 vd. – ÇETİNEL, T. age. s: 79

38 Bnz: HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; 17. HD. 20.09.2010 T. 5787/7047 (www.e-uyar.com)

39 **ALBAYRAK, H.** agm. s: 956

karar verilecek, yoksa "*bu iddianın tasarrufun iptali davasında incelenebileceği*" belirtilip "davacı alacaklı tacir ise ticari defterleri[40] ve banka hesap hareketleri[41] üzerinde mali müşavir(ler) vasıtasıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacı-alacaklı ile davalı-borçlu arasındaki ticari ilişkinin, daacı alacaklıya takip konusu yaptığı alacak kadar bir alacak doğuracak boyutta olup olmadığı" irdelenecek midir?

Eğer davacı-alacaklı tacir ise; hem kendisinin ve hem de –tacir ise davalı- borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var (yazılı) olduğu ölçüde 'davanın kabulüne', aksi taktirde "ön koşul yokluğundan davanın reddine"[42] karar verilmesi gerekir.

Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının araştırılması,[43] yıllık gelirlerinin ne olduğu,[44] ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı[45] saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Bazen, davacı-alacaklının borçludaki alacağı muvazaalı değildir; fakat davacı-alacaklının borçluda "*takip konusu yapılan miktarda*" bir alacağı da yoktur. Örneğin; davacı-alacaklı takip borçlusu hakkında, borçluya ait senette tahrifat (sahtecilik) yaparak takipte bulunmuştur. Borçlunun imzasın taklit ederek veya senedin "alacak miktarı"nda tahrifat yapmıştır. Hatta borçlu tarafından bu nedenle davacı-alacaklı hakkında "menfi tespit davası"[46] açılmış ya da icra mahkemesinde "imza inkarında"[47] bulunulmuş olabilir. Yahut da Cumhuriyet Savcılığına –"sahtecilik" ya da "bedelsiz kalan senedin kullanılması", "açığa atılan imzanın kötüye

40 Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 16639/5946; 17.04.2014 T. 15081/5942; 16850/455; 08.03.2013 T. 14204/4372; 24.04.2012 T. 32/5008; HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497 vb. (www.e-uyar.com)

41 Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 15081/5942 (www.e-uyar.com)

42 Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T. 11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015 T. 1798/5869; 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com)

43 Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

44 Bknz: 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com)

45 Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb. (www.e-uyar.com)

46 Bknz: 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230; 31.03.2011 T. 6372/2899; 07.03.2011 T. 11643/2001; 30.10.2007 T. 4626/3300 (www.e-uyar.com)

47 Bknz: 17. HD. 10.03.2009 T. 3533/1270 (www.e-uyar.com)

kullanılması" suçlarından dolayı[48] - 'kamu davası' açılması için şikayette bulunulmuş ve Cumhuriyet Savcılığınca, davacı-alacaklı hakkında ceza mahkemesinde 'kamu davası' açılmıştır. Bu gibi durumlarda, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin, borçlu tarafından açıldığı/açılması sağlandığı bildirilen bu davaların –kesinleşecek sonucunun "*bekletici mesele*" yapılması gerekir…

Davalı-3. kişi de, davacı-alacaklının "*takip konusu yaptığı senedin (belgenin) gerçek bir alacağı aksettirmediğini*" –borçlu gibi- tasarrufun iptali davasına bakan mahkemede ileri sürebilir. Keza, takip konusu senedin "*teminat ve tahsil amacıyla verilmiş olduğu*" –yani gerçek bir alacağı ifade etmediği- de hem davalı-borçlu ve hem de davalı-3. kişi tarafından ileri sürülebilir.[49] Bunun kanıtlanması halinde mahkemece davacı-alacaklının talebi doğrultusunda "tasarrufun iptaline" karar verilemez.

Doktrinde "alacağın gerçekliği" konusunda;

"… Dava şartlarından birsi de; tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir. Eğer, tasarrufta bulunanın alacaklıya gerecek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda, tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Bu nedenledir ki; üçüncü kişi davalının 'borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunması'nın mahkemece incelenmesi gerekir.

Davalı üçüncü kişi 'davacının alacağının gerçekte mevcut olmadığımı' tanık ile de ispat edebilir. Yani bu halde HMK.m.200 ve özellikle HMK.m.201 hükmü uygulanmaz. Çünkü davalı üçüncü kişi, davacı alacaklı ile borçlu arasındaki alacak ilişkisine oranla üçüncü kişi durumundadır. .."[50]

"…Davacının davalı borçluda gerçekten bir alacağının mevcut olması ve bu alacağın tasarrufun iptali davası sonunda davalı lehine verilen karar kesinleşinceye kadar varlığını devam ettirmesi, tasarrufun iptali davasının dava şartlarındandır. (Bknz: 17.HD.24.12.2019 T. E:2018/1833 , K:2019/12405)

Tasarrufun iptali davasının dayanağı icra takibine konu alacağın, gerçekte mevcut olmadığının anlaşılması halinde, davanın ön koşul(özel dava şartı) yokluğu nedeniyle, esasa girilmeden usule ilişkin bir kararla reddi gerekir.(Bknz: 17.HD. 18.02.2020 T. E:2019/5545, K:2020/1647)…"[51]

---

48 Bknz: 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230 (www.e-uyar.com)

49 Bknz: 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com)

50 **KURU, B.** El Kitabı, s:1420

51 **MUŞUL, T.** age. s:68 vd.

"... Üçüncü kişinin, 'aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte mevcut olmadığını veya muvazaalı olduğunu' ileri sürmesi durumunda, artık bu alacağın mevcudiyeti tasarrufun iptali davasında tartışma konusu haline gelir..."[52]

"...Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için, gerçek bir alacağın varlığı gerekir. Tasarrufun iptali davalarında, bazı hallerde, davacının(alacaklının) gerçekten alacaklı olup olmadığı bir sorun teşkil edebilmektedir. Bu sorun, özellikle, hacizde açılan davalarda, borç ödemeden aciz belgesine bağlanmış alacağı borçlunun itiraz etmesi, iflas ve konkordatoda ise, borçlunun iflas ya da konkordato masasına bildirilen alacağı reddetmesi halinde ortaya çıkar. Bu gibi hallerde, mahkeme tarafından öncelikle alacağın varlığı tespit edilmeli, tasarrufun iptali talebi daha sonra değerlendirilmelidir..."[53]

"...İptal davasının dinlenebilmesi için bazı önkoşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir:

Davacının, davalı- borçluda gerçek bir alacağının bulunması gerekir. İptal davasının dinlenebilmesi için, öncelikle 'davacının borçludaki alacağının gerçek olması' gerekir. Tasarrufun iptali davalarında alacağın şeklen varlığı yeterli kabul edilmemeli, gerçekten var olması aranmalıdır. Tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerecek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı araştırılmalıdır. Davalı üçüncü kişinin 'borcun gerçek olmadığı ya da takip borçlusundan hak edilen üçüncü kişilerin, davacının, takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılması gerekir. Eğer gerecek bir borç yoksa, alacak da söz konusu olamayacağından, iptal davasının dinlenebilmesi olanaklı değildir. (Bknz: HGK. 14.09.2021 T. E:2017/(17) 4-2773, K:2021/987)"

"...Tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için 'takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş ve gerçek bir alacak olması' gerekir. Yargıtay 7. Hukuk dairesi bazı kararlarında 'alacaklının gerçek alacaklı olup olmadığının resen araştırılacağını' bazı kararlarında ise 'bu hususun araştırılması için, davalı tarafça ileri sürülmesi gerektiğini' belirtmektedir. .."[54]

"...Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için 'davacının alacağının gerçek bir alacak ve doğum tarihinin tasarruf tarihinden önce ol-

52 **GÖRGÜN, L.Ş. / BÖRÜ, L./ KODAKOĞLU, M.** age. s:548

53 **ATALI, M./ERMENEK, İ./ ERDOĞAN, E**. age. s:729

54 **COŞKUN, M.** age. C:5, 7.Baskı, s:6285.

ması' gerekir. Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, alacağın 'şeklen' değil 'gerçek' bir alacak olması zorunludur. Alacaklının alacağının 'gerçek olmadığı' iddiası varsa, mahkeme öncelikle bu hususu incelemelidir.(Bknz: HGK.19.06.2002 T. E:15-495, K:528)

Alacaklının, gerecekte alacaklı olmadığı, borçlu ve alacaklının muvazaalı borç oluşturarak tasarrufun iptali konu işlem veya eylemi yaptıkları iddiası ile delillerin değerlendirilmesi, takip hukukunun şekli kurallarına göre değil, maddi hukukun ispat kurallarına göre, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları çerçevesinde yapılmalıdır." [55]

"...Tasarrufta bulunan borçlunun, alacaklıya gerçekten bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin borçlu sıfatı sorun olduğundan, önce bunun çözümlenmesi gerekmektedir.

Beklenen bir alacağı ödememek için, danışıklı yapılan tasarrufun iptali için, muvazaa nedenine dayalı olarak zarar göreceğinden bahisle, üçüncü kişi ve borçlu davalı aleyhine iptal davası açılabilir. Bu durumda, mahkemece ortada henüz, bir icra takibi bulunmadığı ve aciz belgesi sunulmadığı nedeniyle dava reddedilmemelidir. Beklenen alacağı ilişkin, örneği açılmış tazminat davasının sonu beklemeli, o dava sonunda davacının tahsili gereken bir alacağının bulunması halinde, İİK.m.283/1 uygulanmak suretiyle açılan iptal davasında, davacının alacağını alabilmesi içini iptal edilen tasarruf konusu malın haczine ve satışına yetki verilmesi gerekmektedir."[56]

"... Tasarrufun iptali davaları için, kanununda düzenlenen dava şartlarının yanı sıra, Yargıtay tarafından kabul edilen birtakım özel dava şartları söz konusudur. Yargıtay, 'bu şartlar sağlanmadan mahkemenin esasa ilişkin bir inceleme yapamayacağı ve davanın usulden reddi kararı vermesi gerektiği' görüşündedir.

Gerçek bir alacağın varlığı da Yargıtay'ca aranan özel dava şartlarından biridir.(Bknz: 17.HD.05.02.2020 T. E:1627,K:796)

Buna göre, tasarrufun iptali davalarında Yargıtay, alacaklının borçludan gerçek bir alacağının olmasını şart koşmaktadır.

Gerçek bir alacağın bulunması mecburiyeti, esasında üçüncü kişiyi

---

55 **COŞKUN, M.** İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları, 8.Baskı, 2022, s:1057

56 ÇETİN, E.H. Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Namı Müstear, 2.Baskı, 2022, s:15 vd.

ve bu kişilerin mirasçılarını korumak adına Yargıtay içtihatları ile ortaya çıkmış olan bir şarttır…"[57]

"… İptal davasının görülebilirlik koşullarından birisi de 'alacağın varlığı' ve bu alacağın takip sırasında aciz vesikasına bağlanmış olmasıdır. Başka bir deyişle, tasarrufta bulunan borçlunun, alacaklıya gerçekten bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda, tasarruf sahibinin 'borçlu sıfatı' sorun olduğundan önce bunun çözümlenmesi gerekmektedir. (Bknz: HGK. 19.06.2002 T. E:15-495,K:528)…"[58]

"… Tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisi, alacağın varlığı, diğer söyleyişle 'tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması' , bir diğeri de 'alacağın aciz vesikasına bağlanmış olması'dır. Bu özelliği nedeniyle, aciz nedenine dayalı tasarrufun iptali davasında davalı üçüncü kişi 'aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını' iddia ve ispat edebilir.

Eğer tasarrufta bulunan borçlunun, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı üçüncü kişi tarafından iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Bu nedenledir ki, üçüncü kişi davalının, borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır…"[59]

Yüksek mahkeme kimi kararlarında[60] «davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının yerel mahkemece *kendiliğinden* araştırılması gerektiğini» kimi kararlarında[61] ise, «bu hususun *davalılarca ileri sürülmesi halinde* mahkemece araştırılabileceğini» belirtmiştir…

«*Davacı –alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı*» hususu, '*davalı borçlu ve üçüncü kişi tarafından birlikte ileri sürülebileceği*' gibi, '*sadece davalı üçüncü kişi tarafından da* yani «davalı-borçlu ile davacının anlaşarak, kendisine zarar vermek amacı ile muvazaalı olarak bir

57 **GÜRTÜK. D.** İcra ve İflas Hukukunda İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal Davası, 2021, s:120 vd.

58 **GÜNAY, E.** Tasarrufun İptali Davası(Borçlu Muvazaası), 6.Baskı, 2021,s:89 vd.

59 **SERTKAYA, A. Ş. / KUL, S.** Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s:175

60 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; 12.04.2016 T. 14267/4635; 21.01.2014 T. 19964/669 vb. (www.e-uyar.com)

61 Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606; 19.02.2019 T. 1554/1781; 05.06.2018 T. 4533/5858; 15.05.2018 T. 3037/5045; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 14.02.2017 T. 23545/1450; 25.10.2016 T. 18010/9337; 20.10.2016 T. 17910/9000; 07.06.2016 T. 20994/6940 vb. (www.e-uyar.com)

alacak yarattıkları» iddia edilerek- de *ileri sürülebilir.*'[62] [63]

Yüksek mahkeme, bu konu (yani; '*alacağın gerçek bir alacak olması gerektiği*' konusu) ile ilgili olarak;

√ *"Tasarrufun iptali davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (*İİK.nun *277 md) bulunması gerektiğini- Bu ön koşulların bulunması halinde ise* İİK.nun *278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılması gerekeceği- Bu davalarda ve tasarrufa konu malı elinde bulunduran şahsın kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması halinde dava tümden reddedilmeyip borçlu ile tasarrufta bulunan şahıs tasarrufa konu malı elinden çıkardıkları tarihteki gerçek değeri oranında ve alacak miktarı ile sınırlı olarak tazminata mahkum edilmeleri gerektiğini"*[64]

√ *"Mahkemece yapılacak işin, davacı alacaklının iddialarını, takip dosyalarındaki borçlular ve borç miktarları da dikkate alınarak, davacının diğer cirantalar hakkında yaptığı başka takip dosyaları da değerlendirmeye alınarak, davacının ticari defterlerindeki kayıtlarını bu icra dosyalardaki takipler de dikkate alınarak, karşılıksız çıkan çeklerin hangi kayıtlar üzerinden devam ettiği, defterdeki uyumsuzluğun kaynağının somut olarak da ortaya konulması ve sonuçta tüm olguların muvazaanın göstergesi olup olmadığı değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesinden ibaret olacağını- Dava alacağın gerçek olmadığı yani ön koşul yokluğundan red edildiğine göre, karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7. maddesi gereğince maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"*[65]

√ "İptal davasının dinlenebilmesi için, öncelikle davacının borçludaki alacağının gerçek olması, tasarrufta bulunan kişinin de gerçekten borçlu olması gerekeceğinden, davalı borçlu tarafından davacı aleyhine açılan, henüz kesinleşmeyen menfi tespit davasının kesinleşmesi beklenerek tüm

---

62 **ALBAYRAK, H.** agm. s: 941 vd. – ÇETİNEL, T. age s: 78 – **TAŞ, K. H./KORKMAZ, Ö.** Tasarrufun İptali Davalarında Davacı Alacağının Muvazaalı Olduğu İddiası ve Bu İddianın Hukukun Temel Hak ve İlkeleri ile Bağlantısı (Fasikul Huk. Dr. C: 11, S: 111, Şubat/2019, s: 645 vd.)

63 Bknz: HGK. 26.03.1997 T. 15-890/127 (www.e-uyar.com)

64 Bknz: 4. HD. 13.10.2021 T. 1798/6762 (EK-1) (www.e-uyar.com)

65 Bknz: 4. HD. 12.10.2021 T. 14888/6631 (www.e-uyar.com)

delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna *göre karar verilmesi gerekeceğini"*[66]

√ *"İİK* mad. 277 *vd gereğince açılan tasarrufun iptali davalarında, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması gerektiği- Bu ön koşulların bulunması halinde ise* İİK.nun *278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılması gerektiğini"*[67]

√ *"Davalı üçüncü kişinin 'takip dayanağı bonoyu alacaklı ile borçlunun anlaşarak düzenlendiği' iddiası üzerine, davacı-alacaklının beyanından, 'alacağın gerçek bir alacak olmadığı'nın tespiti halinde, 'tasarrufun iptali davasının ön koşul yokluğundan reddine ve davalılar lehine maktu vekalet ücretine karar verilmesi' gerektiğini"*[68]

√ *«Tasarrufun iptalini isteyen davacının açtığı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması gerektiği- Davacının alacağının asıl borçlu şirketin ticari kayıtlarında yer almadığı, 'borçlu şirkette önceden sigortalı işçi olarak çalışan davacının gemi satışından elde ettiği gelirden borç verdiği' iddiasını ilişkin iddiasının somut bilgi ve belgelerle ispatlayamadığı anlaşıldığından, ablalarının banka kayıtlarında 1.000.000,00 USD'lk gemi satış parasının yatırıldığı ya da borç verilen para ile ilgili bir çıkış ve bilginin olmadığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının 'ön koşul yokluğundan reddine' karar verilmesi ve davalılar lehine maktu vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiğini»*[69]

√ *«Davacının gerçek bir alacaklı, borçlunun da gerçek borçlu olmadığının anlaşılması halinde, tasarrufun iptali davasının, 'önkoşul yokluğu' nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini»*[70]

√ *«Tasarrufun iptali davasında, davalı-üçüncü kişinin, "davacının alacağının gerçek olmadığını" ileri sürmesi halinde, mahkemece davacı alacaklı ile davalı borçlu arasında gerçek bir alacak borç ilişkisinin olup olmadığının incelenmesi gerektiğini- Davacı alacaklının 'alacağının gerçek bir alacağa dayandığını ve bu nedenle taraf sıfatına sahip olduğunu ispatlaması gerektiğini- Tarafların, kendilerinin veya karşı*

66 Bknz: 4. HD. 20.09.2021 T. 1281/5035 (www.e-uyar.com)

67 Bknz: 4. HD. 09.06.2021 T. 1298/2679 (www.e-uyar.com)

68 Bknz: 4. HD. 26.05.2021 T. 1158/1733 (www.e-uyar.com)

69 Bknz: 17. HD. 18.02.2020 T. 5545/1647 (www.e-uyar.com)

70 Bknz: 17. HD. 09.12.2019 T. 3821/11646 (www.e-uyar.com)

tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduğu, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmemesi ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmemesi, halinde, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edeleceğini; bu hususun, mahkemece, davalı borçluya HMK. mad 220/3 uyarınca ihtar edilmesi ve davalının defterlerini ibraz etmemesi halinde yine bu maddeye göre bir değerlendirme yapması gerektiğini»[71]

√ *«Davacının, alacağın gerçek bir alacak olduğunu ispatlayamadığı ve yapılan bilirkişi incelemesinde de 'alacak ile ilgili bir hususa rastlanılmadığı' gerekçesi ile, 'önşart yokluğundan açılan tasarrufun iptali davasının davanın reddine' karar verileceğini»*[72]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK.nun 277 md) bulunması gerektiğini»*[73]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının görülebilirlik şartlarından birisinin de gerçek bir alacağın varlığı (tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması) olduğunu- Gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını- Davalılar alacaklı davacının alacağının gerçek olmadığını savunmuş, yargılama boyunca davacı alacaklı alacağın dayanağı konusunda bir açıklama yapılmamış ve davalı üçüncü kişinin tanığı aynı zamanda borçlu şirket ortağı ifadesinde "kendisinin ve kardeşinin borçlu şirket ortağı oldukları, üçüncü kişinin öz yeğenleri olduğunu, dava konusu kağıt fabrikası binasını sattıklarını ve başka bir yere taşındıklarını, ancak satılan yerin daha sonra kıymetlendiğini, davacıya bildiği kadarı ile borcu olmadığı" yönündeki beyanı karşısında davanın reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde olduğunu»*[74]

√ *«Tasarrufun iptaline ilişkin davasında tacir olan davalı alacaklı ve borçlunun ticari defterleri üzerinde konuşan uzman bilirkişi aracılığı ile*

---

71 Bknz: 17. HD. 03.12.2019 T. 3921/11416 (www.e-uyar.com)

72 Bknz: 17. HD. 06.11.2019 T. 1133/10255 (www.e-uyar.com)

73 Bknz: 17. HD. 23.10.2019 T. 4452/9821 (www.e-uyar.com)

74 Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606 (www.e-uyar.com)

inceleme yapılarak takip konusu bonoya dayalı bir alacağın gerçekte var olup olmadığının tespiti gerektiğini»[75]

√ *«Tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmesi gerektiğini, bu nedenle, üçüncü kişi-davalının, borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu»*[76]

√ *«Davalı üçüncü kişiler, asli müdahilin takip konusu alacağının gerçek olmadığını ileri sürdüklerinden bu iddianın ön sorun olarak incelenip değerlendirilmesi gerektiği; takibin kambiyo hukukuna ilişkin olmasına ve kesinleşmesinin alacağın gerçek olmadığı iddiasının incelenmesine engel olmadığını»*[77]

√ *«3. kişi vekilleri, "takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı"nı ileri sürdüğünden, mahkemece bu savunma üzerinde durularak davacı vekilinden bu yöndeki açıklamaları ve delillerinin sorulması, özellikle takip konusu senedin vade tarihi, davacı ile borçlu davalının akraba-arkadaş, kapı komşusu olup olmadığı da göz önünde bulundurularak davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalılar 3. kişi vekilleri tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanması, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senedin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılması, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve ön koşulların bulunması halinde ise davanın esası yönünden* İİK.nun *278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini»*[78]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının kabulü için dava dayanağı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması gerektiği- Mahkemece dava dışı (borçlunun ortağı olduğu) Ltd. Şti ticari defterleri üzerinde inceleme yapılarak takip konusu senet borcunun var olup olmadığı ve neye ilişkin olduğu tespit edilerek, davacının anılan şirkette sigortalı işçi oluşu ve diğer delille birlikte değerlendirilerek alacağın gerçekliğinin araştırılması gerektiğini»*[79]

---

75 Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597 (www.e-uyar.com)

76 Bknz: 17. HD. 19.02.2019 T. 1554/1781 (www.e-uyar.com)

77 Bknz: 17. HD. 15.05.2018 T. 3037/5045 (www.e-uyar.com)

78 Samsun BAM 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55 (www.e-uyar.com)

79 Bknz: 17. HD. 19.12.2017 T. 4594/11844 (www.e-uyar.com)

√ *«Her iki davanın da görülebilmesi için diğer dava koşullarının yanında davacının borçludan olan alacağının gerçek bir alacak olması gerektiğini»*[80]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında, alacağın gerçek bir alacak olması gerektiğinden, tasarrufun iptali davasının gerçek olmayan alacaklar için dinlenmeyeceğini»*[81]

√ *«Tasarrufun iptali koşullarından birinin de, 'dava dayanağı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması', olduğunu»*[82]

√ *«1941 doğumlu ticaretle uğraşmayan ev hanımı borçlunun kiracısından 20.000,00 TL borç alıp senet vermesini gerektirecek hukuki ilişki net olarak ortaya konulmadığı gibi, hasta olduğu için ihtiyaç duyduğu ve bu nedenle borç aldığı iddiası inandırıcılıktan uzak olup, yargılama sırasında alacağın bu kez borçlunun damadına tahsil edilmemesi halinde rücu edilmeme koşulu ile temlik edilmesi de yaşam deneyimlerine aykırı olduğundan alacağın gerçek olduğundan söz edilemeyeceği ve bu durumda "davalıların anne-kız olmaları nedeni ile aralarındaki tasarrufun bağış niteliğinde olduğu ve ivazlar arasında oransızlık olduğundan" bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin isabetsiz olduğunu»*[83]

√ *«Mahkemece davalı üçüncü kişinin "takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı" yönündeki savunması üzerinde durulmamasının hatalı olduğunu- Mahkemece, davalının bu yöndeki savunması doğrultusunda davacı ve davalı delillerinin toplanması, gerektiğinde takip onuşu alacaklı ve borçluların banka hesap hareketleri, ticari ve vergi kayıtları istenerek ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, Savcılığın takip konusu senetle ilgili yürütülen hazırlık dosyası; dava açılmış ise dava dosyası, ticaret mahkemesi dava dosyasının sonucunun beklenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[84]

√ *«Tasarrufun iptali davasında, tacir olan ve ticari defter tutmak zorunda olan davalı borçlu şirketin ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak dava dayanağı takip dosyasındaki senetlerin dayanağı ve dolayısı ile alacağın gerçekliği araştırılarak muvazaalı ala-*

---

80 Bknz: 17. HD. 19.12.2017 T. 18804/11841 (www.e-uyar.com)

81 HGK. 15.11.2017 T. 17-2361/1371 (www.e-uyar.com)

82 Bknz: 17. HD. 31.05.2017 T. 254/6191 (www.e-uyar.com)

83 Bknz: 17. HD. 14.03.2017 T. 2363/2732 (www.e-uyar.com)

84 Bknz: 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457 (www.e-uyar.com)

cak olup olmadığı toplanan delillere göre değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini»[85]

√ *«Tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin 'alacağın gerçek olmadığı' yönündeki savunması üzerinde durularak, özellikle takip konusu senetlerin vade tarihi davacı ile borç şirket temsilcisinin hemşeri olması da gözönünde bulundurularak, davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalı 3. kişi vekili tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanarak, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılıp, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[86]

√ *«Basit yargılama usulüne tabi olan tasarrufun iptali davasında, adli tatil süresince temyiz süresinin işlemeyeceğini- Davalı üçüncü kişi dava dayanağı alacağın gerçek olmadığı iddiasında bulunduğundan, mahkemece bu husus üzerinde durulması gerektiği- Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde olunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyuşmazlık çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.000 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiği, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anlaşıldığından, mahkemece, davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığı kolluk aracılığı ile araştırılması, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini- Mahkemece, alacağın gerçek olmadığı tespit edilirse, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini»*[87]

√ *«Borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasının, her zaman takip konusu alacağın gerçek bir alacak, yani davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu göstermeyeceğini,*

85 Bknz: 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134 (www.e-uyar.com)

86 Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

87 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940 (www.e-uyar.com)

davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının mahkemece re'sen değerlendirilmesi gerektiğini- Mahkemece, borçlu şirket ile davacı alacaklı arasındaki takip konusu çek düzenlenmesini gerektirecek bir alacak borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tacir olan borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olduğunun tesbiti halinde, aciz hali var ise şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini»[88]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında takip konusu davacının alacağının gerçek olması gerektiğini- Gerçek bir alacak olmadığından, davanın ön koşulu yokluğundan reddine karar verilmesi halinde, maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini»*[89]

√ *"Haciz tutanağının İİK. mad. 105 kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunu; iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığını; alacağın gerçek olduğu; davanın süresinde açıldığını; dolayısıyla dava ön koşullarının gerçekleştiğini; davalıların kardeş olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK. mad. 278/3-1, 280/1 ve borca mahsuben devredilmesi nedeniyle İİK. mad. 279 gereğince iptale tabi olması nedeniyle dava konusu taşınmazın satışına ilişkin tasarrufun davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerektiğini"*[90]

√ *«Tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, davanın dinlenebilmesi için davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenilen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması gerekeceğini- Tasarrufun iptali davalarında vekalet ücretinin takibe konu alacak ile tasarrufun değerinden hangisi az ise o miktar esas alınmak suretiyle nisbi tarifeye göre hesaplanması gerekirken taşınmazın gerçek değeri tespit edilmeksizin fazla miktar üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru olmayacağını»*[91]

√ *«Davalı borçlu alacağın gerçek olmadığını iddia etmişse de, bu konuda açtığı itiraz ve takibin iptali davasının icra mahkemesince red-*

---

88 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282 (www.e-uyar.com)

89 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 10582/6278 (www.e-uyar.com)

90 Bknz: 17. HD. 23.02.2016 T. 10575/2094 (www.e-uyar.com)

91 Bknz: 17. HD. 28.01.2016 T. 7479/1060 (www.e-uyar.com)

dedildiği ve borçlu tarafından açılmış menfi tespit davası bulunmadığından, senede dayalı yapılan icra takibinin kesinleştiği ve alacağın gerçek olduğu, haciz tutanağının İİK. mad. 105 kapsamında 'geçici aciz belgesi' niteliğinde olduğu, iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığı ve davanın süresinde açıldığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu- Davalı üçüncü kişinin borçlunun kayınbiraderi olduğu ve aralarında alacak borç ilişkisi bulunduğu, ayrıca dava konusu taşınmazların kısmen alacağa mahsuben devredilmiş olması nedeniyle dava konusu tasarrufların İİK. mad. 278/3-1, 279/1 ve 280/1 gereğince iptale tabi olduğunu»[92]

√ *«Davacı alacaklı, borçlunun nişanlısının annesi olduğu ve paranın kuyumcu olan borçluya elden verildiği iddia edilirken, davalı üçüncü kişinin, alacağın gerçek olmadığını senedin sonradan düzenlendiğini ileri sürdüğü, öte yandan, dosya kapsamından borçlu ve taşınmazın ilk maliki babası arasında bu taşınmazın satışı ile ilgili olarak arasında husumet olduğu, karşılıklı olarak sürekli uyuşmazlık içinde bulunduğu, bu durumda, mahkemece yapılacak işin, kuyumcu olan borçlunun ticari defterlerinde senedin düzenlendiği tarihte bu miktar bir para girişi olup olmadığı, alacağın gerçek olup olmadığı araştırılarak toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibaret olduğunu»*[93]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil, gerçekliğinin de amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiğini- Davalı üçüncü kişi, 'davacı alacaklının borçluya, 400.000 TL ödünç para verecek kadar ekonomik gücü olmadığını, borçlu ile aralarında husumet olması nedeniyle icra takibinin başlatıldığını' belirterek 'alacağın muvazaalı olduğunu' iddia ettiğinden, mahkemece gerekirse davacının alacağının dayanağının da açıklattırılarak takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı tartışılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»*[94]

√ *«Davalı-borçlunun borçlu bulunmadığının tespitine dair verilen menfi tespit kararı kesinleşmiş olduğundan, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece 'davacının gerçek bir alacağının bulunmaması' nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini»*[95]

---

92 Bknz: 17. HD. 26.01.2016 T. 8807/933 (www.e-uyar.com)

93 Bknz: 17. HD. 24.11.2015 T. 4375/12653 (www.e-uyar.com)

94 Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 (www.e-uyar.com)

95 Bknz: 17. HD. 15.06.2015 T. 8803/8659 (www.e-uyar.com)

√ *«Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının tespiti amacıyla ceza dosyası ile asliye hukuk mahkemesi dava dosyasının incelenmesi, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmaması halinde davanın önkoşul yokluğundan reddine; aksi halde yani takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunun belirlenmesi halinde iptal koşullarının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[96]

√ *«Mahkemece, temlikin dayanağını oluşturan alacak borç ilişkisinin varlığı ve gerçekliği araştırılarak, sonucuna göre temlik işleminin iptaline veya iptal talebinin reddine karar verilmesi gerekeceğini»*[97]

√ «İptal davasının dinlenebilmesi için öncelikle davacının gerçek bir alacaklı bulunması gerektiğini- Davalılar 'dava konusu alacakların gerçek bir alacak olmadığını, takip konusu bonoların muvazaalı düzenlendiğini, zamanaşımına uğrayan bonolar nedeniyle yapılan icra takiplerine borçlunun itiraz etmediğini, davayı kabul ettiğini, bu konuda borçlu ile abileri arasında ceza soruşturması bulunduğunu' belirterek 'takip konusu alacağın gerçek bir alacak *olmadığı'nı savunmuş olduğundan, bu konudaki delillerinin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"*[98]

√ *«Dava konusu hisse senetlerinin rayiç bedelle borçlu tarafından davalı holdinge devredildiği bilirkişi raporu ile belirlenmiş ise de gerek davalı holding vekilinin savunması, gerekse davalı holdingin ortakları ve yönetim kurulu üyeleri (borçlunun ailesine alt şirket) ile borçlu arasındaki yakın akrabalık bağının varlığı nedeniyle davalı 3. kişi holdingin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK. 280/1. madde gereğince iptale tabi olduğu, ancak dava koşulları yönünden dosya incelendiğinde, davacının alacağının 9.3.2009-21.7.2009 tarihleri arasında düzenlenen altı adet bonoya dayalı olduğu, borçlu hakkındaki 2010/6470 ve 2010/6471 sayılı takip dosyalarının kesinleştiği, kati aciz belgelerinin sunulduğu, iptali istenen tasarrufların takip konusu borçtan sonra yapıldığı anlaşılmakla birlikte davalı 3. kişi holding vekili takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığını savunduğundan mahkemece adı geçen davalının bu yöndeki savunmasının mevcut delillere göre değerlendirilmesi, alacağın gerçek olduğunun belirlenmesi halinde dava konusu*

---

96 Bknz: 17. HD. 01.06.2015 T. 19404/8009 (www.e-uyar.com)

97 Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 1534/7639 (www.e-uyar.com)

98 Bknz: 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303 (www.e-uyar.com)

tasarrufların davacının takip konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak İİK. 280/1. madde gereğince iptaline; aksi takdirde yani takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığının belirlenmesi halinde ise davanın önşart *yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini»*[99]

√ *«Davacının gerçekte alacaklı olup olmadığının tespiti amacıyla, borcun doğumuna ilişkin 3. kişilerce ileri sürülen savunmanın üzerinde durulması, bu konuda davacı ve davalı 3. kişilerin bildirdiği ve bildireceği delillerin toplanması, maddi hasarlı kaza ile ilgili müracaat tutanağı ve anılan tutanağa dayalı olarak yapılan işlemlere ait belgeler, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, banka kayıtları celp edilerek, gerektiğinde davacının ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi de yaptırılması, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı, gerçek bir alacak ise borcun doğum tarihinin tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[100]

√ *«Takip konusu borcun davacı ile borçlu arasındaki ne tür bir ilişkiden ve ne zaman doğduğu konusunda davacıya delillerini sunması için süre verilmesi, bildireceği delillerin toplanması taraflar arasındaki borca ilişkin temel ilişkinin tasarruf tarihinden önce doğduğunun davacı tarafından ispatlanması halinde, davanın esasına girilerek dava konusu tasarrufun İİK 277, 278, 279, 280 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini- İİK. mad. 277 vd. uyarınca açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının tespiti için ceza dosyası ve icra takip dosyasının incelenmesi gerektiğini»*[101]

√ «İİK. mad. 277 vd. gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK.nun *277 md) bulunması gerektiğini»*[102]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için davacının alacağının gerçek bir alacak olması gerektiğini- Mücerret borç ikrarı olarak düzenlenen bononun ileriye yönelik olarak tanzim edilmesi mümkün olduğu gibi geriye yönelik olarak da düzenlenmesi mümkün olduğu,*

99 Bknz: 17. HD. 05.05.2015 T. 19250/6671 (www.e-uyar.com)

100 Bknz: 17. HD. 05.05.2015 T. 20593/6680 (www.e-uyar.com)

101 Bknz: 17. HD. 05.05.2015 T. 21092/6686 (www.e-uyar.com)

102 Bknz: 17. HD. 17.02.2015 T. 15483/2855 (www.e-uyar.com)

borcu doğuran ilişkinin mevcudiyetine yönelik diğer delillerin de birlikte nazara alınması gerektiği, bononun vade tarihi ile takip tarihi arasında 11 ay gibi bir zaman aralığı bulunması ve davalı borçlunun, ceza soruşturmalarından ve hukuk davalarından da anlaşıldığı üzere taşınmazı geri alma ya da satış bedeline ek bir para elde etmeye yönelik olarak işbu davanın temelini oluşturan takipteki bononun tanzimi ile gerçek olmayan bir borç altına girdiği anlaşıldığından davanın reddi gerektiğini»[103]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklının, davalı borçludaki alacağının gerçek bir alacak olması koşulu ile borcun (davacının alacağının) iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olmasının davanın ön koşulları olduğunu- Tasarrufun iptali davasının önkoşul yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı lehine maktu vekalet ücreti takdiri gerekeceğini»*[104]

√ *«Tasarrufun iptali istemine ilişkin davalarının dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması gerekeceği, alacaklı borçlu hakkında ihtiyati haciz kararı üzerine takibe geçmediğinden takibin geçersiz hale geldiği, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verileceğini»*[105]

√ *«Gerçek bir alacağı bulunan alacaklıya borçlunun bir başkasından olan para alacağını temlik etmesinin ticari örfe dayalı geçerli bir ödeme aracı olduğunu- Davalılar arasındaki ticari ilişkinin temliklerin yapıldığı sıradaki miktarı, kimin alacaklı olduğu giderek yapılan temliklerin alacak durumu ile münasip olup olmadığı hususları tarafların ticari defterleri üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile açıklığa kavuşturularak oluşacak sonuca göre tasarrufun iptali davasında bir hüküm kurulması gerekeceğini»*[106]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının koşullarından birinin de kesinleşmiş gerçek bir alacağın varlığı olduğunu- Menfi tesbit davası sonucu bakiye kalan alacak yönünden tasarrufun iptali davasının esasa girilmesi gerektiğini»*[107]

√ *"Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, "davacının borçludaki alacağının gerçek olması", "borçlu hakkındaki icra takibinin*

---

103 Bknz: 17. HD. 19.01.2015 T. 19782/436 (www.e-uyar.com)

104 Bknz: 17. HD. 23.12.2014 T. 8622/19259 (www.e-uyar.com)

105 Bknz: 17. HD. 25.11.2014 T. 8007/16833 (www.e-uyar.com)

106 Bknz: 17. HD. 25.11.2014 T. 6331/16831 (www.e-uyar.com)

107 Bknz: 17. HD. 27.10.2014 T. 10344/14415 (www.e-uyar.com)

kesinleşmiş olması" ,"iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması" ve "borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması" gerektiğini, bu ön koşulların bulunması halinde ise İİK.'nun 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekeceğini"[108]

√ *«Alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı ve borcun doğum tarihi hususunda yeterli araştırma yapılarak ve açılan ceza davasının da sonucu beklenerek bir karar verilmesi gerekeceğini»*[109]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında, davalı borçlu ile davacı arasındaki alacağın gerçek olmadığını ileri sürülmesi halinde bu hususun araştırılmasının zorunlu olduğu zira alacaklının gerçek bir alacağının olmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının dinlenmesine imkan bulunmadığını»*[110]

√ *«Davacının takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunu kanıtlayamadığı, edimler arasındaki nispetsizlik iddiasının yerinde olmadığı, dava dilekçesinde ileri sürülen diğer koşulların gerçekleştiğine ilişkin iddianın da kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu- Dava, önkoşul yokluğu nedeniyle reddedildiğinden kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına maktu vekalet ücreti takdiri gerekirken nispi vekalet ücreti takdirinin doğru olmadığını»*[111]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; "davacının borçludaki alacağının gerçek olması", "borçlu hakkındaki icra takibini kesinleşmiş olması", "iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması" ve "borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması" gerektiği; bunların tasarrufun iptali davasının "önkoşulları" olduğunu»*[112]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında, davacının gerçekten 'alacaklı' olup olmadığının mahkemece resen değerlendirilmesi gerektiğini- Teminat ve tahsil amacıyla verilen dava konusu çekler nedeniyle davacının alacağı 'gerçek bir alacak' sayılmayacağından, açılan olumsuz tespit davasının önkoşul yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi ge-*

108 Bknz: 17. HD. 27.05.2014 T. 2571/8414 (www.e-uyar.com)

109 Bknz: 17. HD. 08.05.2014 T. 2942/7251 (www.e-uyar.com)

110 Bknz: 17. HD. 06.05.2014 T. 6344/7114 (www.e-uyar.com)

111 Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 3483/5953 (www.e-uyar.com)

112 Bknz: 17. HD. 24.02.2014 T. 16901/2405 (www.e-uyar.com)

rekeceğini»[113]

√ *«Tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisinin 'alacağın varlığı' diğer söyleyişle 'tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması' bir diğeri de 'alacağın aciz vesikasına bağlanmış olması' olduğu; bu özelliği nedeniyle aciz nedenine dayalı tasarrufun iptali davasında davalı 3. kişinin 'aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını' iddia ve ispat edebileceği, çünkü bunun dava şartlarından olduğu, eğer tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin 'borçlu sıfatı'nın* çözümlenmesi gerektiği, bu nedenledir ki 3. kişi davalının 'borcun gerçek olmadığı' iddiasının ve 'muvazaanın varlığı' yönündeki savunmasının mahkemece incelenmesi gerektiği, eğer gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olmayacağından, iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağı, tasarrufun iptali davalarında alacaklıya, alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığını değil, gerçekliğinin amaçlandığının *gözardı edilmemesi gerektiğini»*[114]

√ *«Tasarrufun iptali davasında öncelikle davacının borçludan gerçek bir alacağının bulunması ve yapılan tasarrufun da alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik olması gerekeceği, bu nedenle davacı ile borçlu davalının mali durumlarının araştırılarak, borcun doğum tarihinde aralarında bu denli bir para alışverişinin olup olamayacağının ve borcun gerçek olup olmadığının belirlenmesi gerekeceğini»*[115]

√ *«Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması gerektiğini- tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin 'aciz belgesine dayanan alacağın gerçek olmadığını' iddia ve ispat edebileceği, çünkü dava şartlarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin 'borçlu' olması gerektiği, eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcunu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerekeceği, bu nedenledir ki, 3. kişi -davalının borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğu, bu davalarda alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiği, sonuç olarak tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisi olan 'ala-*

113 Bknz: 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com)

114 Bknz: 17. HD. 16.01.2014 T. 15104/446 (www.e-uyar.com)

115 Bknz: 17. HD. 05.11.2013 T. 11822/15085 (www.e-uyar.com)

cağın varlığının gerçek olması' hususunun araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu»[116]

√ *«Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; "davacının borçludaki alacağının gerçek olması", "borçlu hakkındaki icra takibini kesinleşmiş olması", "iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması" ve "borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması" gerektiği, bu koşulların davanın "ön koşulu" olduğunu»*[117]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında görülebilirlik şartlarından birisinin 'gerçek bir alacağın varlığı' diğer bir anlatımla tasarrufta bulunan kişinin gerçekten 'borçlu' olması gerektiğini; eğer gerçek bir 'borç' yoksa 'alacak' da söz konusu olmayacağından, iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını, bu nedenle bu tür davalarda davalıların 'alacağın gerçek olmadığını' iddia ve ispat edebileceklerini- Alacaklı tarafından takip konusu yapılan senette tahrifat yapıldığı iddiası üzerine açılan ceza davası sonucunun, tasarrufun iptali davasında bekletici mesele yapılması gerekeceğini»*[118]

√ *«Tasarrufun iptali davasının önkoşullarının 'takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğması', 'alacağın gerçek bir alacak olması', 'borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş olması' ve 'borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesini bulunması' olduğunu- Tasarrufun iptali davalarında davalı borçlu ile davacı arasındaki alacağın gerçek alacak olmadığının ileri sürülmesi halinde bu hususun araştırılması gerektiğini, zira alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde, tasarrufun iptali davasının dinlenmesine imkan bulunmadığını- Borçlunun, 'takibe konu senedin sahte olarak alacaklı tarafından icra takibine konduğu' iddiası ile suç duyurusunda bulunduğu ve icra ceza mahkemesince alacaklı aleyhine mahkûmiyet hükmü kurulduğu görüldüğünden, ceza dosyasının celbi ile davacı alacağının gerçek bir alacak olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılması gerektiğini»*[119]

116 Bknz: HGK. 23.10.2013 T. 17-224/1478 (www.e-uyar.com)

117 Bknz: 17. HD. 24.09.2013 T. 8620/12713 (www.e-uyar.com)

118 Bknz: 17. HD. 06.06.2013 T. 3904/8424 (www.e-uyar.com)

119 Bknz: 17. HD. 30.05.2013 T. 6432/8055 (www.e-uyar.com)

√ *«Tasarrufun iptali davasında, davacı alacaklı ile davalı borçlu arasındaki ilişkinin ne olduğunun ve alacağın muvazaalı olup olmadığının üzerinde durularak (araştırılarak) varılacak sonuca göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekeceğini»*[120]

√ *«Alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının dinlenemeyeceğinden, davacı ile borçlunun oğlunun bahsedilen şirkette birlikte çalışıp* çalışmadıkları, takip dayanağı bononun hangi gerekçe ile ne zaman davacıya verildiği hususları üzerinde durularak *hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekeceğini»*[121]

√ *«İtirazın iptali davası sonucunda davanın kabulüne karar verilerek takibin kesinleşmiş olması halinde dahi, tasarrufun iptali davasındaki davacı-alacaklının alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının- muvazaaya dayanıp dayanmadığının- araştırılması gerekeceğini»*[122]

√ «İİK.nun *277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin 'borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu' ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceğini, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin 'borçlu' durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten 'alacaklı' sıfatını taşıması gerektiğini»*[123]

√ *«Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için öncelikle davacının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, diğer bir anlatımla, tasarrufta bulunan kişinin gerçekten 'borçlu' olması gerektiğinden davalı borçlu tarafından, davacı alacaklıya karşı açıldığı bildirilen dava konusu senetlerle ilgili menfi tespit davasının kesinleşmesi beklenerek alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»*[124]

√ *«İİK.nun 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin "borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu" ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin "borçlu" durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten "alacaklı" sıfatını taşı-*

120 Bknz: 17. HD. 20.05.2013 T. 3894/7243 (www.e-uyar.com)

121 Bknz: 17. HD. 13.11.2012 T. 602/12443 (www.e-uyar.com)

122 Bknz: HGK. 19.09.2012 T. 3-101/597 (www.e-uyar.com)

123 Bknz: 17. HD. 11.04.2012 T. 1729/4537 (www.e-uyar.com)

124 Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899 (www.e-uyar.com)

ması gerektiğini»[125]vurgulamıştır…

VI- İptal davasının sonuçları İİK.'nun 283. maddesinde düzenlenmiştir.

İptal davası sabit olduğu (kazanıldığı) takdirde, davacı, dava konusu mal üzerinde, sanki o mal hala borçlunun malvarlığında (mülkiyetinde) imiş gibi, cebri icra yolu ile hakkını (alacağını) almak yetkisini elde eder. Dava konusu mal, «iptal kararı» ile borçlunun mülkiyetine (malvarlığına) dönmez.[126] Üçüncü kişi yine «malik» olmakta devam eder.[127] Bu husus, iptal davasının *aynî* bir dava olmayıp, *kişisel* bir dava olmasının sonucudur.[128]

Kazanılan iptal davasının konusu *taşınmaz* ise, -yani; alacaklı tarafından, sahip olduğu taşınmazı (taşınmazları) üçüncü kişilere devretmiş olan borçlulara karşı, bu devir işlemlerinin iptali için «tasarrufun iptali davası» açılmış ise- alacaklı; «davalı-üçüncü kişi üzerindeki kaydın düzeltilmesine -iptal ve teşcile- gerek kalmadan o taşınmazın haczini ve satışını» isteyebilir.[129(*)] [130] Bu nedenle, satış işlemine konu yapılan taşınmaz hakkında açılan iptal davalarında, iptal isteminin yerinde görülmesi halinde mahkemece;

«'Satış işleminin (tasarrufunun) iptaline' ilişkin tasarrufun iptali davaları sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece 'davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının iptaline ve taşınmazın tekrar borçlu

125 Bknz: 17. HD. 01.07.2010 T. 2225/6230 Aynı doğrultuda bknz: 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883; 11.04.2012 T. 1729/4537; 02.02.2010 T. 9029/703; 07.04.2004 T. 4841/2160; 29.01.2009 T. 3815/258; 18.01.2009 T. 8764/17; 30.10.2007 T. 4356/3297; HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528; 26.02.1997 T. 15-890/127; 15. HD. 18.06.1996 T. 3294/342; HGK. 09.03.1997 T. 13-288/234; 13. HD. 27.02.1979 T. 5645/878; 30.04.1976 T. 5638/3529 vb. (www.e-uyar.com)

126 Bknz: 12. HD. 10.12.2015 T. 17105/31231; 16.06.2015 T. 11663/1672; 26.05.2014 T. 12621/15005; 18.10.2012 T. 21675/30215; 10.04.2012 T. 30240/11673 vb. (www.e-uyar.com)

127 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, Cilt: 11, s: 18658 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4306

128 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. age. Cilt: 11, s: 18660 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. age. C: 3, s: 4309 vd.

129 (*) EROĞLU,O. Muvazaa Davalarında İİK.m. 282/I'in Kıyasen Uygulanması (Terazi Huk. Der. S: 137, Ocak/2018, s: 14-34)

130 Bknz: 17. HD. 02.05.2017 T. 3681/4921; 17.04.2017 T. 3407/4165; 16.03.2017 T. 21450/3705; 22.11.2016 T. 20871/10761; 08.11.2016 T. 19318/10238; 18.10.2016 T. 17449/9073; 11.10.2016 T. 17076/8800; 24.05.2016 T. 12160/6293; 17.05.2016 T. 14579/6009; 19.04.2016 T. 2560/5017; 05.04.2016 T. 20578/4259; 08.02.2016 T. 18704/1197; 02.02.2016 T. 6331/1184; 15.04.2013 T. 10728/5449; 15. HD. 14.04.2003 T. 986/1956; 25.05.1998 T. 1847/1925 vb. (www.e-uyar.com)

adına tesciline' (eski hale getirilmesine) taşınmazın önceki maliklere döndürülmesine' ya da daha kısa olarak 'tapunun iptaline' şeklinde» ***karar verilmeyip****, «'...tapu hissesinin iptali ile borçlu adına tesciline' değil, 'dava konusu tasarrufun iptaline, davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olmak üzere, dava konusu taşınmaz hissesi üzerinde haciz ve satış işleme yetkisinin tanınmasına...' '...satışa konu taşınmaz malikinin borçlu ...olduğunun tesbitine değil '... dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde davacıya alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olarak cebri icra yoluyla alacağını almak yetkisinin tanınmasına' '... satış tasarrufunun iptali ile davalı üçüncü kişi adına olan tapu kaydının iptal edilip borçlu adına tesciline...' değil, '... satışa konu taşınmazlar üzerinde davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ilerini (eklentilerini) geçmemek üzere haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına' 'dava konusu satışın iptaline ve taşınmazın borçlu adına tesciline' değil, '... satışına ilişkin tasarrufun asıl alacak ve fer'ileri ile (eklentileri ile) sınırlı olarak iptaline...'»* şeklinde karar verilmesi gerekir.[131]

VII-Tasarrufun iptali davalarında; davalı-üçüncü kişi ya da davalı-borçlu "davacı alacaklının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunmadığını ileri sürerse, mahkemece bu durumda nasıl bir yol izlenecektir? Çünkü; ister İİK.m. 277 vd.na göre ister TBK.m. 19'a dayalı olarak 'tacir' tarafından açılmış tasarrufun iptali davalarında, davacının takip konusu yapmış olduğu alacağının ticari defterlerinde kayıtlı 'gerçek' bir alacak olması gerekir.

Bu husus yani *davacının alacağının 'gerçek bir alacak' olması zorunluluğu* -yukarıda[132] belirttiğimiz gibi- *'dava özel* şartı'dır. Bu şartın gerçekleşmemiş olması halinde, mahkemece *"ön koşul yokluğu nedeniyle tasarrufun iptali davasının reddine"* karar verilir.[133]

Eğer davacı-alacaklı tacir ise; hem kendisinin ve hem de –tacir ise davalı- borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var

131 Bknz: 17. HD. 02.05.2017 T. 3681/4921 (www.e-uyar.com) 05.11.2019 T. 2397/10196; 12.09.2013 T. 10078/12080; 05.05.2011 T. 4409/4351; 27.09.2010 T. 6377/7378; 22.12.2009 T. 7344/8780; 23.09.2008 T. 2532/4228; 11.07.2008 T. 2592/3947; 14.07.2008 T. 2591/3946; 19.06.2008 T. 867/3381 vb.; 4. HD. 13.04.2008 T. 4720/4129; 06.02.2011 T. 2669/1368; 24.01.2011 T. 14470/446; 04.11.2010 T. 11690/11472; 18.06.2008 T. 13589/8413; 09.06.2008 T. 13019/7851; 08.05.2008 T. 1779/6552 vb. (www.e-uyar.com)

132 Bknz: Yuk. dipn. 22 civarı

133 Bknz: Yuk. dipn. 23 civarı

(yazılı) olduğu ölçüde 'davanın kabulüne', aksi taktirde "ön koşul yokluğundan davanın reddine"[134] karar verilmesi gerekir.

Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının araştırılması,[135] yıllık gelirlerinin ne olduğu,[136] ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı[137] saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Yüksek mahkeme (tarih sırasına göre) bu konuda;

√ *"Tasarrufun iptali davasının görülebilmesi için 'davacının gerçek bir alacağının bulunduğu'nun davacı tarafından ispatlanması gerekeceğini"*[138]

√ *"Tasarrufun iptali davasının ön koşullarından olan 'alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması' koşulunun irdelenmesinin somut olayın çözümünde önem taşıdığını- Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için davacının borçludaki alacağının 'gerçek' olması, dava 'ön koşulu' olup, mahkemece re'sen araştırılacağını- Dava koşulu gerçekleşmediği taktirde* işin esası hakkında hüküm kurulamayacağı; bu tür davalarda; davalıların ‹alacağın gerçekte olmadığını› iddia ve ispat edebileceklerini*; bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerektiğini; bu nedenledir ki, üçüncü kişi-davalının, 'borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı' yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu"*[139]

√ *"Tasarrufun iptali davasından sonra açılan menfi tespit davasının sonucunun, tasarrufun iptali davasında 'bekletici mesele' (HMK. 165) yapılması gerekeceğini"*[140]

√ *"Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil, gerçekliğinin*

134 Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T. 11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015 T. 1798/5869; 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com)

135 Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

136 Bknz: 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com)

137 Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb. (www.e-uyar.com)

138 Bknz: Adana BAM. 3. HD. 02.06.2020 T. 1583/596 (www.e-uyar.com)

139 Bknz: Konya BAM. 3. HD. 03.10.2019 T. 686/916 (www.e-uyar.com)

140 Bknz: HGK. 15.11.2017 T. 17-2361/1371(www.e-uyar.com)

de amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiğini- Davalı üçüncü kişi, "davacı alacaklının borçluya, 400.000 TL ödünç para verecek kadar ekonomik gücü olmadığını, borçlu ile aralarında husumet olması nedeniyle icra takibinin başlatıldığını" belirterek "alacağın muvazaalı olduğunu" iddia ettiğinden, mahkemece gerekirse davacının alacağının dayanağının da açıklattırılarak takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı tartışılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini"[141]

√ *"Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, "davacının borçludaki alacağının gerçek olması", "borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması" ,"iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması" ve "borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması" gerektiğini, bu ön koşulların bulunması halinde ise İİK.'nun 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadı*ğının araştırılması gerekeceğini"[142]

√ *"Tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisinin "alacağın varlığı" diğer söyleyişle "tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması" bir diğeri de "alacağın aciz vesikasına bağlanmış olması" olduğunu; bu özelliği nedeniyle aciz nedenine dayalı tasarrufun iptali davasında davalı 3. kişinin "aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını" iddia ve ispat edebileceğini, çünkü bunun dava şartlarından olduğu, eğer tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin "borçlu sıfatı"nın* çözümlenmesi gerektiği, bu nedenledir ki 3. kişi davalının ‹borcun gerçek olmadığı› iddiasının ve ‹muvazaanın varlığı› yönündeki savunmasının mahkemece incelenmesi gerektiğ*ini, eğer gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olmayacağından, iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını, tasarrufun iptali davalarında alacaklıya, alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığını değil, gerçekliğinin amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiğini- Tasarrufun iptali davalarında, mahkemece 'davalılar tarafından açıldığı bildirilen menfi tespit davasının sonucunun bekletici mesele yapılması' gerekeceğini"*belirtmiştir.

Hemen belirtelim ki; *"takip konusu (davacının) alacağının –ticari defterlere kayıtlı- gerçek bir alacak* olması zorunluluğunun hem İİK.m. 277 vd.na göre ve hem de TBK.m. 19'a dayalı olarak açılmış olan tasarrufun

141 Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 (www.e-uyar.com)

142 Bknz: 17. HD. 27.05.2014 T. 2571/8414 (www.e-uyar.com)

iptali davalarında da aynen söz konusu olur.

Yüksek mahkeme (tarih sırasına göre) bu konuda;

√ *"Davanın ister İİK.'nun 277 vd. maddelerine dayalı isterse TBK.'nun 19. maddesi gereğince açılmış olan tasarrufun iptali davası olsun, davanın görülebilmesi için, davacının, borçludan 'gerçek' bir alacağının olması gerektiğini"*[143]

√ *"Taraflar arasındaki davanın 'genel muvazaaya (TBK.m. 19) dayalı tasarrufun iptali davası olduğunu- Bu tür davalarda 'alacağın gerçek olup olmadığının' ve 'alacağın doğum tarihinin' değerlendirilmesi gerekeceğini- Tasarrufun iptali davalarında (doğru) geçici hukuki konumu olan 'ihtiyati haciz' (İİK. 281/II) yerine 'ihtiyati tedbir' talep edilmiş olması halinde mahkemece 'ihtiyati haciz kararı' (İİK. 281/II) verilmesi gerekeceğini- 'İhtiyati haciz kararı' ile 'ihtiyati tedbir kararı' arasındaki temel farkların neler olduğu?"*[144]

√ *"TBK.m. 19'a dayalı 'muvazaa nedeniyle açılmış olan tasarrufun iptali' davalarında; yapılan savunma ve sunulan deliller çerçevesinde alacağın gerçek olup olmadığının tartışılması, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin ve alacağın doğum tarihinin değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"*[145]

√ "İİK. 277 *vd.na* göre açılmış olan tasarrufun iptali davalarında davacı tarafından, alacağının gerçek bir alacak olduğu (ticari defterlerinde aynen kayıtlı olduğu) ispat edilmeden hem İİK. 277 *vd.na* göre ve hem de TBK. 19›a göre tasarrufun *iptaline karar verilemeyeceğini"*[146]

√ *"Genel muvazaaya (TBK. 19) dayalı tasarrufun iptali davalarında, davalı-borçlunun savunma ve delilleri çerçevesinde, alacağın gerçek olup olmadığının tartışılması, davalı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin ve davacının alacağının doğum tarihinin değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"*[147]

√ *"Davanın, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen dava konusu tasarrufun danışıklı (muvazaalı) yapıldığı iddiasına dayalı, işlemin iptali istemine ilişkin olduğunu- Bu tür davaların görülebilmesi için, diğer dava koşullarını yanında, davacıların, borçlulardan alacaklı*

143 Bknz: 4. HD. 24.02.2021 T. 1429/809 (www.e-uyar.com)

144 Bknz: Adana BAM. 1. HD. 23.11.2020 T. 1645/1184 (www.e-uyar.com)

145 Bknz: Adana BAM. 1. HD. 12.11.2020 T. 466/1153 (www.e-uyar.com)

146 Bknz: 17. HD. 14.10.2020 T. 937/5567 (www.e-uyar.com)

147 Bknz: Adana BAM. 1. HD. 02.06.2020 T. 1886/530 (www.e-uyar.com)

olmaları gerektiğini"[148]

√ *"TBK.'nun 19. maddesine (muvazaa nedenine) dayalı tasarrufun iptali davalarında borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş ve davacının alacağının 'gerçek bir alacak' olması gerektiğini- Davanın TBK.'nun 19. maddesinde düzenlenen dava konusu işlemin danışıklı olduğu iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğunu- TBK.'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaa davasında, asıl amacın, borçlunun yaptığı tasarrufi* işlemelerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmek ve bu suretle borçludan olan ala*cağın tahsilini sağlamak olduğunu"*[149]

√ *"Dava dilekçesindeki açık bir şekilde muvazaa şeklindeki ileri sürülüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre; davanın, niteliği itibariyle BK.'nın 18. (19. maddesi) maddesindeki tanımını bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası olduğunu- Üçüncü kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için, onun, danışıklı işlemde bulunan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı bir i*şlem yapılmış olması gerekeceğini"[150]belirtmiştir.

Ayrıca belirtelim ki; *"borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunu"* göstermez.

Yüksek mahkeme bu konuda;

√ *"Aciz belgesinin yargılamanın her aşamasında ve hatta istinaf ve temyiz aşamalarında dahi tamamlanabilecek bir ön koşul olduğu; dolayısıyla 'aciz belgesinin bulunmadığı' gerekçesiyle, davanın hemen reddine karar verilmeyip, davacıya bu dava şartı eksikliğini tamamlaması için süre tanınması gerekeceğini- Tasarrufun iptali davasının bir diğer ön koşulunun 'davacının borçludaki alacağının gerçek olması' olduğu; takibin kesinleşmiş olmasının 'alacağın gerçek olduğu' anlamına gelmeyeceğini"*[151]

√ *"Taraf ehliyeti dava koşullarından olup mahkemece öncelikle ve re'sen incelenmesi gereken hususlardan olduğunu, somut olayda borçlu konumundaki kişinin karardan sonra ölmüş ve mirasçıların bir kısmı Sulh Hukuk Mahkemesinde mirası red ettiklerini belirttiği dikkate alın-*

148 Bknz: 17. HD. 19.02.2020 T. 3916/1693 (www.e-uyar.com)

149 Bknz: Adana BAM. 1. HD. 07.02.2020 T. 1401/155 (www.e-uyar.com)

150 Bknz: 17. HD. 19.12.2018 T. 17704/12442 (www.e-uyar.com)

151 Bknz: Sakarya BAM. 3. HD. 06.07.2020 T. 62/458 (www.e-uyar.com)

dığında, öncelikle anılan kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini- Salt takibin kesinleşmiş olması alacağın gerçek olduğu anlamına gelmediğini"[152]

√ *"Takibin kambiyo hukukuna ilişkin olmasının ve kesinleşmesinin alacağın gerçek olmadığı iddiasın*ın incelenmesine engel olmadığını"[153]

√ *"Dava BK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin olup iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmediğini, İİK 277.maddesinde sözü edilen iptal davalarının borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılacağını, oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi* işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu *tesbit ettirmeyi amaçladığını- Ancak her iki davanın da görülebilmesi için diğer dava koşullarının yanında davacının borçludan olan alacağının ger*çek bir alacak olması gerektiğini"[154]

√ *"Borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasının, her zaman takip konusu alacağın gerçek bir alacak, yani davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu göstermeyeceğini, davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının mahkemece re'sen değerlendirilmesi gerektiğini- Mahkemece, borçlu şirket ile davacı alacaklı arasındaki takip konusu çek düzenlenmesini gerektirecek bir alacak borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tacir olan borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olduğunun tesbiti halinde, aciz hali var ise şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini"*[155]

√ *"Tasarrufun iptali davalarında, davacının gerçekten "alacaklı" olup olmadığının mahkemece re'sen değerlendirilmesi gerektiğini- Teminat ve tahsil amacıyla verilen dava konusu çekler nedeniyle davacının alacağı "gerçek bir alacak" sayılmayacağından, tasarrufun iptali davasının önkoşul yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceğini- Borçlunun hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması her zaman takip konusu alacağın 'gerçek bir alacak', yani 'davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu' gösterme-*

152 Bknz: 17. HD. 26.06.2018 T. 1875/6392 (www.e-uyar.com)

153 Bknz: 17. HD. 15.05.2018 T. 3037/5045 (www.e-uyar.com)

154 Bknz: 17. HD. 19.12.2017 T. 18804/11841 (www.e-uyar.com)

155 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282 (www.e-uyar.com)

yeceğini"[156]belirtmiştir.

Mahkemece; davacının takip konusu alacağının g e r ç e k bir alacak olup olmadığı n a s ı l araştırılır? Bu konuda oluşturacağı ehil b i l i r k i ş i l e r vasıtasıyla;

-Her iki tarafın da *banka hesap hareketleri*[157] ile *ticari defterlerinde*[158], takip konusu alacağın (borcun), işlenmiş olup olmadığını, arada borca mahsuben ödemeler/mal teslimleri yapılmışsa, bunların da keza ticari defterlerde belirtilmiş olup olmadığını tespit etmeye çalışır.

-Kolluk (zabıta) aracılığı ile[159]; davacı-alacaklının, takip konusu parayı, *'borç'* olarak verebilecek *mali yapıya sahip olup olmadığını* araştırır.[160]

-Takip konusu senedin düzenlenmesine neden olan temel/ticari ilişkinin ne olduğunu araştırır.[161]

Yüksek mahkeme (tarih sırasına göre) bu konuda;

√ *"Tasarrufun iptali davalarında, davacının alacağının gerçek olup olmadığının ve davacı-alacaklı ile davalı-borçlu arasında takip konusu borcu doğuran ne gibi bir ilişki olduğunun araştırılmasının gerektiğini; borcun dayanağı olan bonoda bedelin nakden ahzolunduğu bildirildiğine göre 110.000 TL tutarındaki paranın hangi bankadan ödendiğini, davacının bu kadar yüksek miktardaki bir parayı ödünç verebilecek ekonomik durumu olup olmadığının soruşturulması, gerektiğinde davacı ile borçlu davalının ekonomik ve mali durumlarının araştırılması; şayet alacağın gerçek olduğu kanaatine varılırsa aciz hâlinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi, ondan sonra toplanan ve toplanacak olan tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini"*[162]

---

156 Bknz: 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com)

157 Bknz: 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

158 Bknz: Samsun BAM. 1. HD. 11.03.2020 T. 2804/531 ; Samsun BAM. 2. HD. 07.02.2018 T. 1186/138; 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134; 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; Samsun BAM. 2. HD. 16.06.2017 T. 458/463; 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940; 17. HD. 14.04.2015 T. 1798/5869 (www.e-uyar.com)

159 Bknz: Samsun BAM. 2. HD. 07.02.2018 T. 1186/138; 17. HD. 26.12.2017 T. 10994/12126; 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940 (www.e-uyar.com)

160 Bknz: HGK. 14.09.2021 T. 4-2773/987; 17. HD. 26.12.2017 T. 10994/12126; 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940 (www.e-uyar.com)

161 Bknz: Samsun BAM. 1. HD. 11.03.2020 T. 2804/531; 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134

162 Bknz: HGK. 14.09.2021 T. (17)4-2773/987 (www.e-uyar.com)

√ *"Uygulamada alacak-borç ilişkisi daha önce başlamasına rağmen, alacak için düzenlenen bono veya çek gibi kıymetli evraka sonraki tarihlerin atıldığı sıklıkla görüldüğünden, davacı alacaklının, borçlu davalı ..... şirketinden alacağının 'gerçek' bir alacak olması gerektiğinden, mahkemece, alacaklı davacıya bu konuda kanıt sunma olanağı verilmesi, gerekirse davacı alacaklı ile borçlu davalı isticvap edilerek çek-senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin sorulmas*ı, bu yönde beyanda bulunan tanıkların beyanları*nın netleştirilmesi ve davacının borçludaki alacağının 'gerçek' bir olacak olup olmadığı tespit edilerek, ön koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması gerekeceğini- Bu durumda; mahkemece, tacir olan ve ticari defter tutmak zorunda olan davalı borçlu .....*şirketinin ticari kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, dava dayanağı takip dosyasındaki çekin dayanağı ticari ilişki ve borcun doğumu araştırılarak, gerekirse davacı alacaklı ile borçlu davalı isticvap edilerek, çek-senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişki sorulmalı, bu yönde tanık beyanları alınarak değerlendirme yapılması gerekeceğini"*[163]

√ *"Davacılar vekilinin bildireceği deliller ile davalılar vekilleri tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanması, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senedin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılması, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek varsa tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı tartışılarak ve diğer dava şartları da değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini"*[164]

√ *" 'Aynı tasarrufun iptali için açılan davadan davalı üçüncü kişinin tehdidi ile feragat edildiği' iddiasının tehdit ispatlanmadığından dikkate alınmadığını- Davalı borçlu, 'bu davadan elde edilmeyen sonucun tekrar sağlanması amacı ile kendisine boş senet imzalattırıldığını' ileri sürmüş olup mahkemece zabıta araştırılması ve dinlenen tanıkların bir kısmı 'davacının böyle bir parayı verme gücünün olmadığını' belirttiğinden, mahkemece, takip dayanağı senedin vadesinden yaklaşık 2 yıl sonra takibe konulması da değerlendirilerek alacağın gerçekliğinin tartışılması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği, bir başka davada tartışılması gerektiğinden davanın kabulüne karar verilme-*

163 Bknz: Samsun BAM. 1. HD. 11.03.2020 T. 2804/531 (www.e-uyar.com)

164 Bknz: Samsun BAM. 2. HD. 07.02.2018 T. 1186/138 (www.e-uyar.com)

sinin usul ve yasaya aykırı olduğunu"[165]

√ "Öncelikle temlik tarihinden evvel davalılar arasında olan ticari ilişki gözetilerek, tarafların birbirinden alacaklı ve borçlu olduğu miktarlar özellikle faturalar ve ticari defterler aracılığı ile kesin ve net olarak hesap uzmanı bir bilirkişi eliyle belirlenmesi, akabinde temlik tarihinden sonra davalı taraflar arasındaki ticari ilişkinin devam ettiği belirtildiğinden, temlik tarihinden dava tarihine kadar davalı taraflar arasındaki borç ve alacak miktarı özellikle faturalar, ticari defter ve belgeler ile faturalarda ödemelerin kim tarafından kime yapıldığı gözetilerek belirlenmesi, sonrasında gerek temlik tarihinden önce, gerekse temlik tarihinden sonra, davalılar arasında gerçekleştiği öne sürülen alım/satım ve ticari faaliyetler sonrasında ortaya çıkan al*acak ve borç miktarı toplanarak; davalılar arasındaki borç/alacak miktarının temlik miktarına ulaşıp ulaşmadığı veya temlik kapsamında bu güne kadar yapılan ödemeler ile borç/alacak miktarları arasında bir denge bulunup bulunmadığı, yapılan ödemeler haricinde temlike konu iş nedeni ile başka bir hakediş miktarının kalıp kalmadığı hususları ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekeceğini"*[166]

√ *"Mahkemece davalı üçüncü kişinin "takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı" yönündeki savunması üzerinde durulmamasının hatalı olduğunu- Mahkemece, davalının bu yöndeki savunması doğrultusunda davacı ve davalı delillerinin toplanması, gerektiğinde takip konusu alacaklı ve borçluların banka hesap hareketleri, ticari ve vergi kayıtları istenerek ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, Savcılığın takip konusu senetle ilgili yürütülen hazırlık dosyası; dava açılmış ise dava dosyası, Ticaret Mahkemesi dava dosyasının sonucunun beklenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini- Dava kabul edildiği halde talep konusu 14 bağımsız bölüm yönünden hüküm kurulması gerekirken, sadece 7 adet bağımsız bölüm yönünden h*üküm kurulmasının hatalı olduğunu"[167]

165 Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 10994/12126 (www.e-uyar.com)

166 Bknz: Samsun BAM. 2. HD. 16.06.2017 T. 458/463 (www.e-uyar.com)

167 Bknz: 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457 (www.e-uyar.com)

√ *"Tasarrufun iptali davasında, tacir olan ve ticari defter tutmak zorunda olan davalı borçlu şirketin ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak dava dayanağı takip dosyasındaki senetlerin dayanağı ve dolayısı ile alacağın gerçekliği araştırılarak muvazaalı alacak olup olmadığı toplanan delillere göre değerlendirilerek oluşacak sonuca* göre karar verilmesi gerektiğini"[168]

√ *"Tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin alacağın gerçek olmadığı yönündeki savunması üzerinde durularak özellikle takip konusu senetlerin vade tarihi, davacı ile borç şirket temsilcisinin hemşeri olması da gözönünde bulundurularak davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalı 3. kişi vekili tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanarak, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılıp, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna* göre karar verilmesi gerektiğini"[169]

√ *"Basit yargılama usulüne tabi olan tasarrufun iptali davasında, adli tatil süresince temyiz süresinin işlemeyeceğini- Davalı üçüncü kişi dava dayanağı alacağın gerçek olmadığı iddiasında bulunduğundan, mahkemece bu husus üzerinde durulması gerektiğini- Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde olunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyuşmazlık çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.000 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiğini, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anlaşıldığından, mahkemece, davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığı kolluk aracılığı ile araştırılması, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini- Mahkemece, alacağın gerçek olmadığı tespit edilirse, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini- Mahkemece hem tasarrufun iptaline karar verilip hem de davalı üçüncü kişi tarafından*

168 Bknz: 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134 (www.e-uyar.com)

169 Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

yatırılan teminat mektubundan alacağın tahsili yönünde hüküm kurması mükerrer ödeme sonucunu doğuracağını- Taşınmazın yargılama sırasında satılması durumunda, dördüncü kişi iyiniyetli ise bu halde de dava İİK›nun *283. maddesine göre bedele dönüşeceğinden davalı üçüncü kişi taşınmazı elinden çıkardığı tarihteki gerçek bedel kadar tazminatla sorumlu olacağından teminatın ancak bu bedel kadar paraya çevrilebileceğini"*[170]

√ *"Borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasının, her zaman takip konusu alacağın gerçek bir alacak, yani davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu göstermeyeceğini, davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının mahkemece re'sen değerlendirilmesi gerektiğini- Mahkemece, borçlu şirket ile davacı alacaklı arasındaki takip konusu çek düzenlenmesini gerektirecek bir alacak borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tacir olan borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olduğunun tesbiti halinde, aciz hali var ise şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini"*[171]

√ *"Alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davası kabul edilmiş ve dosya temyiz aşamasında iken borçlu tarafından verilen feragat dilekçesi gereği bozulmuş, bozmadan sonra davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiş ve hüküm kesinleşmiş ve davacı ile davalı borçlu şirket arasında protokol yapılarak borç yeniden yapılandırılmış olup, davalı ,'takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığını, gerçek bir alacak olsa bile iptali istenen tasarruftan sonra doğduğu'nu ileri sürdüğünden, mahkemece öncelikle bu hususta menfi tespit dosyasının incelenmesi; davacı ile davalı borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, davalı 3. kişi şirketin savunmasının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini- Borçlu şirkete ait 15 adet araca haciz konulduğu, hacizli araçlardan 4'ü üzerinde kıymet takdiri yapıldığı, 6 gemiye haciz konulduğu ve kıymet takdir edildiği, gemilerin seferden men'ine karar verildiği anlaşıldığından, davacı alacaklı vekiline kesin aciz belgesi sunması için süre verilmesi ve sonucuna* göre karar verilmesi gerektiğini"[172]belirtmiştir.

---

170 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940 (www.e-uyar.com)

171 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282 (www.e-uyar.com)

172 Bknz: 17. HD. 14.04.2015 T. 1798/5869 (www.e-uyar.com)

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

Seda ÖZGÜL EKİZ[1]

GİRİŞ

İş Hukukunun en temel ilkesi işçinin korunmasıdır. İşçinin korunması, salt olarak işçiyi korumakla kalmaz, toplumdaki gelir dağılımına ve sosyal adalete de etki ederek, toplumsal dengenin kurulmasını sağlar. Bir işçinin çalışma yaşamında karşı karşıya kaldığı önemli risklerden biri de işini kaybetmesidir. Günümüz ekonomik koşulları ve toplumun yapısı da göz önünde bulundurulduğunda, işçinin işverene göre ekonomik açıdan daha zayıf olduğu ve yegâne geçim kaynağının çalışmaları neticesinde kazandığı ücret geliri olduğu görülmektedir.

İş güvencesi, işçinin işine işveren tarafından keyfi bir şekilde sonlandırılmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Buna göre iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi ancak haklı ya da geçerli bir nedenin varlığı halinde mümkündür.

İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesine göre iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi için, geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre, işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ile işin, işyerinin, işletmenin gereklerinden kaynaklanan sebeplerden kaynaklanan geçerli bir sebebi olması gerekmektedir.

Öte yandan Kanun metninde geçerli sebep kavramına yer verilmediği, bu hususun madde gerekçesinde açıklandığı ve birtakım örnekler verildiği görülmektedir. Gerekçede aynı zamanda geçerli sebebin, haklı feshe yol açacak nedenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olduğu belirtilmektedir. Makul bir değerlendirme neticesinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul edilmektedir.

---

1 Stajyer Avukat, İstanbul Barosu; Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler, İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde sayılan sebeplerin dışında kalan ve işin ve işyerinin normal yürüyüşünü önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Kanunun 18'inci madde gerekçesinde yer verilen davranış örnekleri ile Yargıtay kararlarında karşımıza çıkan örnekler, işçinin geçerli fesih sebebi teşkil edecek davranışlarını saptamada yol gösterici olmaktadır.

Bu çalışmada, iş güvencesi kavramı ve iş güvencesine hâkim olan ilkelerden bahsedilmiş, ardından Kanun gerekçesinde sayılan ve çalışma yaşamında sıklıkla rastlanılan geçerli fesih sebebi sayılabilecek işçi davranış örneklerine yer verilmiştir.

I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

Çalışma hayatı içerisinde, işçi ve işveren sınıfı daima var olmuş ve ekonomik açıdan daha zayıf konumda olan işçinin korunması gerekliliği doğmuştur. İşçinin korunması ihtiyacı İş Hukukunun en temel amaçlarından biri haline gelmiştir. Genellikle yegâne geçim kaynağı kendi emeği olan işçilerin çalışma hayatında karşılaştıkları önemli risklerden bir tanesi, işlerini, dolayısıyla ücret gelirlerini kaybetmeleridir. Söz konusu risk elbette yaşanabilir fakat korunması gereken, bu durumun keyfiyet gereği değil, yasa gereği var olan belirli kurallar çerçevesinde gerçekleşmesidir.

Tam da bu noktada karşımıza çıkan iş güvencesi kavramı, işçinin iş akdinin makul ve geçerli bir sebep olmaksızın feshedilememesidir.[2] Bir başka tanıma göre ise iş güvencesi, iş ilişkisinin işveren tarafından sonlandırılması halinde işçinin korunması durumudur.[3]

İş güvencesi ile işçi feshe karşı korunurken, aynı zamanda feshin ardından bir gelir güvencesi elde etmesi de sağlanmaktadır. İşverenin iş akdini feshetmesi birtakım yaptırımlara bağlanarak, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın haksız yere feshedilmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır.[4]

---

2 **Şakar**, Müjdat: Meslek Yüksekokulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.111.

3 **Demir**, Cuma Arif: İş Güvencesi ve İşe İade Davaları-İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.20.

4 Alper, Yusuf, Kılkış, İlknur: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2018, s.162.

A. İş Güvencesi Hükümleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun[5] 18'inci maddesinde iş güvencesi hükümlerine yer verilmektedir. Buna göre, en az otuz çalışanı olan işyerlerinde, minimum altı ay kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin iş akdinin feshi, işveren tarafından ancak geçerli bir sebebin varlığı dâhilinde mümkün olmaktadır. Bir başka deyişle, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamı dışında çalışan işçileri, altı aydan daha az kıdemi olan işçiler, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ve toplam çalışan sayısı otuz kişiden daha az olan işyerlerinde çalışan işçiler hakkında İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi ile ilişkili olan hükümler uygulanmamaktadır. Aynı maddenin son fıkrasında da işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve işveren vekili yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında Kanun'un 19 ve 21'inci maddeleri ile 25'inci maddenin son fıkrasının uygulanmayacağı belirtildiğinden, bu kişilerin iş güvencesi kapsamı dışında olduğu anlaşılmaktadır. (İş K, m. 18).

Kanun'un 19'uncu maddesinde de iş güvencesi kapsamında iş sözleşmesinin feshinde izlenecek usule yer verilmektedir. Buna göre işveren fesih bildirimini yazılı şekilde yapmak ve yazı içeriğinde fesih sebebine açık ve kesin bir biçimde yer vermek zorundadır (İş K, m. 19). Aksi halde yapılan fesih geçersiz fesih sayılacaktır.

Bununla birlikte, aynı Kanun'un 25'inci maddesinin (II) numaralı bendinde yer alan durumlar hariç tutulmak kaydıyla, bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, savunması alınmadan davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez (İş K, m. 19).

B. Haklı Neden ve Geçerli Neden Ayrımı

İşçi ya da işveren tarafından tek taraflı irade beyanı ile iş sözleşmesini sona erdiren bildirime fesih bildirimi denilmektedir.[6] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[7] 431'inci maddesinde "*Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır*." denilmektedir.

5 RG, 10.6.2003, 25134.

6 Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat, Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021, s. 497.

7 RG 04.02.2011, 27836.

4857 sayılı İş Kanunu'nda da, 17'nci maddede belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, sözleşmenin diğer tarafına belirli bir süre tanıyarak, geçerli nedene dayanan fesih bildiriminin yapılabileceği belirtilirken, aynı kanunun 24'üncü maddesinde "işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı", 25'inci maddesinde de "işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" hususlarına yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, fesih bildiriminde bulunma hakkı işçiye de işverene de sağlanmış bir hak olup, Kanunun 17'nci maddesinde düzenlenen geçerli nedene dayanan süreli fesih hakkı olduğu gibi, 24 ve 25'inci maddelerinde düzenlenen haklı nedene dayanan derhal fesih hakları mevcuttur.

1475 sayılı İş Kanunu'nda, iş akdinin işveren tarafından feshi açısından, herhangi bir neden gösterme zorunluluğu gerektirmeyen süreli fesih ile haklı bir nedene dayanan derhal fesih hakları mevcuttu. Fakat günümüzde 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, işverenin süreli fesih hakkını kullanırken "geçerli bir sebebe" dayanma zorunluluğu getirmiştir.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkı, İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinde işçi bakımından; 25'inci maddesinde ise işveren bakımından düzenlenmektedir. Her iki taraf açısından da, haklı fesih nedenleri, "*sağlık sebepleri*", "*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*" ve "*zorlayıcı sebepler*" olarak kategorize edilmiş olup, işveren bakımından bir de "*İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması*" hali eklenmiştir.

Kanun lafzında "haklı nedenle derhal fesih" ifadesi yer alırken gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde, "haklı nedenle fesih", "derhal fesih" "bildirimsiz fesih" ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. "Derhal" ve "bildirimsiz" ifadelerine yer verilmesinin sebebi, bu fesih türünde herhangi bir bildirim süresinin olmamasıdır. [8]

Geçerli neden ise, Kanunun 25'inci maddesinde belirtilen haklı fesih nedeni oluşturacak kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen, işverene ihbar sürelerine uyarak belirsiz süreli iş sözleşmesini sonlandırabilecek nedenlerdir.[9] Kanunun

8 **Ekmekçi, Yiğit**, s.659.

9 **Demir**, Deniz: "Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı", Çalışma ve Toplum, 2007/3, S.14, s. 16'dan Naklen **Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

18'inci maddesinin gerekçesinde, *"...geçerli sebepler 25'inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir."* denilmektedir.

II. İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER

İş Kanunumuzda işçinin feshe karşı korunması 18-21. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun lafzında doğrudan bahsedilmemiş olsa da; yargıda ve öğretide, iş güvencesine ilişkin ihtilafların çözümünde bir takım ilkelere başvurulmaktadır. Bu ilkeler, olumsuz öngörü ilkesi, feshin son çare olması ilkesi ve menfaatlerin tartılması ilkesidir. Çalışmamızın konusu bakımından bahsi geçen ilkeler, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihler açısından ele alınacaktır.

A. Olumsuz Öngörü İlkesi

Olumsuz öngörü ilkesi, geçmişte yaşanan olaylara dayanılarak geleceğe yönelik bulunulan tahminleri içeren bir ilkedir. Buna göre, işçinin iş akdinin feshedilmesini gerektirecek geçerli bir nedenin varlığı, fesih için yeterli olmamakta; aynı davranışın gelecekte de devam ederek işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz yönde etkilemesinin beklenmesi gerekmektedir.[10] Esasen yapılan her feshin bünyesinde bir tahmini barındırdığı söylenebilir. Buna göre işçinin yapmış olduğu olumsuz davranışı, gelecekte de tekrarlaması ihtimaline yönelik yapılan öngörü, işvereni iş akdini feshetmeye götürmektedir. Fakat önemle belirtilmelidir ki, buradaki amaç işçiyi davranışından ötürü cezalandırmak değil; işçinin aynı davranışı tekrar ederek işe ve işyerine zarar verme rizikosunu bertaraf etmektir.[11] Yargıtay'ın da vermiş olduğu birçok kararında: "*4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç,*

10 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 554.

11 **Kılıçoğlu**, Mustafa; **Şenocak**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2007, s.213.

işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır."[12] ifadelerini kullanmaktadır. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da; "*...Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüyü şart kılmalıdır. (olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir.*" şeklinde olumsuz öngörü ilkesine yer verdiği görülmektedir."[13]

Nitekim işçinin olumsuz yönde davranışının ardından hemen iş akdinin feshi yoluna gidilmemesi; ilk etapta işçinin ihtar edilmesi bu sebeptendir. Fakat işçi yapılan ihtara rağmen olumsuz yöndeki davranışında ısrar ediyor ise, bu durum onun bu davranışını gelecekte de devam ettireceği öngörüsünün işverende oluşmasına neden olmaktadır.[14] Dolayısıyla işçinin olumsuz yöndeki davranışının gelecekte de devam edeceği öngörüsü oluştuğu durumda da, geçerli bir fesihten söz edilebilecektir.[15]

B. Feshin Son Çare Olması İlkesi

İşçinin iş akdinin geçerli sebeple feshedilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer ilke de "feshin son çare olması" ilkesidir. Buna göre bir işçi yaptığı ilk hatalı davranışta hemen fesih yaptırımı ile karşılaşmamalı; ilk etapta işçinin uyarılarak kendisini düzeltmesi için fırsat sunulması ve daha hafif önlemlere başvurulması gerekmektedir. Fakat bu şekilde görece hafif önlemler alınsa dahi iş ilişkisinin sürdürülmesinin mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak iş akdi feshedilebilir.[16]

Feshin son çare olması ilkesi İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, Kanunun 18'nci maddesinin gerekçesinde "*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu*

12 Y9HD, 12.09.2017, E.2016/17879, K. 2017/12958; Y7HD, 01.12.2016, E.2016/34393, K. 2016/20361; Y9HD, 26.02.2015, E.2015/1-, K.2015/8247.

13 Y9HD, 08.12.2016, E.2016/1000, K.2016/21771.

14 Kılıçoğlu ve Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.216-217.

15 **Caniklioğlu**, Nurşen: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s.72.

16 **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s.615-616.

nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır." ifadesine yer verilmiştir.

İş güvencesinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde esas olan sözleşmeye bağlılık olup; sözleşmenin feshi istisnadır.[17] Dolayısıyla, söz konusu ilke, geçerli bir nedenin varlığı halinde, işverenin öncelikle iş akdinin devamlılığını sağlamaya yönelik alabileceği tüm önlemleri alması fakat buna rağmen sözleşmenin devamının işverenden beklenemez hale gelmesi durumunda, işverenin fesih yoluna son çare olarak başvurabileceği anlamına gelmekedir.[18]

Feshin son çare olması (ultima-Ratio) ilkesi, hukukumuzda kaynağını Türk Medeni Kanunu'nun[19] 2'nci maddesinde yer alan "dürüstlük kuralı"ndan almaktadır. Dürüstlük kuralı gereğince, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin devamlılığını ve karşı tarafın edimini ifa etmesini sağlamak adına elinden gelen tüm çabayı sarf etmekle yükümlüdür.[20]

İşçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih sebebinin varlığı halinde, feshin son çare olması ilkesi gereği, işçi ilk etapta ihtar edilmelidir. Buna rağmen sorunun devamı halinde, dürüstlük kuralı uyarınca somut olayın özelliğine göre imkanlar dahilinde işçiye başka bir iş teklif edilmeli, hemen fesih yoluna gidilmemelidir.[21]

Öte yandan işverenden fesihten önce başvurması istenen yolların, uygulanabilir olması, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olması gerekmekte ve işverenden aşırı masraflı, kendisi için zarara sebep olabilecek önlemler alması beklenmemelidir.[22]

Yargıtay da vermiş olduğu kararında aynen: "*Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir.*" demiştir.[23]

---

17 **Süzek**, (2017) s.616.

18 **Güzel**, Ali: "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi)", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, S.4, s. 172.

19 RG. 8/12/2001, 24607.

20 **Güzel**, s.173., **Süzek** (2017) s.616.

21 **Caniklioğlu**, s.73., **Kılıçoğlu** ve **Şenocak**, s.203.

22 **Süzek** (2017) s.617.

23 Y9HD, 02.11.2009, E.2009/1917, K.2009/29704.

Öte yandan unutulmamalıdır ki işverenin, iyi niyetli olduğunu, feshin son çare olması ilkesi gereğince tüm önlemleri aldığını ve buna rağmen feshin kaçınılmaz olduğunu ispat etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. İşçi eğer bu duruma uyulmadığını iddia ediyorsa, bu durumu ispatlayarak feshin geçersizliğine karar verilmesini sağlayabilir.[24]

Öğretide feshin son çare olması ilkesinin işçinin davranışlarından, yetersizliğinden ya da işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih hallerinin tamamında uygulanabileceği yönünde görüşler ağırlıktayken[25]; sadece işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde uygulanabileceği yönünde de görüş mevcuttur.[26]

C. **Menfaatlerin Tartılması İlkesi**

Menfaatlerin tartılması ilkesi, iş akdinin feshi halinde işverenin sağlayacağı menfaat ile iş akdinin devamı halinde işçinin sağlayacağı menfaatin karşılıklı tartılarak karar verilmesi gerektiği anlamını taşımaktadır. Buna göre eğer iş akdi sonlanması durumunda işverenin menfaat artışı, işçinin menfaatinin azalışından daha fazla ise, iş akdine son verilmesi; aksi durumda ise iş akdinin devam etmesi kararı verilmesi gerekmektedir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işçinin kıdemi, işçinin olumsuz davranışının ağırlığı, sonuçları, affedilebilirliği de göz önünde bulundurulmalıdır.[27]

III. İŞ AKDİNİN İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN NEDENLERLE FESHİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde *"iş sözleşmesini feshеden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."* ifadesi yer almaktadır. Mezkûr ifadeden, iş akdini sona erdirecek olan geçerli nedenin ya işçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından olmak üzere işçiden kaynaklanan nedenlere ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden olmak üzere işyerinden kaynaklanan nedenlere dayanmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır.

İşçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında der-

24 **Taşkent**, Savaş: "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, 2011, s.19.

25 **Süzek** (2017), s. 616; **Kılıçoğlu** ve **Şenocak**, s. 205; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.555.

26 **Ekmekçi** ve **Yiğit**, s.600.

27 **Kılıçoğlu** ve **Şenocak**, s.178. vd.

hal feshe neden olabileceği gibi, 18'inci madde kapsamında süreli feshe de neden olabilir. İşçinin davranışlarının iş akdinin feshi açısından geçerli neden sayılabilmesi için, 25'inci maddede sayılan nedenler kadar ağır sonuçlar yaratmamakla birlikte, iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz olarak etkilemesi gerekmektedir.[28]

Geçerli bir fesih nedenin öncelikle işçinin iş akdine aykırı davranışından kaynaklanacağı kuşkusuzdur. Fakat işçinin davranışları iş akdine ya da iş görme borcuna aykırılık oluşturmasa da, işveren ile arasındaki güven ilişkisini sarsması, işin normal işleyişini, işyerindeki uyum ve huzuru bozması durumlarında, işverenin iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçülerde beklenemiyorsa, iş akdinin işveren tarafından feshi için geçerli sebep doğmuş olmaktadır. [29]

İşçi davranışının fesih açısından geçerli sebep sayılabilmesi için, işçinin kusurlu olması gerekmektedir. Eğer işçinin kasten ya da ihmalen yaptığı bir davranış yoksa, işveren sözleşmeyi işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedemez.[30] Öte yandan işverenin güvenini temelden sarsacak seviyeye gelmeyen hafif kusurlu işçi davranışları, geçerli fesih sebebi sayılmamalı, işçi hakkında alternatif önlemler alınmalıdır. İşçinin alışkanlık haline getirmeden, zaman zaman işyerine geç kalması halinin geçerli fesih sebebi sayılmaması bu duruma örnek olarak verilebilir.[31]

İşçi davranışının iş akdinin feshi için bir gerekçe oluşturabilmesi için, davranışın sosyal açıdan uygun olmaması, toplumsal ve etik değerlere aykırılık teşkil etmesi yeterli değildir. İşçinin davranışının fesih için geçerli sebep olabilmesi için işyerinde olumsuzluğa neden olması gerekmektedir.[32] Bununla birlikte işyerini olumsuz açıdan etkileyen işçi davranışı nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda işverenin menfaati ile iş sözleşmesinin devamı durumundaki işçinin menfaati kıyaslanmalı ve iş akdinin feshinin makul ve ölçülü bulunduğu takdirde fesih yoluna gidilmelidir.[33]

28 **Süzek**, s.562.

29 **Süzek**, s. 563 vd.

30 **Tulukçu**, 182

31 **Süzek**, s.564; **Tulukçu**, s.182.

32 **Ekmekçi/Yiğit**, s.580.

33 **Caniklioğlu**, s.98.; **Tulukçu**, Nezihe Binnur, İş Güvencesi İşe İade, Ankara 2017, s.181.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarını cezalandırmak değil; aykırı davranışlarına devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İş akdinin feshi açısından geçerli sebep teşkil eden işçi davranışlarının ileride de görüleceği öngörüsünün bulunması gerekmekte olup; Alman Hukukunda bu husus "olumsuz öngörü" olarak adlandırılmaktadır.[34]

Bununla birlikte işyerini olumsuz açıdan etkileyen işçi davranışı nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda işverenin menfaati ile iş sözleşmesinin devamı durumundaki işçinin menfaati kıyaslanmalı ve iş akdinin feshinin makul ve ölçülü bulunduğu takdirde fesih yoluna gidilmelidir.[35]

A. Kanun Gerekçesinde Sayılan İşçinin Geçerli Fesih Sebebi Olabilecek Davranışları

Çalışma ortamlarının ve insan davranışlarının çeşitliliği ve karmaşası bir arada düşünüldüğünde, insan davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebeplerini tahdidi olarak saymak mümkün olmamaktadır. İş Kanunu'nun gerekçesinde geçerli fesih sebebi olabilecek işçi davranışlarına örnekler verilmiştir. Buna göre Kanunun 25'inci maddesinde yer alan derhal fesih için öngörülen sebepler kadar ağır nitelikte olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarının geçerli bir fesih sebebi olabileceği belirtilerek şu örnekler sayılmıştır:

"*İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller*"

1. İşverene Zarar Vermek ya da Zararın Tekrarı Tedirginliği Yaratmak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı bendine göre: "*İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri,*

34 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 554.

35 **Caniklioğlu**, s.98.; **Tulukçu**, s.181.

tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması" işveren açısından haklı fesih sebebi sayılmaktadır.

Geçerli fesih sebebinin, haklı fesih sebebi ağırlığına ulaşmayan nedenler olduğu ortadadır. İşçinin en fazla otuz günlük ücreti tutarında zarar vermesi hali, haklı değil geçerli fesih sebebi oluşturacaktır.[36] Bununla birlikte, işçinin otuz günlük ücreti tutarından az zarara sebep olan her davranışı da hemen geçerli fesih sebebi sayılmamalıdır.[37] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.03.2015 tarihli kararında, bu durumu "*İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.*" şeklinde ifade ederek "ölçülülük ilkesine" dikkat çekmiştir.[38] Fakat belirtmek gerekir ki, işçinin zarar veren davranışları sıklıkla yaşanıyor ise, bu durumda geçerli fesih sebebinden bahsedilecektir.[39] Çünkü İş Kanunu'nun 18'inci madde gerekçesinde verilen örneklerde sadece "*işverene zarar vermek*" değil aynı zamanda "*zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak*" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. İşçinin sıklıkla işyerinde zarara sebep olması, zararın tekrarı tedirginliğini yaratması kaçınılmazdır. Ayrıca zararın sigorta şirketi tarafından veya kendisi tarafından karşılanması geçerli fesih sebebini ortadan kaldırmayacaktır.[40]

2. İşyerinde Rahatsızlık Yaratacak Şekilde Çalışma Arkadaşlarından Borç Para İstemek

İşçilerin çalışma arkadaşlarından borç istemesi, borç alması hayatın olağan akışına aykırı bir durum değildir. Zaten iki çalışma arkadaşı arasında olan ve işyerine yansımayan borç ilişkisinin geçerli fesih sebebi olmadığı açıktır. İş Kanunu'nun 18'inci madde gerekçesinde ifade edilen durum, işçinin çalışma arkadaşından borç para istemesi ve bu durumun işyerinde rahatsızlık yaratmasıdır. Ayrıca dikkat çeken bir diğer husus da "borç para almak" değil, "borç para istemek" ifadesinin kullanılmış oldu-

36 **Günay**, Cevdet İlhan: "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009, s.68.

37 **Centel**, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s.109.

38 Y9HD, 11.03.2015, E. 2015/1642, K.2015/10040

39 **Centel**, s.109.

40 **Sarı**, Ayşegül: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.172.

ğudur. Her ne kadar kendisinden borç para istenen kişi bu teklifi reddetse ve çalışma arkadaşı ile aralarında borç ilişkisi oluşmamış dahi olsa, borç para isteyen işçinin bu teklifi işyerinde rahatsızlık yaratacak seviyeye ulaşmış ise, geçerli bir fesih nedeni meydana gelmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 02.02.2009 tarihli kararında: "*Alacaklı işçilerin, davacı ile ilgili sıkıntılarını işverene bildirerek şikâyetlerini dile getirmiş olmaları, çalışma ortamının olumsuz etkilendiğinin kanıtıdır*." diyerek, borç para istenmesi hususunun işverene şikâyet edilmesinin işyerinde rahatsızlık yarattığını göstermek için yeterli olduğunu belirtmiş ve bu durumu geçerli fesih sebebi saymıştır.[41] Zira işyerinin düzeni korunmak istenmektedir.[42]

3. Arkadaşlarını İşverene Karşı Kışkırtmak

İşçinin özen ve sadakat borcu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 396'ncı maddesinde düzenlenmiş olup, "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır." denilmektedir. İşçinin sadakat borcu, işçinin işverenin menfaatlerine zarar vermekten kaçınmasını gerektirir. İşçinin bu yükümlülüğü, işverene maddi zarar vermekten kaçınma şeklinde olabileceği gibi, işyeri düzenini ve iş barışını bozacak davranışlardan kaçınma şeklinde de olabilir. Bir işçinin işvereninin piyasadaki itibarını zedeleyebilecek, ekonomik güvenilirliğini düşürebilecek davranışlarda, açıklamalarda bulunması, sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. İşçinin ifade özgürlüğünün sınırını sadakat borcu oluşturur ve açıklamaların gerçek ya da gerçek dışı olmasının borca aykırılık açısından önemi yoktur.[43]

Sadakat borcuna aykırı davranan işçinin iş akdi, aykırılığın derecesine göre haklı nedenle ya da geçerli nedenle feshedilebilir. İş Kanunu'nun 25/II-b bendine göre: "*İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması*" işveren açısından haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Bu ağırlıkta olmasa da işçinin işvereni aleyhinde konuşması, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyorsa ve işveren açısından iş ilişkisinin devamı objektif olarak beklenemez bir hale geldiyse, bu du-

41 Y9HD, 02.02.2009. E.2008/11046, K.2008/1031.

42 **Centel**, s. 111.

43 **Alpagut**, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, s.24-25.

rum da geçerli fesih sebebidir.[44]

Öte yandan işçinin çalışma koşullarında var olan olumsuzluklar üzerine konuşma, sorunların giderilmesi bakımından eleştiride bulunma hakkı elbette mevcuttur. İşçinin özen ve sadakat borcu olduğu gibi; işverenin de işçisini koruma ve gözetme yükümlülüğü vardır. Burada önemli olan husus, işçi tarafından dile getirilen söz ve eleştirilerin sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. Eğer işçi yasal haklarını alamıyorsa, örneğin fazla çalışma yapmasına rağmen buna ilişkin ücretini alamıyorsa ya da sosyal güvenlik primleri eksik yatırılıyorsa, bunlara ilişkin ifade, eleştiri ya da şikayetleri sadakat borcuna aykırılık oluşturmamakta ve haklı ya da geçerli fesih sebebi meydana gelmemektedir.[45]

4. İşini Uyarılara Rağmen Eksik, Kötü veya Yetersiz Olarak Yerine Getirmek

İş Kanunu'nun 25/II-h bendine göre: "*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*" işveren açısından haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Buna karşılık işçi uyarılmasının ardından işini yapmakla birlikte, bu işi eksik, kötü veya yetersiz yapması da geçerli fesih sebebi sayılmaktadır. Bu durumda işçinin ilk etapta uyarılması gerekmekte, geçerli nedenle fesih öncesinde işçiye ihtarda bulunulması aranmaktadır.

Öte yandan Yargıtay'ın ihtara gerek duymadan geçerli fesih sebebi saydığı durumlar da mevcuttur. Yargıtay. 9. Hukuk Dairesi 09.02.2009 tarihli kararında, "*Davacı güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır, davacı tanığının anlatımına göre işinin gereklerini yerine getirmediği, görevi sırasında uyumuş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu eylemin sadece bir kez olduğu anlaşıldığından, bu durum işverence haklı değil, geçerli fesih nedeni olduğuna*" karar vermiştir.[46] Bahsi geçen durumda Yargıtay işçinin uyarılmasını aramamıştır. Somut olayda güvenlik görevlisinin iş akdinin haklı nedenle feshedilmeyerek, ortada geçerli bir fesih sebebi olduğu kararına varılmasında etkili olan husus, güvenlik görevlisinin ilk kez görev esnasında uyumuş olması, daha önce böyle bir fiilin gerçekleşmemiş olmasıdır. Nitekim güvenlik görevlisinin görevi sırasında uyuması,

44 **Süzek** (2019), s. 565.

45 **Yıldız**, Gaye Burcu: "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018 s. 109-110.

46 Y9HD, 09.02.2009, E. 2008/11037, K.2009/1879

iş güvenliğini tehlikeye düşüreceğinden haklı nedenle derhal fesih sebebidir.[47]

5. İşyerinde İş Akışını ve İş Ortamını Olumsuz Etkileyecek Biçimde Diğer Kişilerle İlişkiye Girmek

Mevzuatımızda işyerinde çalışanlar arasındaki özel ilişkilere müdahalede bulunan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat iş hayatında çalışanlar arasındaki özel ilişkilerin çalışma performanslarını düşürebileceği algısının var olduğu, çalışanların evlilik ve çocuk sahibi olma kararlarına kadar varan müdahalelerin daha iş başvurusu aşamasından itibaren kendisi gösterdiği ve hatta bu hususlara bireysel iş sözleşmelerinde, işyerinin iç yönetmeliklerinde ya da işverenin talimatlarında yer verildiği uygulamada görülmektedir.[48]

Her ne kadar iki işçi arasında yaşanan ilişki özel hayata ilişkin olsa da, bu durumun işyerine olumsuz olarak yansıması halinde, iş akdinin feshi sonucunu doğurabilmektedir. Gönül ilişkileri çalışanlar arasında yaşanabileceği gibi, çalışanlar ile müşteri gibi üçüncü kişilerle ya da çalışma arkadaşının eşi ya da akrabası ile de yaşanabilmekte ve bu ilişkilerin işyerine olan yansımalarına yargı kararlarında rastlanılmaktadır.[49] Fakat işçiler arasındaki ilişkiler, işyerinde herhangi bir olumsuz etki yaratmıyorsa, işyerinde uygunsuz davranışlar sergilenmiyorsa bu durum geçerli fesih sebebi olmayacaktır.[50]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş olan bir kararda; evli olan işçinin işyerindeki evli olan bir başka kadın işçiyle gönül ilişkisi yaşamasının özel hayat kapsamında olmadığı belirtilmiştir.[51] Aynı daire, bekar ve sevgili olan iki işçinin, mesai saati dışında ve kimsenin görmediği bir yerde gerçekleşen ancak kamera kayıtlarına yansıyan birkaç defalık sarılmalarını da haklı fesih sebebi saymıştır.[52] Fakat bu durumun ölçülülük ilkesine uymadığını ve işçiye uyarma cezası verilmesi ile yetinilmesi ge-

47 Y9HD, 10.03.2014, E.2012/34853, K. 2014/7482.

48 **Keser**, Hakan: "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, s. 21.

49 **Ergin**, Hediye: "İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016, s. 68.

50 **Çil**, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları(2019-2021 Yılları), Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2021, s.800.

51 Y9HD, 15.04.2019, E. 2018/10504, K. 2019/8673, **Çil**, s.799.

52 Y9HD,25.01.2018, E.2017/19255, K.2018/1241.

rektiği kanaatine katılmaktayım.[53] Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin ise benzer durumlarda işçi lehine karar verdiği görülmektedir. Buna göre, evli olan bir işçinin, astı olan bir başka işçi ile özel ilişki yaşadıkları ve kendi aralarındaki mesajlaşmalarının işyerindeki e-posta programına düştüğü bir olayda, feshin haklı nedene değil, geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir.[54]

İşçilerin cinsel tercihlerinin iş akışını ve iş ortamını etkilemesi durumları da bu başlık altında değerlendirilmektedir. İş Kanunu'nda işçinin cinsel tercih ve yönelimlerine ilişkin davranışlarının geçerli fesih sebebi sayılıp sayılmayacağı hakkında doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim bu durumun işçinin özel yaşamına müdahale olacağı ortadadır. Kanunun 18'inci madde gerekçesinde "işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmek" ifadesine yer verildiğinden, işçinin cinsel tercihinin ancak işyerindeki işin akışını ve iş ortamını olumsuz bir şekilde etkilemesi halinde geçerli fesih sebebi sayılacağı; işyerinde yapılan işi ve iş ortamını etkilemediği sürece geçerli fesih sebebi sayılmayacağı anlaşılmaktadır. İşçinin iş ilişkisini ilgilendirmeyen, mesleğini icra etmesini etkilemeyen özel hayatına ait davranışları, tercihleri iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep niteliğinde değildir.[55]

Yargıtay bu duruma ilişkin vermiş olduğu bir kararında, aynı işyerinde çalışan iki erkek arasındaki özel ilişkisinin varlığını tek başına fesih açısından geçerli sebep olmadığını belirtmiş ve kararın gerekçesinde "*işçinin şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması sebebiyle işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak*" kabul edildiği belirtilmiştir.[56]

6. İşin Akışını Durduracak Şekilde Uzun Telefon Görüşmeleri Yapmak

İşçilerin, işyerinde çalışma saatleri içerisinde iş ile ilgili konularda birbirleri ile ya da üçüncü kişiler ile iletişim halinde olmaları normaldir. Bununla birlikte işçilerin, iş saatleri içerisinde özel görüşmelerine uzun

53 **Çil**, s.800.

54 Y22HD, 07.03.2018, E. 2018/768, K. 2018/5989.

55 **Keser**, "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshi", s.20 vd., **Sarı**, s.183.

56 Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/654, K. 2005/30275., **Çil**, s. 802.

zaman ayırmaları sıklıkla karşılaşılan problemlerden biridir. İş ile ilgili görüşmeler ve acil durumlar gibi meşru bir gerekçe olmaksızın işçilerin sıklıkla ve uzun sürelerle telefon görüşmeleri yapmaları, bu hususta işçiye gereken uyarının daha önce yapılmış olması şartıyla, geçerli fesih sebebi sayılmaktadır. Kullanılan telefonun işyeri telefonu olması ya da işçinin şahsi cep telefonu olması önemsizdir.[57] İşyerinde uzun süreli ve sıklıkla yapılan özel nitelikli telefon görüşmelerinin geçerli fesih sebebi sayılmasının nedeni, bu görüşmelerin iş akışını durduracak seviyeye gelmesinden ve işin olumsuz yönde etkilenmesinden kaynaklanmaktadır.[58]

7. Sık Sık İşe Geç Gelmek ve İşini Aksatarak İşyerinde Dolaşmak

İşçi, işyerindeki çalışma saatlerine ve sürelerine dikkat etmeli, çalışma düzenini bozmamalıdır. Bir işçinin sürekli işe geç kalması, ya da çalışma saatleri içerisinde işyerinde işini yapmaksızın etrafta dolaşması, sohbet etmesi, sürekli ve sık sık çay, kahve molaları vermesi, işyerinde bulunan diğer işçilerin de çalışma motivasyonlarını düşürecek ve işyerindeki düzeni olumsuz yönde etkileyecektir.

İşçinin arada sırada, seyrek olarak işine geç kalması hayatın olağan akışı dahilinde olduğu ve geçerli bir fesih sebebi oluşturmayacağı kanaatindeyim. Hukukumuzda bu konuda belirlenmiş sayısal bir ölçüt bulunmamaktadır.[59] Fakat işçi sıklıkla geç kalıyorsa ve bu durum işyerine olumsuz yönde etkiliyorsa, iş akdinin feshi açısından geçerli bir sebep oluşmuş demektir.[60] İşçinin işyerindeki çalışma saatlerine uyarak iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmezse, bu durum sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır.[61]

İşçinin işe geç geldiğini iddia edebilmek için, öncelikle iş saatlerinin belirlenmesi ve bu saatlerin de işçiler tarafından bilinmesi gerekmektedir.[62] Ayrıca işyerinde esnek çalışma biçimleri uygulanıyorsa, işçinin geç kalma durumu işyerindeki somut uygulamaya bakılarak belirlenmelidir.[63]

---

57 **Keser**, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Neden, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 378.

58 **Centel**, s.91., **Sarı**, s.184.

59 **Caniklioğlu**, s.103, **Centel**, s. 92.

60 **Centel**, s.92

61 **Caniklioğlu**, s.102.

62 **Ertan**, Emre, "İşçinin İşe Geç Gelmesinin Hukuki Sonuçlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, 2016, s. 100.

63 **Caniklioğlu**, s.103.

İşyerine sık sık geç kalma gibi, izin almaksızın sıklıkla erken işten çıkmak da geçerli fesih nedeni sayılır.[64] Her ne kadar Kanun'un 18'inci madde gerekçesinde "işe geç gelmek" ifadesi kullanılmış olsa da, gerekçede sayılan hallerin tahdidi olarak sayılmadığı, örnekleme yapıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla, işten izinsiz bir şekilde erken ayrılan işçinin de, işe geç gelen işçi kadar iş görme borcuyla bağdaşmayarak, sözleşmesel yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği söylenebilir.[65] Fakat bu durumda işçinin işten izinsiz olarak erken çıkma sıklığı önemlidir. İşçinin bunu sıklıkla yaparak alışkanlık haline getirmesi ve bu durumun iş düzenini olumsuz olarak etkilemesi halinde geçerli bir fesih sebebi ortaya çıkmaktadır.[66]

İş görme borcuna aykırı davranışlarda bulunan işçinin geçerli sebeple iş akdinin feshedilebilmesi için öncelikle işçinin yazılı bir şekilde uyarılması gerekmektedir. Söz konusu uyarı, işçiye iş görme borcuna aykırılık teşkil eden davranışına son vermesi gerektiğini, aksi takdirde iş akdinin feshedileceği ihtarını içermelidir. Mezkûr ihtar "feshin son çare olması ilkesi" gereğidir. Bu sebeple işyerine geç kalmayı alışkanlık haline getiren işçinin yazılı olarak uyarılması gerekmekte ve geç kaldığı gün ve saatler için tutanak tutulmalıdır. Aksi durumda yapılan fesih geçersiz sayılacaktır.[67]

8. Amirleri veya İş Arkadaşlarıyla Ciddi Geçimsizlik Göstermek

İş Kanunu'nun 25/II-h bendine göre: "*İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması*" işveren açısından haklı nedenle derhal fesih sebebidir.

Yargıtay kararlarında sataşmanın tanımını "*söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket*"[68] olarak yapmış ve "*Sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmekte olup, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene*

64 **Süzek** (2019), s.569; **Ertan**, s.103.

65 **Ertan**, s.103.

66 **Centel**, s. 92.

67 **Ertan**, s. 109-110.

68 Y22HD, 17.01.2012, E.2011/5013, K.2012/122; Y22HD 24.03.2015, E.2015/7794, K.2015/11301.

fesih imkânı tanımaktadır."[69] şeklinde belirtmiştir. Bir diğer tanıma göre ise sataşma, "*bir işçiden diğer bir işçiye veya işverene veyahut onun aile üyelerinden birine yönelen ve yöneldiği kişinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan söz ve davranışlardır*."[70] Sataşma bir söz ya da bir davranış şeklinde kendini gösterebilmekle beraber, eylemin ağırlığına göre haklı ya da geçerli fesih sebebi olabilmektedir.[71] Yargıtay'ın yerleşik içtihadı "*Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir*."[72] şeklindedir.

Bununla birlikte, haklı fesih nedeni olarak sataşmadan bahseden İş Kanunu'nun 25/II-h bendinde, sataşmanın yalnızca diğer işçilerle sınırlandırılmadığı; işverene veya aile üyelerine ve hatta işveren vekiline[73] yönelik sataşmanın da haklı fesih sebebi yaratacağı belirtilmektedir.[74]

İşçinin gerek amirleriyle gerekse de çalışma arkadaşları ile işyerinin huzurunu bozacak derecede geçimsizlik göstermesi, kişisel tartışmalara girmesi işveren açısından geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, çalışma yaşamında işçilerin gerek birbirleri arasında gerekse de yöneticileri ile zaman zaman sürtüşmeler yaşaması olağandır. Bu durumların geçerli bir fesih sebebi teşkil etmesi, aradaki geçimsizliğin ciddi boyutlara ulaşması halinde mümkün olmaktadır.[75]

İşyerindeki çalışma düzeninin olumsuz yönde etkilenmesi, işçinin sıkça tekrarladığı davranışı sebebiyle olabileceği gibi, tek bir davranışıyla da meydana gelebilmektedir.[76]

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, "*Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesi, başka bir çalışan ile bağrışıp, personele hakaret etmesi ve bu olayı olduğu gibi anlatmayıp kendinin*

---

69 Y22HD 24.03.2015, E.2015/7794, K.2015/11301.

70 **Caniklioğlu**, Nurşen; **Akkaya**, Merve: "Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshi", Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı, İstanbul 2021, s.166-167.

71 **Ergin**, Hediye, "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.34, 2016, s.73-74.

72 Y9HD, 26.05.2008, E.2007/37481, K.2008/12505; Y9HD, 13.03.2014, E.2013/13973, K.2014/8256.

73 **Ergin**, "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", s.73.

74 **Caniklioğlu** ve **Akkaya**, s.164-165.

75 **Centel**, s.93

76 **Tulukçu**, s.193.

de hakaret ettiğini saklayarak işvereni yanıltmaya çalışması nedeni ile haklı olarak feshedilmiştir. Tanık beyanları, savunmalar ve tüm dosya kapsamı uyarınca davacı ile diğer çalışanın makine arızası nedeni ile tartıştıkları, tartışma sırasında diğer çalışanın davacıya hakaret ve küfür etmesi üzerine davacının da aynı şekilde hakaret ve küfürle karşılık verdiği ve her ikisinin de iş sözleşmelerinin feshedildiği sabittir. Olayın oluş şekli uyarınca her ne kadar sataşmayı diğer işçi başlatmış olsa da davacının aynı şekilde hakaret ve küfür ederek tartışmaya devam etmesi işyerinde olumsuzluklara yol açmış olup, iş sözleşmesinin devamının işverenden beklenemeyeceği ve feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığı" yönünde karar vermiştir.[77] Davacı işçi, ilk hakaret ve küfür eden taraf olmasa da, işyerinde olumsuzluğa sebebiyet verdiğinden iş akdi feshi açısından geçerli neden kabul edilmiştir.

Bir başka kararda ise, işyerinde bir başka işçinin sataşmasına, küfür ve tahriklerine muhatap olan davacının karşısındaki işçiye yumruk atması üzerine yapılan fesih üzerine Yargıtay "*Feshe konu olan somut olayda, davacının işyerindeki diğer çalışana eyleminin bulunduğu sabit olup işveren olaya karışan her iki işçiyi de bu olay nedeniyle işten çıkarmıştır. Davacı tarafından kavganın başlatılmadığı bu nedenle feshin haklı değil geçerli nedenle yapıldığı anlaşıldığından...*" [78] diyerek yumruk atan kişinin davacı olan işçi olmasına rağmen, kavgayı başlatan kişinin davacı işçi olmadığı vurgulanarak yapılan feshin haklı değil geçerli nedene dayandığı yönünde karara varmıştır.

Kavgayı kimin başlattığı hususu, Yüksek Mahkemenin işyerinde kavga nedeniyle iş akdinin feshi durumunda göz önünde bulundurduğu en temel kriterdir. İşverenin eşit davranma ilkesine uygun davranıp davranmadığı da Yargıtay'ca dikkate alınan bir diğer kriterdir. Söz konusu kriterler ışığında, kavganın çıkma nedeni ve tarafların kusurluluk durumları da göz önünde bulundurularak, yapılan feshin haklı nedene mi yoksa geçerli nedene mi dayandığı değerlendirilmektedir.[79] İşyerinde yaşanan kavgaya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, işçinin kavgayı başlatan kişi olmamakla birlikte kavgayı sürdürmesi halinde yapılacak olan fesih, haklı sebebe değil, geçerli sebebe dayanmaktadır. Kavgayı başlatan kişiye atfedilecek kusur ile kavgaya dahil olup sürdüren kişiye atfedilecek kusurun farklı olması ve söz konusu eylemlere bağlanan sonuçlarının farklı

77 Y9HD, 16.04.2015, E. 2015/6337, K. 2015/14629.

78 Y7HD, 19.12.2016, E. 2016/32699, K. 2016/21393

79 **Caniklioğlu** ve **Akkaya**, s.163 vd.

olması, Türk Ceza Kanunu 29'uncu maddesinde yer alan "haksız tahrik" kurumu ile de uyumludur.

İşveren ayrım yapmasını haklı gösterecek bir gerekçesi olmadığı halde; aynı kavga olayına karışan işçilerden birinin iş akdini haklı nedenle feshederken, diğerinin iş akdini feshetmediği durumda, bu davranışı eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu halde yapılan fesih de haksız fesih haline gelmektedir. Fakat bu durumda işçinin davranışları işyerinde olumsuzluklara sebep olması nedeniyle de geçerli sebeple fesih söz konusu olmaktadır. Bir başka anlatımla işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı, haklı sebeple feshi, geçerli nedenle feshe dönüştürmektedir.[80]

B. Çalışma Yaşamında Rastlanan İşçinin Geçerli Fesih Sebebi Olabilecek Davranışları

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin gerekçesinde geçerli fesih sebepleri açısından örnekler sayılmışsa da geçerli fesih sebebi sayılabilecek işçi davranışlarının bunlardan ibaret olmadığı açıktır. Bu anlamda Yargıtay kararlarına yansıyan bazı örneklere yer verilmiştir.

1. İşçinin Cinsel Taciz Boyutuna Ulaşmayan Rahatsız Edici Davranışta Bulunması

İş Kanunu'nun 25/II-c bendine göre: "*işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması*" halinde, işveren açısından haklı nedenle derhal fesih hakkı doğmaktadır. Buna karşılık İş Kanunu'nda cinsel tacizin tanımı bulunmamaktadır.

Kanun maddesinden de görüldüğü üzere, işçinin davranışı cinsel taciz boyutunda ise, zaten derhal fesih sebebidir. Öte yandan öğretide işçinin davranışlarının, cinsel taciz ağırlığında olmamakla birlikte karşısındakini rahatsız edecek yaklaşım ve teklifler, ısrarlı davetler, uygun olmayan saatlerde telefon etmeler, uygunsuz sözler, şakalar, mesajlar işyerinde rahatsızlık yaratarak çalışma huzurunu bozuyorsa geçerli fesih sebebidir. Fakat önemle belirtilmelidir ki yaklaşımın niteliği, teklif ve davetin içeriği, söz, şaka ve mesajların seviyesi, işçi davranışının geçerli mi yoksa haklı fesih sebebi mi sayılması gerektiği konusunda belirleyici olacaktır.

Yargıtay verdiği bir kararda, alt işveren bünyesinde çalışan bir işçinin, aynı yerde asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçinin

80 **Caniklioğlu** ve **Akkaya**, s.200.

Facebook sayfasına yüklediği bir fotoğrafı, arkadaş listesinde olmamasına rağmen ortak arkadaşları vesilesiyle gördüğü ve beğenerek, "…çok sade ve güzelsin." yorumu yapmasını cinsel taciz boyutunda olmamakla birlikte, sataşma niteliğinde olduğunu, olayın işyerine yansıyarak iş akışını bozduğunu belirterek, fesih açısından haklı sebep sayılmasa da geçerli sebebin bulunduğunu belirtmiştir.[81]

Bir başka kararda ise: "*Dosya içeriğine göre ve özellikle tanık anlatımlarından işyerinde davacı hakkında bir kadın işçiye tacizde bulunduğu yönünde söylentiler olduğu, dedikodu çıktığı, kadın işçinin işverene bir şikayetinin bulunmadığı, ancak yakınlarının davacıyı işyeri dışında durakta dövdükleri, işverenin bu taciz iddialarını duyum üzerine öğrendiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar tacizin boyutu anlaşılamamış ve bu nedenle haklı fesih nedeni gerçekleşmemiş ise de, kadın işçinin yakınlarının işyeri dışında davacıyı darp etmeleri, taciz konusunda işyerinde söylentinin bu nedenle çıkması değerlendirildiğinde bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş akdinin işveren açısından devamının beklenemeyeceği açıktır.*" denilerek yapılan feshin geçerli bir nedene dayandığını kabul etmiştir. Kararda tacize uğradığı iddia edilen işçinin, işverene ya da resmî Kurumlara bu hususta herhangi bir şikâyette bulunmamış olmasının ve bu konuda herhangi bir tutanak tutulmamış olmasının, haklı nedenle fesih yapılmasına imkân vermediği anlaşılmaktadır.[82]

2. İşçinin Bir Diğer İşçiye Psikolojik Tacizde Bulunması

Çalışma hayatında emeğin yer almasından itibaren, işçiler ve işverenler arasında çatışmalar, uyuşmazlıklar sürekli var olagelmiştir. Buna karşılık işyerinde psikolojik taciz, daha yaygın kullanımıyla mobbing, oldukça yeni bir kavramdır. İşyerinde psikojik taciz-mobbing kavramının isim babası olan Leymann mobbingi şu şekilde tanımlamaktadır: "*İş yaşamında mobbing, bir veya birkaç kişinin, işyerindeki bir başka kişiye karşı düşmanca, etik olmayan bir biçimde ve sistematik olarak gerçekleştirdiği psikolojik terördür.*" [83]

---

81 Y7HD, 10.03.2016,E.2015/43589, K.2016/6048; **Caniklioğlu**, s.115; **Sarı**, s.193

82 Y9HD, 18.10.2017, E.2016/25905, K.2017/16065.

83 **Leymann**, Heinz, "Mobbing ans Psychological Terror at Workplaces", Violence and Victims, Vol. 5, No:2, s.120, http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(3).pdf (Çevrimiçi) Erişim Tarihi:08.12.2021.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda "*Psikolojik taciz olarak tabir edilen ve çalışanlara yönelik iş yerlerinde gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, dışlama, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan, mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine ve özellikle ruh sağlıklarına zarar veren, bireylerin yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşan, kasıtlı biçimdeki olumsuz tutum ve davranışlarbütünü*" olarak tanımlamıştır.[84]

İş Kanunu'nda doğrudan işyerinde psikolojik tacizi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesinde: "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*." denilmektedir.

Mobbingi oluşturan eylemler tek başına hukuka aykırı fiil niteliğinde olmamakla birlikte, söz konusu fiillerin sistematik bir şekilde tekrarlanması ile hukuka aykırı hale gelmektedir.[85]

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, İş Kanunu'nun 24/I-a bendi uyarınca iş akdini derhal feshedebilir. İşçiler arasında psikolojik taciz yaşanması durumunda da, işverenin bu duruma tepkisiz kalmaması gerekmektedir. Her ne kadar İş Kanunu'nda doğrudan psikolojik tacize ilişkin düzenleme bulunmasa da, işçinin bu yöndeki davranışı sadakat borcunun ihlali niteliğindedir. Bu halde işveren öncelikle psikolojik tacizde bulunan işçiye ihtarda bulunmalı, davranışının devamı halinde iş akdinin feshedebileceği belirtilmeli ve gerekirse işi değiştirmelidir.[86] İşçi davranışını düzeltmiyor ve ısrar ediyorsa, işçinin davranışının işyerindeki çalışma barışını bozması ve işyerindeki üretim süreçlerini olumsuz etkilemesi halinde, işveren işçinin iş akdini geçerli nedenle feshedebilecektir.

3.İşçinin İşyerinde Dedikodu Yapması

Yargıtay bir kararında, işyerinde bölge müdürü olarak çalışan bir işçi-

84 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/15090, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/10590. Erişim Tarihi: 08.12.2021.

85 **Cengiz**, İştar, **Ersoy**, Uğur, **Küçükay**, Alper, "Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, 2016, s.63.

86 **Ergin**, Hediye, "İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları", Ceza Hukuku Dergisi, C. 4, S.11, Aralık 2009, s.165.

nin, işyerinde çalışan diğer işçilerin eşleri ile iletişime geçerek, çalışanların eşlerini işyerindeki diğer çalışanlarla aldattığını belirtmesi ve işyerinde yaşananları çalışanların eşlerine aktarması, bölge müdürü ile çalışanların eşleri arasında geç saatlere kadar varan telefon, mesaj ve e-posta aracılığıyla iletişim trafiğinin bulunması ve içeriğinin aldatma-aldatmama, işten çıkarma-çıkarmama kapsamında olduğunun tespit edilmesi üzerine, davacı bölge müdürünün iş akdinin feshinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığını belirtmiştir.[87] İşçinin yaptığı bu dedikodunun işyerindeki huzuru ve çalışma düzenini olumsuz yönde etkileyeceği şüphesizdir.

4.İşçinin Güven İlişkisini Zedeleyen, Sadakat Borcuna Aykırı Davranışlarda Bulunması

İş ilişkisi güven esasına dayanmaktadır. İşçi ile işveren arasındaki güven, işçinin sadakat borcunun içeriğini biçimlendirme hususunda önemli bir role sahiptir. İşçinin sadakat yükümlülüğüne uymaması, İş Kanunu'nun 25/II-e-f bentleri uyarınca işverene iş akdini derhal fesih hakkı getirir. Öte yandan işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisini sarsmakla birlikte, "*işverenin güvenini kötüye kullanma*" ağırlığına ulaşmayan, fakat yine de iş ilişkisinin sürmesine engel olan bazı işçi davranışları da fesih için geçerli neden oluşturmaktadır.[88] Bu kapsamdaki işçi davranışlarını tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte, işçinin işyerindeki özel belgelerini incelemesi, işyerinde başkalarına ait kayıtlara girmesi, bunları dışarı sızdırması, işverenin güvenini kötüye kullanma derecesine gelmemekle beraber iş akdinin feshi açısından geçerli neden örnekleri oluşturmaktadır.[89] Bu tür davranışların fesih açısından haklı neden mi yoksa geçerli neden mi sayılacağına somut olaya göre karar verilmesi gerekmektedir.[90]

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda "*davacının davalı Belediyenin hizmeti kapsamında işletilen kadın sığınma evinde kalmakta olan bir kadının şahsi durumu hakkında kurum dışındaki kişilerle bilgi paylaşılmasından haberdar olmasına rağmen duruma müdahale etmediği, hatta bu durumun oluşmasına yardımcı olduğu yönünde iddialar bulunduğu, iddiaların yine kurumda çalışan ve sığınma evinde kalan*

87 Y7HD, 25.02.2016, E.2015/38348, K.2016/4300.

88 **Centel**, s.96, **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 576.

89 **Centel**, s.97.

90 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 576.

kadının süreçlerini takip ile sorumlu sosyal çalışmacılar tarafından somut verilerle ileri sürüldüğü, bu nedenle fesih konusu iddiaların ciddi boyutta olduğunun anlaşıldığı, davacının eylemlerinin işyeri çalışma düzenini bozduğu ve olumsuz etkilediği, bu aşamadan sonra işverenden davacı ile çalışma ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden davacının davranışlarından kaynaklanan işveren feshi geçerli nedene dayandığı" ifade edilmiştir.[91] Söz konusu olayda, iş akdi feshedilen işçinin çalıştığı kuruma ait gizli tutulması gereken bilgileri dışarı sızdırarak, güven ilişkisini zedelediği ve sadakat borcuna aykırı davrandığı açıkça görülmektedir.

Bir başka kararda ise, "*Somut olayda; davacı ve iki arkadaşının, bedeli ödenmeksizin iki paket soslu tavuk kanadı ve promosyon ürünlerini mağaza dışına habersiz çıkardıkları, her ne kadar tavukların bedeli sonradan ödenmişse de, promosyon ürünleri paspas ve gazozların bedelinin ödenmesine olanak yoktur. Davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açacağı açıktır. Ayrıca davacının bu davranışı sonucunda davacı ile davalı şirket arasındaki güven ilişkisi sarsılmıştır. Bu durumda işverence geçerli nedenle fesih yapıldığından davanın reddi gerekir."*[92] denilerek, işyerindeki ürünleri her ne kadar sonradan bedelini ödemiş olsa da, izin almaksızın işyeri dışına çıkaran ve promosyon ürünlerini de alan işçinin iş akdinin geçerli nedenle feshedildiği görülmektedir. İşçinin söz konusu davranışının güven ilişkisini zedelediği ve sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği açıktır.

5.İşçinin Özensiz Sosyal Medya Kullanımı

Whatsapp, Instagram, Facebook, Twitter gibi sosyal mecraların artması ve yaygınlaşması ile birlikte, çalışma hayatı da sosyal medya kullanımlarından etkilenmektedir. Çalışanların sosyal medya kullanımları, bu mecralarda paylaştıkları içerikler, fotoğraflar ve hatta yaptıkları beğeniler dahi çalışma hayatlarını etkileyebilmektedir. İşçilerin sosyal medya kullanımları, somut olaya göre iş akdinin geçerli ya da haklı nedenle feshine sebep olabilmektedir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, "*Dosya kapsamına göre, bankada destek personeli olarak çalışan dava dışı...'nin güvenlik kamera izleme odasında, genel müdür ile yönetim kurulu başkanın odalarının bulunduğu koridoru güvenlik kamerasından izlerken,*

91 Y7HD, 01.12.2016, E.2016/34393, K.2016/20361.

92 Y9HD, 27.11.2014, E. 2014/21268, K. 2014/36050.

genel müdürün odasının önünde bulunan kutuları görmesi üzerine, genel müdürün görevden ayrılacağı düşüncesiyle ekrandaki görüntüyü fotoğrafladığı ve cep telefonundaki whatsapp programı ile paylaştığı anlaşılmaktadır. Davacının da, kendi telefonuna ulaşan bu fotoğrafı, müfettiş arkadaşıyla iletişim kurduğu gruba gönderdiği sabittir. Halka açık bir şekilde bankacılık faaliyetinde bulunan, borsada hisse senetleri işlem gören ülkemizin sayılı bankalarından olan davalı bankanın genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek nitelikteki bu görüntünün, kurum dışına sızması, özellikle basına yansıması durumunda ekonomik açıdan sakıncalar doğacağı açıktır. Müfettiş olarak çalışan davacının belirtilen bu sakıncaları öngörerek davranması beklenir. Kendisine bir başka çalışan tarafından whatsapp programından iletilen fotoğraf paylaşmaktan ibaret olan davacının davranışları fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği.." denilerek, bu durumun geçerli bir fesih sebebi olduğu sonucuna varmıştır.[93] Mezkur kararda davacının yaptığı eylem, kendi telefonuna ulaşan bir fotoğrafı iletmekten ibaret görünse de; davacının çalıştığı pozisyonun müfettişlik olması sebebiyle daha dikkatli ve özenli davranması gerektiğinin karada etkili olduğu görülmektedir.[94]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise bir başka kararda; "*Öncelikle Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içiresinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Dosya içeriğine göre davalı işyerinde satış uzmanı olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, çalışma koşullarının olumsuz olarak değiştirilmesi, ücret politikası, mobbing uygulanması nedeni ile toplu imza ile istekte bulunmuşlar ve mailler göndermişlerdir. Aynı zamanda da iletişim için Whatsapp sistemi içinde grup kurmuşlardır. Burada da çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin tutumları ve davranışları hakkında yorumlarla yazışmalarda bulunmuşlardır. Bu iletişimlerin dosyadaki çözümlerine göre genel olarak mesai saatleri dışında olduğu görülmektedir. Davacı*

93 Y22HD, 09.05.2017, E. 2017/32592, K. 2017/10720; **Yıldız**, s. 105 vd.

94 **Yıldız**, s. 112.

ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır." diyerek işçinin işe iade edilmesine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında whatsapp üzerinden yapılan görüşmelerin kapalı bir grup içinde yapılmış olduğunun, konuşma içeriklerinin işçilerin çalışma şartlarına ilişkin eleştiri ve hak arama boyutunda olduğunun üzerinde durmuş ve işverenin konuşma içeriğinden, aynı grup içerisindeki bir başka işçi dolayısıyla haberdar olduğunu belirtmiştir. İşverenin kendisine haber veren işçiye ihtar vermekle yetinip, diğerlerinin iş akdini derhal feshetmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, whatsapp grubunda olup da işverene konuşmaları aktaran işçi, diğerlerinin rızası dışında görüşmeleri üçüncü kişilere aktararak hem Anayasal güvence altında olan "haberleşmenin gizliliği esasına" aykırı davranmış, hem de TCK. Madde 132 anlamında suç işlemiştir.[95]

6. İşçinin Ücret Haczinin İşyerini Olumsuz Etkilemesi

İşçinin borcunu ödeme aczine düşmesi durumunda hakkında icra takibi başlatılması ve devamında ücretine haciz konması mümkündür. İcra İflas Kanunu'nun[96] 83'üncü maddesinde kısmen haczi caiz olan şeyler sayılarak ücret ve maaşlar da bu kapsamda sayılmıştır. İş Kanunu'nun 35'inci maddesinde de "*İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir*

95 **Yıldız**, s. 111-112.

96 RG. 19.06.1932, 2128.

edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır." hükmü yer almaktadır. Herhangi bir işçinin ücretine haciz konması durumunda, işyerinin hukuk ve muhasebe servisleri, ücretin hacizli kısmını işçiden keserek icra dairesine yatırmak dolayısıyla bu durumla özel olarak ilgilenmek zorunda kalmaktadır. Ücret haczinin işçinin sözleşmesinin feshi açısından geçerli sebep oluşturması, yaşanan bu durumun sıklığı, işyerinde olumsuz etki yaratıp yaratmaması, işyerinin büyüklüğü ve yapısı ile işçinin ihtar edilmesine rağmen aynı durumun tekrarlanması gibi faktörlere bakılarak değerlendirilmesi gerekmektedir.[97]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda; "*İşçinin borcu nedeniyle ücretinin haczedilmesi, kural olarak işverene geçerli nedenle fesih hakkı vermemelidir, işçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır. Somut uyuşmazlıkta, işçinin ücretine haciz konulması değil, bu uygulama nedeni ile işyerinin olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemez bir duruma gelip gelmediği önemlidir. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacı işçinin borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamıştır, işverenin büyük bir işletme olarak bu işlemler için personel istihdam etme zorunluluğu yoktur. Keza hakkında icra takibi ve borcu çok olan personelin çıkarılması, işyerinde olumsuzluklara yol açma olgusuna göre eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez*."[98] ifadelerini kullanmıştır.

7. İşçinin İşyerindeki Bilgisayar ve İnterneti İş Amacı Dışında Kullanması

Günümüzde bilgisayar ve internet kullanımlarının artmasıyla, bilgiye ulaşmada ilk başvurulan kaynak internet olmuş ve alışveriş yapma, gazete okuma, başkaları ile iletişime geçme gibi ihtiyaçlar da internet üzerinden

97 **Centel**, s.128.

98 Y9HD, 02.02.2009, E.2008/9800, K. 2009/1012, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.22, 2009, s. 787-788. Bu yöndeki bir başka karar için Bkz. Y9HD, 20.10.2008, E. 2008/3737, K. 2008/27673.

gerçekleştir hale gelmiştir.[99] Diğer yandan internetin sağladığı imkanlarla birlikte, çalışanların işe odaklanmalarını zorlaştırdığı, çalışan disiplinini olumsuz yönde etkilediği görülebilmekte ve e-posta ya da indirilen programlar vasıtasıyla gelen virüsler nedeniyle işyerinde maddi kayıplar da yaşanabilmektedir. Dolaylısıyla işyerinde bilgisayar ve internet kullanımına ilişkin birtakım kurallar ve yasaklar getirilerek, işçiler bu konuda bilgilendirilmeli ve uyarılmalıdır. [100]

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, işin ifası için işçiye verilen bilgisayarın, mesai saatleri içerisinde birden fazla olmak üzere alışveriş ve oyun sitelerine girilerek amacı dışında kullanılmasını iş akdinin feshi açısından geçerli sebep saymıştır.[101] Yargıtay kararında, işçinin mesai saatlerini iş görme edimi dışında harcadığını, işçinin işini yetiştirmiş olmasının ya da herhangi bir zararın oluşmamasının, işçinin bu yöndeki davranışını ortadan kaldırmayacağını ve işçinin yan edim yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğunu belirtmiştir. Kararda feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmemiş olduğu ve işçinin bu yöndeki davranışının geçerli sebeple fesih açısından yeterliği sayıldığı görülmektedir.[102]

Yargıtay vermiş olduğu diğer bir kararda ise "*işverence bilgisayarın kullanılmamasına ilişkin davacı işçi ve çalışan diğer personellere herhangi bir yasaklamada bulunulmadığı, evvelcede benzer eylemlerde bulunulup uyarıldığı yönünde savunmada bulunulmadığı, işin aksadığı savunmasınında ispatlanmadığı, savunma ile işten ayrılış bildirgesindeki nedenlerin çeliştiği, işverenin fesihle ilgili sebebi sonradan değiştiremeyeceği, bir an için durumun sabit olduğu kabul edilse dahi, eylem ile sonuç arasında açıkça orantısızlık olduğu kabul edilerek ,iş akdinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanılacak şekilde sona erdirildiği görüşüne varılmıştır*." [103]diyerek işverenin iş akdinin feshine gitmeden önce internet ve bilgisayar kullanımı bakımından kuralların belirlenerek işçilerin bu konuda bilgilendirilmesi gerektiği, işçinin aksi yöndeki ilk davranışında da işçinin öncelikle uyarılması gerektiği vurgulanmıştır.

İşçinin mesai saatleri içinde sıklıkla özel sebeplerle internete girmesi iş

---

99 **Caniklioğlu**, s.118-119, **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 580.

100 **Keser**, Hakan: "İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi", Lagal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.62, 2019, s.451.

101 Y9HD, 04.05.2009, E.2008/36305, K.2009/12393.

102 **Caniklioğlu**, s. 119; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 580.

103 Y9HD, 13.06.2016, E. 2015/4048, K. 2016/14121.

akdinin feshi açısından geçerli sebep oluşturur. Fakat bunun için, işverenin işyerindeki internet ve bilgisayar kullanımının sınırlarını belirlemesi, kurallar getirerek bu konuda işçileri bilgilendirmesi, işçinin aksi yöndeki davranışında da feshin son çare olması ilkesi gereğince öncelikle işçiyi bu konuda uyarması gerekmektedir. Tüm bunlara rağmen işçi davranışında ısrar ediyor ise, iş akdinin feshi yoluna gitmelidir.[104]

Diğer taraftan, yasak olmasına rağmen, işçinin bilgisayarlara zarar verecek yazılımlar indirmesi, suç teşkil edecek özellikteki sitelere girmesi ya da programlar indirmesi ,se derhal fesih sebebi olmalıdır.[105]

8. İşçinin İşyerinde Sigara İçme Yasağına Uymaması

İşçinin işyerinde sigara içmesi kural olarak işverene iş akdini feshetme hakkı tanımamaktadır. Bununla birlikte işveren işyerinin tamamında ya da bir kısmında sigara içme yasağı getirebilir. İşçinin bu yasağa uymaması ise, iş sözleşmesinin ihlalini teşkil ettiğinden, fesih açısından geçerli neden sayılmaktadır. Bu durumda da ilk olarak işçi yasak konusunda haberdar edilmeli, yasağa aykırı davranışı karşısında öncelikle uyarılmalı ve aynı davranışın tekrarı halinde ancak geçerli sebeple fesih yoluna gidilmelidir.[106]

Yargıtay bu hususta verdiği bir kararında; "*Dosya içeriğine göre, işyerinde yapılan işin niteliği gereği sigara içilmeyeceği konusunda bir yasağın bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı da işe girerken bu konuda sorulan soruya sigara kullanmadığı şeklinde cevap vermiştir. İşyerinde yasağa rağmen davacıdan başka işçilerin de sigara kullandıkları ancak bunların çay ocağının bulunduğu yerde dinlenme saatlerinde sigara içtikleri tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır. Davacı ise belirtilen yer dışında sigara kullanırken tespit edilmiştir. Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan davacının sözü edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır.*" [107] diyerek yasağa rağmen işçinin işyerinde izin verilmeyen bölgede sigara içmesini geçerli fesih sebebi saymıştır.

104 **Caniklioğlu**, s. 119-120; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 580-581.

105 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 581.

106 **Kılıçoğlu**, Mustafa, **Şenocak**, Kemal, "İşyerinde Sigara İçme Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, Mart 2009, s.198.

107 Y9HD, 21.03.2006, E. 2006/4640, K.2006/7155.

Diğer yandan işçinin işyerinde sigara içmesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği tehdit ediliyorsa, işçinin sigara içme yasağına uymaması geçerli değil, haklı fesih sebebidir.[108] Yüksek Mahkeme, maden ocağında çalışan bir işçinin çantasında sigara ve çakmak bulunmasını dahi haklı fesih sebebi olarak değerlendirmiştir.[109]

9. İşçinin Mesai Saatleri Dışında Alkollü Araç Kullanması

Alkollü araç kullanmak suç teşkil eder ve mesai saatleri içinde alkol kullanımının İş Hukuku karşısındaki yaptırımı İş Kanunu'nun 25/II-d bendi uyarınca iş sözleşmesinin derhal feshidir. Fakat mesai saatleri dışında alkollü araç kullanan bir işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, ilaç mümessili olarak çalışan davacı işçinin mesai saatleri dışında, işveren tarafından kendisine tahsis edilen aracı alkollü olarak kullanması neticesinde ehliyetine 6 ay süre ile el konulması üzerine, davalı işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshettiği anlaşılmaktadır. İşyerine ait Araç Tahsis ve Kullanım Yönetmeliğinde alkollü araç kullanması neticesinde ilk kez olmak kaydıyla ehliyetine el konulan personele ihtar verileceği belirtilmesine rağmen, işçinin iş sözleşmesine son verilmesi sonucu yargıya taşınan olayda Yargıtay vermiş olduğu kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: "*İşveren tarafından işyeri Yönetmeliği ile işçi lehine düzenleme yapmak ve kural koymak her zaman mümkündür. Ancak alkollü araç kullanmak suçtur. İş Kanunu'nda işverenin aracını alkollü kullanmak haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Ayrıntıları yukarıda izah edildiği üzere alkollü araç kullanmak kamu düzenini bozan ve kamu sağlığını tehlikeye atan bir eylemdir. Kamu düzeni ve kamu sağlığı karşısında işçinin (kişilerin) menfaati ikinci planda kalır. Kanunun bizatihi suç saydığı hususların işyeri yönetmeliği ile bertaraf edilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle işverence Yönetmelikle yapılan düzenleme geçersiz olup davacının iş akdi işverence geçerli nedenle feshedilmiştir. Davacının yaptığı ilaç tanıtım işi, araç tahsisi yapılmadan kendi imkanlarıyla (6 ay süreyle özel şoför kullanma veya taksi tutma) yapılamayacak bir iş olduğundan ve yönetmelikte belirlenen aynı performansı sağlama fiilen mümkün olamayacağından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile*

108 **Kılıçoğlu**, **Şenocak**, s.198.; **İren**, Ertan, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşabilecekleri Müeyyideler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, s.97.

109 Y9HD, 26.04.2001, E. 2001/4065, K. 2001/7215; **Kılıçoğlu**, **Şenocak**, s.199.; **İren**, s.97.

davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup bozma nedenidir."[110]

Somut olayda, işçi araç kullanarak çok daha etkili ve hızlı bir şekilde ifa edebileceği işini, ehliyetine el konulmasıyla sekteye uğratmakta ve aracın çekilmesi ile işvereni zarara uğratmaktadır. Araç kullanarak işini ifa etmesi beklenen işçinin ehliyetine el konulmasının işi olumsuz etkileyeceği açıktır. Dolayısıyla, mesai saatleri dışında yaşanan bu hadise sonucunda işçinin iş sözleşmesinin geçerle nedenle feshedilmiştir. Fakat işyerinin yönetmeliğinde alkollü araç kullanma neticesinde ehliyetine el konulması durumunda bir defaya mahsus olmak üzere, işçiye ihtar verileceği belirtilmiş olduğundan; iş sözleşmesinin feshi yerine işçiye ihtar verilmesinin daha uygun olacağı, işverenin düzenlemiş olduğu yönetmelikle kamu düzenine aykırılık teşkil eden fiili suç olmaktan çıkarmadığı, yalnızca işyerine olan yansımasına ilişkin düzenlemede bulunduğunu belirten görüşe katılmaktayım.[111]

SONUÇ

İş güvencesi kavramının Hukukumuza dahil olmasıyla birlikte, iş güvencesine sahip olan işçiler bakımından, işverenin herhangi bir sebep göstermeden işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı kaldırılmıştır. İşverenin iş akdinin feshi bakımından Kanunun 25'inci maddesinde sayılan haklı bir sebebi olmadığı takdirde, iş akdini feshedebilmesi, Kanunun 18'inci maddesinde belirtildiği üzere, geçerli bir nedenin varlığı halinde mümkündür. Geçerli neden ise işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler ve işin, işyerinin, işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak sayılmıştır. Sayılan bu kavramların somutlaştırılması, öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmış olsa da; kanunun gerekçesinde geçerli sebep örnekleri verilmiştir.

Çalışmanın konusunu iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshi oluşturmaktadır. Bu kapsamda kanun gerekçesinde sayılan davranış örnekleri; işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir

110 Y7HD, 11.06.2015, E. 2014/7929, K.2014/13044; **Çil**, Şahin: Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları), Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016, ss.406-408.

111 **Caniklioğlu**, s.116.

biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller şeklinde sayılmıştır.

Kanun gerekçesinde sayılanlar dışında, çalışma hayatında sıklıkla karşılaşılan ve Yargıtay kararlarında görülen diğer davranış örnekleri olarak ise işçinin cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte rahatsız edici davranışlarda bulunması, işçinin bir diğer işçiye psikolojik tacizde bulunması, işçinin işyerinde dedikodu yapması, işçinin güven ilişkisini zedeleyen, sadakat borcuna aykırı davranışlarda bulunması, işçinin özensiz sosyal medya kullanımı, işçinin ücret haczinin işyerini olumsuz etkilemesi, işçinin işyerindeki bilgisayar ve interneti amacı dışında kullanması ile işçinin alkol ve sigara içme yasağına uymaması durumları da çalışma kapsamında incelenen diğer davranış örnekleridir.

İşçinin davranışlarının iş akdinin feshi açısından geçerli neden sayılabilmesi için, 25'inci maddede sayılan nedenler kadar ağır sonuçlar yaratmamakla birlikte, iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz olarak etkilemesi gerekmektedir. işçinin davranışı işveren ile arasındaki güven ilişkisini sarsarak, işin normal işleyişini, işyerindeki uyum ve huzuru bozuyorsa, işverenin iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçülerde beklenemiyorsa, iş akdinin işveren tarafından feshi için geçerli sebep doğmuş olmaktadır.

Öte yandan geçerli sebebin varlığı, tek başına fesih için yeterli kabul edilmemektedir. Olumsuz öngörü ilkesi gereğince, geçerli fesih sebebi teşkil eden davranışla birlikte, bu olumsuz davranışın gelecekte de görüleceği öngörüsünün bulunması aranmaktadır.

İşçi davranışının fesih açısından geçerli sebep sayılabilmesi için, işçinin kusurlu olması gerekmektedir. Öte yandan işverenin güvenini temelden sarsacak seviyeye gelmeyen hafif kusurlu işçi davranışları, geçerli fesih sebebi sayılmamalı, feshin son çare olması ilkesi gereğince, işçi hakkında alternatif önlemler alınmalıdır.

Bununla birlikte işyerini olumsuz açıdan etkileyen işçi davranışı nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda işverenin menfaati ile iş sözleşmesinin devamı durumundaki işçinin menfaati kıyaslanmalı ve iş akdinin feshinin makul ve ölçülü bulunduğu takdirde fesih yoluna gidilmelidir. Her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- **Alpagut**, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, ss.23-32.
- **Alper**, Yusuf, **Kılkış**: İlknur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2018.
- **Caniklioğlu**, Nurşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, ss.67-132.
- **Caniklioğlu**, Nurşen; **Akkaya**, Merve: "Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshi", Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı, İstanbul 2021, ss. 163-203.
- **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021.
- **Çil**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2021.
- **Çil**, Şahin: Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları), Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016.
- **Cengiz**, İştar, **Ersoy**, Uğur, **Küçükay**, Alper, "Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, 2016, ss.62-90.
- **Centel**, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.
- **Demir**, Cuma Arif: İş Güvencesi ve İşe İade Davaları-İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **Ekmekçi**, Ömer; **Yiğit**, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2020.
- **Ergin**, Hediye, "İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları", Ceza Hukuku Dergisi, C. 4, S.11, Aralık 2009, ss.161-198.
- **Ergin**, Hediye, "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.34, 2016, ss. 71-88.
- **Ergin**, Hediye, "İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016, ss. 67-82.
- **Ertan**, Emre, "İşçinin İşe Geç Gelmesinin Hukuki Sonuçlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, 2016, ss. 99-112.
- **Günay,** Cevdet İlhan: "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009, s.60-76.
- **Güzel**, Ali: "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi)", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, S.4, ss. 159-182.
- **Keser**, Hakan, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Neden, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- **Keser**, Hakan, "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, ss. 9-32.
- **Keser**, Hakan, "İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.62, 2019, ss. 445-491.
- **Kılıçoğlu**, Mustafa; **Şenocak**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- **Kılıçoğlu**, Mustafa, **Şenocak**, Kemal, "İşyerinde Sigara İçme Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, Mart 2009, ss.195-201.
- **Leymann**, Heinz, "Mobbing ans Psychological Terror at Workplaces", Violence and Victims, Vol. 5, No:2, ss.119-126, http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(3).pdf (Çevrimiçi) Erişim Tarihi:08.12.2021.

- **İren**, Ertan, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşabilecekleri Müeyyideler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, ss. 92-102.
- **Sarı**, Ayşegül: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017.
- **Şakar**, Müjdat, Meslek Yüksekokulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- **Taşkent**, Savaş: "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, 2011, ss. 15-24.
- **Tulukçu**, Nezihe Binnur, İş Güvencesi İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **Yıldız**, Gaye Burcu, "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018 ss.105-112.

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

Av. Ülkü Nur ASLANTEPE

1) İŞ GÜVENCESİ VE İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

İş güvencesi; işverenin fesih hakkını sınırlayarak, işçinin iş akdinin işverence haksız olarak feshedilmesini engellemek suretiyle, iş ilişkisinin devamlılığını sağlayan ve işçi tarafından kullanılabilen bir iş hukuku kurumudur.[1] İş güvencesi kavramı ile hedeflenen, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin korunmasıdır.[2] İş güvencesine ilişkin hükümler 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18-21. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde feshin geçerli nedene dayandırılması, sözleşmenin feshinde izlenmesi gereken usul ve geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları düzenlenmiştir.

İş Kanunu gereği işçi sayılanların tamamı için güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. İş Kanunu kapsamında kalan işçiler hakkında iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar aşağıda detayları ile incelenecektir.

A) İş İlişkisinin İş Kanunu Kapsamında Yer Alması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde işçi, işveren ve iş ilişkisinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçinin bağlı olarak çalıştığı gerçek ve tüzel kişilere işveren, işveren ile işçi arasında iş görme borcu kapsamında kurulan ilişkiye de iş ilişkisi denilmektedir. İşçi tanımı bu maddede yapılmış olmakla birlikte her işçi İş Kanunu kapsamında değildir. İş güvencesi kapsamında olmak için; Basın İş Kanunu'na tabi gazeteci veya İş Kanunu kapsamında işçi olmak gerekir. Yine aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmıyor olmak, iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde feshedilmiş olması, işyerinde 30 ve daha fazla işçinin çalışıyor olması, işçinin en az 6 ay kıdeminin olması şartlarının da bir arada bulunması gerekmektedir.

---

1 DEMİR, Cuma; İş Güvencesi ve İşe İade Davaları,1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, Syf.22

2 ÇELİK,Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25.Baskı, Beta, İstanbul,2012, Syf.223

B) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışıyor Olmak

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi kapsmındadeğildir.[3] Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadan ard arda yenilenmişse bu halde iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecek ve işçi iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilir hale gelecektir. Ancak böyle bir durum yoksa belirli süreli iş sözleşmesinin taraflar arasında imzalanmasıyla birlikte iş ilişkisinin, sözleşme süresinin bitimine kadar taraflarca sözleşme ile koruma altına alındığından bahsedilebilecektir. Bu özelliği ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere bir nevi iş güvencesi sağlanmış olmaktadır.[4]

C) İşçinin En Az Altı Ay Kıdeminin Olması

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için en az 6 aylık kıdeminin bulunması gerekmektedir. Eğer işçinin kıdemi 6 aydan az ise işveren iş akdinin feshinde haklı nedene dayanmak zorunda değildir. Bu hükmün amacı en az 6 ay çalışmış işçiye himaye sağlarken, işverene de işçiyi deneme imkanı vermektir. Eğer ilk altı ay içerisinde işçiden herhangi bir sebeple memnun olmayan işveren iş akdini sebep göstermeden feshedebilecektir. Burada işverenin altı ayın dolmasına birkaç gün kala işçiyi işten çıkarması söz konusu olmuşsa bu takdirde, işverenin bu hareketi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği için bu halde işçi, iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecektir.[5]

Altı aylık kıdem süresi işçinin işe başlaması ile birlikte başlayacaktır. Sürenin bitişi ise iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirimin tebliğ edildiği tarih olacaktır. İşçinin aynı işverene ait farklı işyerlerinde çalışması durumunda altı aylık sürenin dolup dolmadığı hesap edilirken bu sürelerin tamamının toplamı dikkate alınacaktır.[6]

Bahsettiğimiz 6 alık kıdem şartının istisnası İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmamaktadır.

---

3 Y.9.HD., T. 20.11.2003, E. 2003/19338, K. 2003/19593, www.kazancihukuk.com; "Belirli süreli hizmet akdi ile çalıştığı anlaşılan davacının işe iade hükümlerinden yararlanması mümkün değildir."

4 YILMAZ, Merve; İş Güvencesi Kapsamında Olan ve Olmayan Kişilerin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan Haklarının Karşılaştırılması, Erişim Tarihi: 12/01/2021, https://openaccess.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/1819/MerveY%C4%B1lmazBa%C5%9FkanYLTez.pdf?sequence=1&isAllowed=y , Syf 5-6, 2021

5 NARTER, Sami; İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, Syf.67

6 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25.Baskı, Beta, İstanbul,2012, Syf.231

D) İşyerinde 30 Veya Daha Fazla İşçinin Çalışması

İş güvencesine ilişkin hükümler 30 veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde uygulanacaktır. Burada hatırlatmamız gereken önemli bir husus tarımla ilgili işyerlerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için en az 51 ve daha fazla işçinin çalışması gerektiğidir. İş Kanunu m.18/4 gereği, işçi sayısının tespitinde, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bu işyerlerinde çalışan işçi sayılarının toplamı dikkate alınacaktır. Yine 30 işçi sayısı belirlenirken işyerinde belirli süreli, belirsiz süreli, tam süreli, kısmi süreli, mevsimlik, çağrı üzerine çalışanlar ile iş sözleşmesi askerlik, izin ,rapor gibi sebepler ile askıda bulunanların sayısı da dikkate alınır.[7] Ancak zorunlu stajlarını yapanlar, çıraklar, geçici iş ilişkisine göre geçici işçi alan işveren yanında çalışanlar, süreksiz işlerde çalışanlar, işyerinde meslek eğitimi gören öğrenciler bu sayının hesaplanmasında dikkate alınmazlar.[8]

E) İşveren Vekili Veya İşveren Yardımcısı Olmamak

İş Kanunu'nun 18. Maddesinin son fıkrasında göre ; "İşletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci *maddenin son fıkrası uygulanmaz."* İş Kanunu m.2 de yer alan tanımıyla işveren vekili; işverence vekil olarak görevlendirilmesi sebebiyle işveren adına hareket ederek işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde yer alan kişilerdir. Profesyonel şekilde çalışılan ve sayıca fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, işverenlerin yönetim yetkisini tek başına kullanmaları çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu sebeple işverenlerin yönetim yetkilerinin bir kısmını veya tamamını vekillerine bıraktığı sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.[9] Bu halde genel müdürler, şube müdürleri gibi görevlerde yer alan kişiler; işletmenin bütününü sevk ve idare ediyorsa veyahut işletmenin olmamakla birlikte işyeri sevk ve idare edip işçiyi işe alma ve çıkarma yetkileri varsa işveren vekili olarak adlandırıldıkları için her ne kadar kendileri de işçi olsalar da iş güvencesi kapsamı dışındatutulmuşlardır.[10]

---

7 YAVUZ, Aslı; Türk İş Hukuku'nda Genel İş Güvencesinin Kapsam Ve Koşulları , Yüksek Lisans Tezi, Erişim Tarihi: 12.01.2021, http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48767.pdf ,Syf.85-86, 2020

8 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25.Baskı, Beta, İstanbul,2012, Syf.231

9 TULUKÇU, Nezihe; İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, İşe İade, 1.Baskı, Seçkin, Ankara,2017,Syf.157

10 Y.9.HD., T. 13.10.2020, E. 2020/3073, K. 2020/11570, www.kazancihukuk.com ; "*4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararla-*

F) İş Sözleşmesi İşverence Feshedilmiş Olmalı

İş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanabilmek için iş akdinin işverence haksız şekilde feshedilmiş olması gerekir. Bu şekilde olmayan sözleşme fesihlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Zira iş güvencesi hükümlerinin var olma amacı haksız feshe karşı işçiyi korumaktır. Bu halde işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olsa bile iş güvencesi kapsamından çıkmış olacağı için işe iade talebinde bulunamayacaktır.[11]

İş akdinin işçi tarafından bildirimli feshedilmiş olması halinde işçi, iş güvencesinden faydalanamayacaktır. İşçinin istifası söz konusu olduğu bu halde, istifa dilekçesi sunulurken işçinin iradesinin fesada uğrayıp uğramadığının tespitinin yapılması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.

İş akdinin ikale yoluyla sona erdirilmesi halinde işçi iş güvencesinden faydalanamayacaktır. Zira taraflar nasıl ki istedikleri zaman karşılıklı anlaşma sonucu sözleşme imzalayabiliyorlarsa aynı şekilde istedikleri zaman iş sözleşmesini anlaşarak feshedebilirler. Bu halde işverence iş akdi tek taraflı olarak sonlandırılmadığı için işçi iş güvencesi altında olmadığı için, işçinin işe iade davası açma imkânı bulunmamaktadır. İkale söz konusu ise İş Kanunu'nda yer alan bildirim sürelerinin dolmasının beklen-

---

nabilmesi işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya iş yerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir. İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir *.İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de iş yerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir .Buna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de iş yerinin bütününü sevk ve idare edenlerin anılan anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İş yerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, iş yerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, iş yerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir."*

11 KURT,Resul ve KOÇ, Muzaffer; İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 3.Baskı, Seçkin, 2017, Syf.307

mesine gerek bulunmamaktadır. İkalenin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, ikale sözleşmesinin yapılmasında işçinin makul yararı ile açık ve fesada uğratılmamış iradesinin bulunması gerekmektedir. [12] Yargıtay da kararlarında; makul yarar ve irade fesadı bulunmaması hallerinin bir arada bulunmasını aramaktadır.[13]

2) İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİNİN SÖZLEŞMESİNİN FESHİ ÖNCESİNDE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİNİN UYGULANMA BİÇİMLERİ

4857 Sayılı İş Kanunu›nun 20. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenle yapıldığını ispat yükü, işverene verilmiştir. İşveren ispat yüküne ilişkin delilleri ortaya koyarken öncelikle iş akdini feshederken şekli koşullara uyarak iş akdini yazılı olarak feshettiğini, fesih bildiriminde fesi nedenine açıkça yer verdiği ve bazı durumlarda ise savunmasını istediğini ispatlamalıdır. İşverenin şekli koşulları yerine getirdiği anlaşıldıktan sonra fesih nedeninin geçerli olduğunu ispatlaması gerekecektir.[14] İşverenin biçimsel koşulları yerine getirdiği anlaşıldıktan sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunun kanıtlanması aşamasına geçilecektir.

İş Kanunu'nun 18. Maddesinde iş sözleşmesini fesheden işverenin, sözleşmenin feshinde işçinin yeterliliği, işçinin davranışları veyahut işletmenin, işyerinin, işin gereklerinden kaynaklanan bir sebebe dayanması zorunluluğundan bahsedilmiştir. İşveren bu sebeplerden birine dayanarak iş akdini sonlandırmadan önce feshin son çare olması ilkesine uygun hareket ederek feshin devamlılığı için çaba gösterdiğini ancak bu çabaya rağmen feshin devamlılığının imkânsız olduğunu açıkça ortaya sermektedir. İşverenin feshin son çare olması ilkesine aykırı hareket ettiği hususunun açığa çıkması halinde feshin geçersizliği ve işçinin buna bağlı haklarını talep etme hakkı doğmuş olacaktır.

Her geçerli sebep, geçerli sebeple fesih yapılması için yeterli değildir. Feshin geçerli olması için geçerli bir sebep olması ile birlikte feshin son

12 TULUKÇU,Nezihe; İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, İşe İade, 1.Baskı, Seçkin, Ankara,2017, Syf.126-127

13 Y. 9.HD., T. 22.1.2020, E. 2019/8260, K. 2020/903, www.kazancihukuk.com.tr ; *"Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında, tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusundaki icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır."*

14 Y. 9. HD., T. 23.9.2019, E. 2019/247, K. 2019/16556, www.kazancihukuk.com.tr .

çare olması ilkesi kapsamında MK m.2 gereği dürüstlük kuralına uyularak feshin yapılmış olması gerekir.

A) İŞÇİNİN DAVRANIŞLARI NEDENİYLE FESİHLERDE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

İşçinin, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanmasını gerektirecek nitelikte ağır olmamakla birlikte, işyeri verimini olumsuz etkileyen davranışlarının varlığı halinde işçinin davranışları nedeniyle geçerli nedenle fesih söz konusu olacaktır.[15] İş güvencesi hükümlerinden faydalanan işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin, iş sözleşmesine aykırılık oluşturan davranışları sebebiyle işin olumsuz etkilenmesi gerekmektedir. [16] Örnek olarak; işçinin işi savsaklaması nedeniyle işverenin işe zarar verileceği noktasında tedirginlik duyması, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde diğer iş arkadaşlarından borç para istenmesi, işçileri işverene karşı kışkırtarak işe zarar verilmesi, işin akışını etkileyecek nitelikte uzun telefon görüşmelerinin yapılması, işyerinde diğer iş arkadaşları ile iş ortamını bozacak nitelikte ilişkilere girilmesi, işe sık sık geç gelmek[17], iş saatlerinde işi aksatacak şekilde işyeri içerisinde dolaşmak, işin aksamasını sağlayacak nitelikte sık sık izin almak, işyerinde çalışma arkadaşları ve amirleri ile gereksiz yere sık sık tartışmalara girmek[18], iş arkadaşlarına sataşmak[19], mesai saatleri içerisinde diğer çalışma arkadaşlarının motivasyonunu ve dikkatini dağıtacak şekilde telefon görüşmeleri yapmak, sıklıkla yüksek seli konuşmak veya kahkahalar atarak iş arkadaşlarının iş yapmasını engellemek,[20] taciz bo-

---

15 ERTEKİN, Özkan; İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017, Syf. 615

16 DEMİR, Cuma; İş Güvencesi ve İşe İade Davaları,1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, Syf.104-105

17 Y.9. HD. T. 3.4.2006, E. 2006/4727, K. 2006/8246, www.kazancihukuk.com.tr ; *"Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin işyerinde işe girdiği tarihten itibaren işe 25 kez geç geldiği,11 kez savunmasının alındığı, 31.12.2004 tarihinde uyarma, 17.05.2005 tarihinde kınama cezası aldığı, bu disiplin cezalarından sonra davacının 07.08.2005 ve 06.09.2005 tarihlerinde de geç kalmaya devam ettiği, bu nedenle savunmasının alındığı, davacının geciktiğini kabul ettiği ve iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının sık sık işe geç geldiği ve bunu alışkanlık haline getirdiği, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır."*

18 4857 Sayılı İş Kanunu 18.Madde Gerekçesi

19 Y. 9. HD. T. 12.11.2020, E. 2017/17056, K. 2020/15984, www.kazancihukuk.com.tr ; "Davacı işçinin iş akdinin davalı işveren tarafından, davalı işverenin diğer bir işçisine sataşma haklı nedenine dayalı olarak feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgeler ile sabittir… davalı işverenin fesihte haklı olduğu gözetilerek…"

20 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25.Baskı, Beta, İstanbul,2012, Syf.234-235

yutuna varmamakla birlikte rahatsız edici davranışlarda bulunmak, işyerinin gizli bilgi ve belgelerine izinsiz bakmak, işyerinde dini, siyasi veya ideolojik semboller takıp işyerindeki diğer işçileri çeşitli gruplara ayırıp işyerinde ayrımcılık ortaya çıkarmak, işyerine ait eşyaları özel işlerinde kullanmak, işyerinde işi aksatıp internette gezinmek, işyerinde işi aksatacak şekilde özel işlerini yapmak[21] gibi haller verilebilir.

İşçinin davranışları nedeniyle fesihlerde öncelikle iş akdinin işçi tarafından ihlal edilmesi şartı aranmaktadır. Bu nedenle davranışlardan kaynaklanan nedenlerle fesihlerle öncelikle işçiye yüklenen yükümlülüklerin neler olduğu ve işçinin bu yükümlülüklerini hangi şekilde ihlal ettiği hususları açıklığa kavuşturulmalıdır. Sonrasında işçinin davranışları sebebiyle işverenin bir zarara uğrayıp uğramadığı araştırılmalıdır. Bu hususların açıklığa kavuşturulması akabinde işçinin bu ihlalinin işverene iş sözleşmesini fesih hakkı verip vermeyeceği incelenmelidir.[22] İşçinin özen

21 ERTEKİN, Özkan; İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017, Syf. 615-616

22 Y. 9. HD. T. 13.1.2020, E. 2019/5468, K. 2020/116, www.kazancihukuk.com.tr ; *"4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.*

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin *işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklene-*

yükümlülüğünü ihlal ederken ihmali davranışı ile ihlali yeterlidir. Bunula birlikte işçinin kusuru ile ortaya koymadığı davranışları işverene işçinin davranışları sebebiyle sözleşmeyi fesih hakkı vermeyecektir.[23]

Davranış nedeniyle fesih yoluna gitmeden önce öncelikle işçinin olumsuz davranışının nedenini araştırıp bunu işçinin işinin değiştirilmesi, işyerinin değiştirilmesi gibi yollar ile giderilip giderilmeyeceği hususu araştırılmalıdır. İşçiye davranışları sebebiyle sebep olduğu olumsuzluklar bildirilerek işçinin savunmasının alınması yoluna gidilmelidir. İşverene aşırı bir maddi yük yüklememek koşulu ile işveren fesih öncesi başvurabileceği diğer yollara başvurmalıdır. Yine aynı şekilde ihtara ve savunması alınmasına karşılık işçinin olumsuz davranışları devam ediyor ve işverenin işçinin işyerini veya işini değiştirme imkanı da bulunmuyorsa

---

meyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir anlatımla, İşçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibariyle, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresizi fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez."

23 Y. 9. HD., T. 28.2.2011, E. 2011/6661, K. 2011/5317, www.kazancihukuk.com.tr ;*"İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.*

Dosya içeriğine göre tıbbi tanıtım temsilcisi olan davacının son bir yıl içinde avansla ile ilgili yanılış beyanda bulunma, program değişikliğini bildirmeme, hizmet için tesis edilen aracı özel işinde kullanma ve özel işinde kullandığı aracın yakıt giderini şirkete fatura etme gibi davranışlarından bulunması nedeni ile savunmasının alınarak, uyarıldığı, feshe yakın tarihlerde de eczane ziyaretini gerçekleştirmeme ve ağırlama giderlerinde tutarsızlıkları nedeni ile hakkında tutanak tutulduğu, davacının bu davranışlarının ziyaretlerini gerçekleştirdiği eczacıların ve tıbbi tanıtım için ağırlama yaptığı lokanta sahiplerinin şikayetlerine sebep olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sözleşme ve kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ihlali niteliğindeki bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, iş ilişkisinin devam ettirmenin işveren açısından beklenmez bir hal aldığı sabittir. Fesih davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığından davanın reddi gerekir iken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı bulunmuştur."

bu halde işverenin artık feshin son çare ilkesine uygun hareket ederek iş sözleşmesini feshedebileceği kabul edilmelidir.[24]

Haklı nedenle fesih hallerinde İş Kanunu'nun 26. Maddesi gereğince fesih nedeninin öğrenilmesinden itibaren 6 iş günlük süre içerisinde bu hakkın kullanılması gerekirken, geçerli nedenle fesih hallerinden olan işçinin davranışları sebebiyle yapılacak fesihlerde herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu halde geçerli nedenle fesih yapılacak ise makul süre içerisinde yapılması hukuken uygun ve yeterli olacaktır.[25] Gerek haklı nedenle yapılan fesihlerde gerekse de geçerli nedenle yapılan fesihlerde işçi iş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanamayacak, işe iadesini talep edemeyecektir.

B) İŞÇİNİN YETERLİLİĞİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERLE FESİHLERDE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

İşçinin yaptığı iş için yetersiz olduğu veya yeterli olmasına karşılık işçinin verimsiz çalıştığı ve bunların sonucunda performansının düşük olması halinde işçinin yeterliliğinden kaynaklı nedenlerle iş akdinin feshi söz konusu olur. İşçinin yeterliliği hususu her iş için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira bir iş için yetersizlik gösteren işçi başka bir için kalifiye işçi olabilir. İşçinin yetersizliği hallerine örnek olarak; ortalama seviyede çalışan diğer işçilerden daha az verimli çalışma, işe alınırken sahip olduğunu beyan ettiği niteliklere göre daha düşük verimle çalışması, işe ilişkin performansının giderek azalması, yaptığı işe yatkın olmama, iş gereği teknolojiye uyum sağlanması gerektiğinde buna uyum sağlayamaması, işçinin kendini geliştirmede eksik kalması, tamamen çalışmayı engellememekle

---

24 Y. 9. HD. T. 22.4.2019, E. 2018/10548, K. 2019/9475, www.kazancihukuk.com.tr ;"*Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.*
İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu›nun 25. maddesinin II›nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu›nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir (Dairemizin 17.03.2008 gün ve 2007/27680 Esas, 2008/5302 Karar sayılı ilamı)."

25 ERTEKİN, Özkan; İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017, Syf. 616

birlikte işin gerektiği şeklide yapılmasını engelleyen hastalığa sahip olma, sıkça hastalanma[26] gösterilebilir. [27] Yine aynı şekilde işçinin verimin düşük olması ve buradaki düşüklük sebebiyle işyerindeki diğer işlerinde daha düşük verimle yapılmasına sebep olunması halinde verimsizlikten bahsedilecektir. Zira burada işçinin tek başına verimi değil iş arkadaşları ile uyumu, ekip çalışmasına yatkınlığı da göz önüne alınacaktır. Örnek olarak bir fabrikadaki işçilerden birinin verimindeki düşüklük işin yavaşlamasına sebep oluyor ve bu durum diğer işçileri de etkiliyor ve üretimin azalmasına sebep veriliyorsa işçinin verimsizliğinden bahsedilebilecektir.

İşçinin yetersizliği sebebiyle fesih söz konusu olduğunda feshin geçerli sebeple yapılıp yapılmadığı noktasında değerlendirme yapılırken, işverene ağır bir yük oluşturmamak kaydıyla işçiye eğitim verilerek bu yetersizliğinin giderilmesi sağlanmaya çalışılmalıdır. İşçinin ekip arkadaşları ile uyumu konusunda sıkıntısı varsa işyeri değişikliği mümkün ise bu yapılabilir. İşverene ağır bir yük getirmeyen bu durumlarda feshin son çare olarak yapılmadığı hususu araştırılırken bu noktalara da dikkat edilmelidir.

İşçinin emeklilik yaşının gelmiş olması tek başına işçinin yetersizliği ile iş akdinin geçerli nedenle feshedilebilmesi sonucunu doğurmaz Ancak zamanın ilerlemesi ile kişinin yaşı sebebiyle işteki performansının, dikkatinin azalması gibi diğer sebeplerle desteklenmesi halinde iş akdinin feshinde geçerli sebep oluşturabilir.[28]

İşçinin yeterliliği mesleki açıdan olabileceği gibi fiziksel açıdan da olabilir. Fiziki yetersizlik işçinin sürekli veya geçici bir rahatsızlık sebebiyle işi gereği gibi yapamaz hale gelmesi, yaşlanması sebebiyle fiziki olarak güç kaybetmesi sonucu iş için yetersiz hale gelmesi halleri gibi durumlarda işçinin fiziki açıdan yetersiz olduğundan bahsedilir. Aynı şekilde işin niteliği gereği işi gereği gibi yapamama halinde mesleki yetersizlikten

---

26 Y.9. HD., T. 9.12.2019, E. 2019/4150, K. 2019/21935, www.kazancihukuk.com.tr ; "İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlardan biri de sık sık hastalanarak rapor almadır. Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu nedenle devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açtığının kabul edilmesindendir."

27 4857 Sayılı İş Kanunu 18. Madde Gerekçesi

28 DEMİR, Cuma; İş Güvencesi ve İşe İade Davaları,1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, Syf.100-101

bahsedilecektir.[29] İşçinin verimliliği değerlendirilirken, işçinin kusuruna bakılmayacaktır.

İşçinin performansı denildiğinde verimliliği akla gelmektedir. Performans ölçütü diğer bir ifade ile performansın yüksek veya düşük olduğunun belirlenmesinde göz önüne alınacak kıstaslar her işletmenin, işyerinin kendilerinin oluşturdurduğu kıstaslardır. Performans değerlendirmesi öncesinde, performansın neye göre değerlendirileceği hususu objektif olarak ortaya konulmalı[30], personelden talep edilen hususlar somutlaştırılarak performans değerlendirme formaları hazırlanmalı ve bu formlar bir uyuşmazlık konusu olduğunda mahkemeye sunulmalıdır.[31]

C- İŞLETMENİN, İŞYERİNİN, İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERLE FESİHLERDE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

İş Kanunu'nun 18. Maddesinde yer alan geçerli nedenle fesih hallerinden biriside işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshidir. Bu halde işçinin davranışlarının veyahut kişiliğinin herhangi bir önemi bulunmamakta olsa da işyeri ile ilgili sebepler olduğu için işin iş-

29 EVREN, Öcal; İş Güvencesi El Kitabı, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, Syf.97

30 Y. 9. HD. T. 24.9.2007, E. 2007/13994, K. 2007/27720, www.kazancihukuk.com.tr ;*"Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, iş yerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken iş yeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İş yerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin belirtilen nitelikleri taşıyan bir performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, dolayısı ile yaptığı değerlendirmenin objektif olmadığı, belirtilen nedenlerin soyut kaldığı anlaşılmaktadır."*

31 Y.9.HD. T. 24.9.2007, E. 2007/13994, K. 2007/27720, www.kazancihukuk.com.tr ;*"Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, iş yerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken iş yeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İş yerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin belirtilen nitelikleri taşıyan bir performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, dolayısı ile yaptığı değerlendirmenin objektif olmadığı, belirtilen nedenlerin soyut kaldığı anlaşılmaktadır."*

leyişi olumsuz etkilenmektedirler. Madde gerekçesinde işyeri içinden ve işyeri dışından kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılmış ve incelenmiştir. İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere örnek olarak satış ve pazarlama olanaklarının azalması, piyasaya hâkim olan ekonomik durgunluk, üretilen ürüne karşı talebin azalması, ülkede yaşanan ekonomi ile ilgili olumsuzluklar, hammaddeye ulaşılmada zorluk yaşanması örnek olarak verilmiştir. İşyeri içerisinden kaynaklanan nedenlere ise, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, işyerinde uygulanan teknolojinin değişmesi, işyerinde daraltmaya gidilmesi, bazı iş türlerinin kapatılması örnek olarak verilmiştir.[32]

İşletmesel karar kavramı madde içerisinde düzenlenmemiş olsa da bu madde ile bağlantılı olarak Yargıtay içtihatları ile ortaya çıkmış ve genel kabul görmüştür. Zira işletmenin, işyerinin veya işin niteliği gereği iş akdinin feshi söz konusu olacaksa bu durum bir işletmesel karara dayanmak zorundadır.[33] İşletmesel kararın yerindeliği hakim tarafından denetlenemez. İşletmesel kararlar yerindelik, tutarlılık ve ölçülülük açısından denetlenmektedir. İşveren aldığı işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulandığını, iş akdinin feshinde keyfi davranmadığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamak zorundadır. İş Kanunu'nun 20. Maddesi gereği feshin geçerli sebeple yapıldığını ispat yükü işverene verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda feshin işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebebiyle feshedilebileceğinden bahsetmiştir. İşletmeyi ve işyerini etkileyen sebeplerle bir işgücü fazlalığı açığa çıkmışsa bu halde feshin geçerli bir sebebe dayandığından bahsedilebilecektir. İşveren işletmeye ilişkin kararları serbestçe alabilir. Bu kararların içeriğini de serbestçe belirleyebilir. Ancak bu kararlara dayanarak fesih yapılacaksa feshin son çare olması ilkesine uyacak şekilde fesih yapılmalıdır. Fesih ile feshe gerekçe olarak gösterilen gerekçe çelişki içinde olmadan fesih gerçekleştirilmelidir. İşveren aldığı karar ile işletmede küçülmeye giderken ve bu nedenle de işçi çıkarımı yaparken bir yandan işçi alımı yapıyorsa bu halde işverenin kötüniyetli hareket ettiğinden bahsedilecektir. İşverenin iş sözleşmesini feshederken aldığı kararları keyfilik denetimine tabi olacaktır. Buna ek olarak işletmeye ilişkin karar ile ulaşılmak istenen amaca fesihten başka bir yol ile ulaşılıyorsa fesih için geçerli bir nedenden söz edilemeyecektir. Örnek

32 SÜMER, Haluk; İş Hukuku, 22.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, Syf.102

33 TULUKÇU, Nezihe; İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, İşe İade, 1.Baskı, Seçkin, Ankara,2017,Syf.206

verilecek olursa; işçilerin rızası ile esnek çalışma biçimlerine geçmek, ücretsiz izin, kısa çalışma yapmak, fazla mesailerin iptali ile yapılacak işi daha çok işçiye vermek gibi yollar fesihten önce denenmelidir. Bunlar denenmeden yapılan fesih haklı bir fesih olmayacaktır. [34]

34 ERTEKİN, Özkan; İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017, Syf.86

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI AÇILABİLECEK DAVALARDA ZAMANAŞIMI

Stj. Av. Yasemin DİLBER

GİRİŞ

Anonim şirketlerin zorunlu organlarından biri olan yönetim kurulunun; şirketin, pay sahiplerinin veya alacaklıların zarara uğraması sebebiyle hukuki ve cezai yönden sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. İşbu çalışmanın konusu yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu konusu olmayıp, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu çerçevesinde açılacak sorumluluk davasında zamanaşımıdır. Esas araştırma konusu olan sorumluluk davasında zamanaşımını incelenmeden zamanaşımının hukuki niteliği incelenmiştir. Sorumluluk davasında zamanaşımı Türk Ticaret Kanunu madde 560 hükmünde düzenlenmiş olup bu düzenleme uyarınca kısa ve uzun zamanaşımı süreleri ve bu sürelerin başlangıç noktaları irdelenecek, Türk Ceza Kanunu hükümlerinin zamanaşımı yönünden uygulanması ve son olarak da rücu davasında zamanaşımı doktrindeki görüşler ve içtihatlar doğrultunda çalışma kapsamında incelenmiştir.

1. ZAMANAŞIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanunda düzenlenmiş olan bir sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu hem davalı hem de davacı tarafça önem arz eden bir konudur.

Zamanaşımı bir kesin def'i olup taraflarca ileri sürülmesi gerekir, hâkim re' sen nazara almaz. Hak düşürücü süre ise hâkim tarafından re' sen nazara alınır ve hak düşürücü süre dolduktan sonra o hak ilgili kişilere veya yargı merciine karşı ileri sürülemez.

1.1. Zamanaşımı Nedir

Zamanaşımı, var olan bir hakkın belirli süre zarfında kullanılmamasından dolayı o hakkın istenebilmesini yani dava edilebilmesini ortadan kaldırmaktadır. Zamanaşımının dolması yalnızca hakkın istenebilmesini ortadan kaldırdığın hakkın varlığı devam etmekte, kendiliğinden sona ermemektedir. Borcun kendiliğinden sona ermeyip dava edilebilir

niteliğinin ortadan kalkması halinde söz konusu borç eksik borç haline dönüşmektedir. Zamanaşımı borçluya def'i hakkı yani borcu ödemekten kaçınma hakkı tanımaktadır.[1]

Sorumluluk davası zamanaşımı süresi dolduğu vakit sorumluluk davası açılırsa davalı tarafça zamanaşımı def'i cevap dilekçesinde davalı tarafça ileri sürülebilecektir. Eğer ki cevap dilekçesinde ileri sürülmemişse ıslah yolu ile zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Zamanaşımı def'i her ne kadar davalı tarafça ileri sürülmesi gerekiyorsa da zamanaşımının başlangıç süresinin ispatı davacıdadır. Yani, davacı zararı ve sorumlu kişiyi öğrendiği tarihi veya zarar verici hareketin yapıldığı tarihi ispat yükü altındadır.

1.2. TTK m.6 Kapsamında Zamanaşımı

Zamanaşımına ilişkin genel kural TTK m.6[2] hükmünde '' ...kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.'' şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre zamanaşımı sürelerinin ancak kanunda izin verilmesi halinde değiştirilebileceği belirtilmiştir. TTK m.560 hükmünde ise sorumluluk davasına ilişkin zamanaşımı süreleri açık bir şekilde düzenlenmiş ve bu sürelerin değiştirilebileceğine ilişkin bir ibare olmadığından zamanaşımı süresi sözleşme ile değiştirilemez.

1.1. Zamanaşımının Kesilmesi ve Zamanaşımının Durması

Yönetim kurulunun sorumluluğu davasına ilişkin zamanaşımı durduran ve kesen nedenler TTK hükümlerinde düzenlenmediğinden Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

1.1.1. Zamanaşımının Kesilmesi

Zamanaşımının kesilmesi ile yeni bir süre işlemeye başlar. Zamanaşımının kesilmesi TBK 154- 157. hükümlerde düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri için müteselsil sorumluluk mevcut olduğundan üyelerden biri için kesilen zamanaşımı diğerleri için de kesilmiş sayılacaktır. Zamanaşımının kesilmesine örnek olarak ikrar, mahkemeye başvurma ve icra takibi başlatılması örnek verilebilir. İcra takibinin zamanaşımını keseceğine ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin verdiği kararda[3] icra ta-

1 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2019/327 E., 2019/1072 K., 17.10.2019 T. Karar, (Erişim Tarihi: 26.11.2021) https://l24.im/2Nj6E.

2 **I - Zamanaşımı**
MADDE 6- (1) Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez

3 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004/1770 E., 2004/11060 K., 09.11.2004 Tarihli karar.

kibi başlatılabilmesi için gerekli harçların ödendiği tarihte Borçlar Hukuku hükümlerince alacağın takip konusu kısmı kadar için zamanaşımının kesileceği belirtilmiştir.

Şirket alacaklısının, yönetim kurulunun sorumluluğuna ve zararının tazmini yoluna gitmek istiyorsa bu istemi TTK 556 hükmü uyarınca ilk önce iflas idaresine ileri sürülmeli, aksi halde yani iflas idaresince ileri sürülmediği halde şirket alacaklıları kendileri dava yoluna başvurabileceklerdir. Alacaklının zararı ve sorumluyu öğrenmesiyle veya zarar verici fiilin yapılmasıyla başlayacak olan zamanaşımı süresi, alacaklının yetkili iflas organı olan iflas idaresine sorumluluk davasının açılması için başvurması ile kesilecektir. İflas idaresi sorumluluk davasını açma talebini reddederse süre yeniden başlayacak ve alacaklı yeni başlayan süre içerisinde kendisi dava açabilecektir.

1.1.2. Zamanaşımının Durması

Zamanaşımının durması halinde ise süre olduğu yerde kalır, zamanaşımını durduran nedenin ortadan kalkması halinde yeni süre başlamaz, yani süre kaldığı yerden devam eder. Zamanaşımının durması hali TBK m.153' te; eşlerin birbirinden alacakları, alacağı Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmaması ve alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi gibi haller yedi bent olarak sayılmıştır. Bu haller içerisinde yönetim kurulu üyeliği sıfatının bulunması zamanaşımını durduran bir sebep olarak sayılmamıştır. Bu hükmün İtalyan Hukuku ile paralel bir düzenleme olması açısından öğretide, yönetim kurulu üyelerinin görev süresi boyunca zamanaşımının işlememesi yönünde bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

1. SORUMLULUK DAVASINDA ZAMANAŞIMI

TTK'nın onbirinci bölümünde hukuki sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Sayılan sorumluluk hallerinden m. 549, 550, 551 ve 552 özel sorumluluk halleri olup m.553 genel sorumluluk hali teşkil etmektedir. Sorumluluğun gayesi yönetim kurulu üyelerinin ve kanunda sayılan diğer sorumlu kişilerin şirket çıkarlarına uygun olarak görevlerini icra etmesini sağlamaktır.

Yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilmesi için kanunda öngörülen şartların oluşması gerekmektedir. Sorumluluk şartları genel olarak, kanunun veya anasözleşmenin öngördüğü bir yükümlülüğe aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olarak sayılabilir[4].

4 **BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2020, Sayfa 395.

Ayrıca belirtmek gerekir ki sorumluluk davası TTK'da özel olarak düzenlendiğinden bir mutlak ticari dava niteliğindedir. Bu sebeple görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmakla birlikte asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı hallerde asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla yargılama yapacaktır. Yetkili mahkeme ise şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir[5] ve TTK m.561 hükmünde düzenlenmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin kusurlarıyla verdikleri zararlar doğrultusunda asliye ticaret mahkemesinde açılacak sorumluluk davasında davacı taraf, oluşan zararının tazmin edilmesini talep etmektedir. Zarar gören tarafa tanınan bu dava hakkı sınırsız süreli bir hak olmayıp kanunda öngörülen süreler çerçevesinde, yani zamanaşımı dolmadan kullanılabilmektedir. Dava hakkının zamanaşımına uğraması tıpkı ibra gibi dava hakkını sona erdiren hallerden biridir. Bu sebeple sorumluluk davasında zamanaşımı süresi büyük bir mahiyete sahiptir. Zamanaşımı süresinin dolduğu davalı tarafça def'i olarak ileri sürüldüğünde mahkeme bu def'i hakkında değerlendirme yapmalı, aksi halde, yani zamanaşımının dolup dolmadığı tartışılmadan karar verilmesi halinde, bu durum bozma sebebi yapılmıştır[6] .

1.1. Eski TTK 309. Madde Kapsamında Zamanaşımı

Eski TTK'da zamanaşımına ilişkin hüküm m.309/4'te bulunmaktadır. Bu hükümde 2 yıllık, 5 yıllık ve TCK' ya göre zamanaşımı süreleri 6102 Sayılı TTK ile paraleldir. Bu sebeple zamanaşımına ilişkin Yargıtay kararları da eski kanun döneminde olduğu gibi aynı doğrultuda devam etmektedir[7].

Buna karşılık ETTK, şirketin davacı olması halini zamanaşımı hükmünde düzenlenmediği için doktrinde tartışmalar söz konusuydu. Baskın görüş şirketin davacı olması halinde de 309. maddenin kullanılması yönünde iken azınlıkta kalan görüş şirketin davacı olması halinde genel zamanaşımı hük-

5 **MADDE 561-** (1) Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir.

6 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014/17724 E., 2015/6794 K., 12.05.2015 Tarihli karar** " zamanaşımı süresinin hangi aşamada dolduğu karar yerinde detaylıca tartışıldıktan sonra sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir. ', (ET 26.11.2021), https://l24.im/uQa0 .

7 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2016/7737 E., 2018/1376 K., 22.02.2018 Tarihli karar** ''…sorumlu olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran eylemin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar…", (ET 26.11.2021), https://l24.im/QWM ._

münün uygulanması taraftarıdır. 6102 S. Kanun ile bu tartışmaya son verilmiş bulunulmaktadır. Yapılan yeni düzenleme ile kanun maddesinin kapsamına şirketler de eklenmiş ve doktrindeki bu tartışmaya nokta konulmuştur.

1.2. **TTK 560. Madde Kapsamında Zamanaşımı**

Sorumluluk davasında zamanaşımını düzenleyen hüküm TTK m.560 hükmüdür. TTK m.560 zamanaşımına ilişkin özel hüküm niteliği taşıdığından TBK' daki genel hükümler kullanılmamaktadır[8]. Bu maddeye göre; iki yıllık, beş yıllık ve TCK'ya göre zamanaşımı süreleri mevcut olmakla birlikte bu sürelerin başlangıç noktaları birbirinden farklıdır.

1.2.1. İki Yıllık Zamanaşımı

Kanun hükmü kısa zamanaşımı süresini iki yıl olarak belirlemiştir. Bu sürenin başlangıcı davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihtir. Kanun iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı için hem zararın öğrenilmesini hem de sorumlunun öğrenilmesini birlikte aramıştır. Yani davacı yalnızca zararı öğrenirse veya yalnızca sorumluyu öğrenirse iki yıllık zamanaşımı süresi başlamayacaktır.

Zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden kastın ne olduğu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı[9] ile de ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Bu karar doğrultusunda zararın öğrenilmesi için zararın kapsamının, unsurlarının, zararın sona erip ermediğinin ve zarar verici fiilin devam edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararda[10] zarar verici eylemin davalı ortaklar tarafından aynı iş sahasında yeni bir şirket kurulması olduğu belirtilmiştir. İlk derece mahkemesi ise zarar verici eylemi dava konusu şirketin feshinin ve tasfiyesinin istenmesi olarak belirterek zarar verici eylemin 1995 yılında açılan fesih ve tasfiye davası olduğu ve zararın bu tarihte öğrenildiğinden bahisle 2002 yılında açılan sorumluluk davası açısından zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtmiş ve davanın reddine

---

8 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/9101 E., 2016/1571 K., 16.02.2016 Tarihli karar** "... 2 sayılı TT 'nın 303 ve 309. maddelerine dayalı olarak şirket yöneticileri ... aleyhine açılan sorumluluk davasında, 309. madde hükmü tatbik olunur. Özel hüküm niteliği taşıyan 309. maddenin son fıkrasında yazılı üç türlü zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Sorumlu olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran eylemin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar..." , (ET 26.11.2021), https://l24.im/QRe .

9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2019/327 E., 2019/1072 K., 17.10.2019 T. karar, (ET 26.11.2021) https://l24.im/NkB1T .

10 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004/1 E., 2004/9872 K., 30.09.2004 T. karar. (ET:06.12.2021).

karar vermiştir. Davacı tarafça temyiz yoluna başvurulması üzerine fesih ve tasfiyeye ilişkin dava 1995 yılında açılmış ve karar da her ne kadar 23.02.1999 yılında verilmiş olsa da davalı ortaklar tarafından şirketin zararını doğuran eylem olan aynı iş sahasında başkaca şirketlerin kurulması eylemi davanın açılmasından sonra da devam ettiğinden davacı yönünden öğrenilmiş bir zararın söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple zamanaşımı süresinin başlamadığı ve dolayısıyla ilk derece mahkemesinin zamanaşımının dolması sebebiyle davayı reddetmesi Yargıtay tarafından kararın bozulmasını gerektirmiştir.

Zararın öğrenilmesinin yanında sorumlunun da öğrenilmesi iki yıllık zamanaşımının başlaması için önem teşkil etmektedir. Aynı sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için sorumlunun da öğrenilmesi gerekmektedir. Sorumlu öğrenilmemişse iki yıllık zamanaşımı süresi başlamayacaktır. Eğer ki; birden fazla kişinin sorumlu olma hali söz konusu ise sorumluların tümünün öğrenilmesine gerek yoktur, iki yıllık zamanaşımı yalnızca sorumluluğu öğrenilen yönetim kurulu üyeleri açısından işlemeye başlayacaktır.

1.2.2. Beş Yıllık Zamanaşımı

TTK m.560 hükmü uzun zamanaşımı süresini 5 yıl olarak belirlemiştir. Bu sürenin başlangıcı iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcından farklıdır. Şöyle ki; beş yıllık zamanaşımı zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren başlamaktadır. Yani iki yıllık zamanaşımında zararın ve sorumlunun öğrenilmesi şeklinde iki şart bir arada aranırken beş yıllık zamanaşımında yalnızca tek şart aranmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki beş yıllık zamanaşımında fiilin meydana geldiği gün kabul edilirken, iki yıllık zamanaşımında öğrenilme aranmıştır. Bununla ilgili olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararda[11] beş yıllık zamanaşımı süresinin zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlamadığını, ilk derece mahkemesinin hatalı kararı dolayısıyla belirtmiştir.

11 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/15493 E., 2016/9413 K., 8.12.2016 Tarihli karar** *'' TTK'nın 337. maddesine istinaden sorumlu tutulmak istenen davalılar açısından da zamanaşımının gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu suretle; 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece davanın TTK'nın 309. maddesinde düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu sürenin zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği, davacı yan açısından zararın öğrenildiği tarih denetim kurulu raporunun düzenlendiği 31.10.2006 tarihi olduğundan bu tarihten dava tarihine kadar 5 yıllık zamanaşımı süresinin henüz geçmediği gerekçesiyle davalıların zamanaşımı itirazı yerinde görülmeyerek davanın esastan incelenmesine geçilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeplerle bozulması gerekmiştir.'',* (ET 26.11.2021), https://l24.im/DfA.

1.2.3. Ceza Kanununa Göre Zamanaşımı

TTK 560 hükmünün ilk fıkrasının son cümlesinde sorumluluk davasına ilişkin bir zamanaşımı süresi daha düzenlemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu düzenlemenin uygulamada nasıl kullanıldığını şüpheye yer bırakmayacak şekilde net olarak açıklamıştır.

''... ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı süresinin, tazminat davası için de geçerli olabilmesinin, sadece fiilin ceza kanununa göre "cezayı gerektiren bir fiil" olmasının yeterli olması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. 6762 sayılı TTK'nın 309/4. maddesinde, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sadece fiilin cezayı gerektirmesi yeterli görülmekte, bunun dışında, fiili gerçekleştiren hakkında soruşturma yapılması ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da ceza davası açılmış olması veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı koşulu aranmamaktadır.

Bundan başka fiilin kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç teşkil edip etmemesi de önemli değildir. Zira bu husus, ceza davasının açılabilmesinin bir şartıdır. Bu bakımdan şikâyet süresinin geçirilmesinden ötürü, ceza davasının açılamamış olması, bu davaya ilişkin zamanaşımı süresinin, tazminat davasına uygulanmasına engel değildir.[12]''

Yalnızca cezayı gerektiren fiilin aranması, soruşturma yapılmasına veya ceza davasının açılmış olmasına gerek olunmamasına ilişkin uygulamada Türk hukuku ve İsviçre hukuku paraleldir. Ancak *Çamoğlu'na* göre ceza davasının açılmış olması hatta davanın kesinleşmiş olması şartının olmasını daha uygun bulmuştur. Aksi halde hukuk mahkemeleri hakimlerinin fiilin cezayı gerektiren nitelikte bir fiil olup olmadığını ön sorun olarak incelemek durumunda kalacak bunu da hukuk mahkemesi hakimlerinden beklemek doğru olmayacaktır.

TTK'nın TCK'ya yaptığı atıf dolayısıyla TCK'daki zamanaşımı süreleri incelenmelidir. Dava zamanaşımı TCK m.66/1[13]'de düzenlenmiştir. Bu hükümdeki süreler TTK 560 hükmündeki iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinden daha uzundur.

---

12 **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2019/327 E., 2019/1072 K., 17.10.2019 Tarihli karar, (**ET 26.11.2021), https://l24.im/TPXRl9 .

13 **Dava zamanaşımı Madde 66-** (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer.

TCK'da düzenlenen zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı konusunda ise aynı kanun maddesinin 6. Fıkrasında düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, kesintisiz suçlarda ise kesintinin gerçekleştiği günden itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere zarar verici hareket-te kesinti meydana gelmezse zamanaşımı süresi başlamayacaktır.

Bu hükümler ve Hukuk Genel Kurulu Kararı göz önüne alındığında ceza zamanaşımından yararlanmak için soruşturma başlatılmasına gerek olmadığı, zamanaşımı süresinin suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başladığı ve TTK hükümlerinden daha uzun zamanaşımı süresi düzenlendiği anlaşılmaktadır.

1.3. Pay Sahipleri ve Şirket Alacaklıların Zararı Halinde Zamanaşımı

TTK m.553'te *"hem şirkete, hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar"* denilmesi ve m.555'te şirketin zararının tazmininden söz edilmesi karşısında, yalnızca şirketin değil, doğrudan pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zarara uğrama olasılığının da gözetildiği sonucuna varmak gerekir[14]. Pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da davacı olması açısından kanunun ilgili maddelerinde farklı düzenlemeler bulunduğundan zamanaşımı konusu bu iki davacı açısından farklı olacaktır.

1.3.1. Pay Sahiplerinin Zararı Halinde Zamanaşımı

Şirket pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasına yönelik düzenleme TTK 555 hükmünde bulunmaktadır. Burada pay sahipleri kanun maddesinin başlığı dolayısıyla şirketin zararının tazminini şirkete ödenmesini isteyebilecektir. Şirketin uğradığı zarar dolayısıyla şirket pay sahiplerinin zarara uğraması pay sahiplerinin dolayısıyla zararının oluştuğunu göstermektedir. TTK m.1534 uyarınca kanun başlıkları metne dahil olduğundan ve 555. hükmün başlığı "Şirketin zararı" olduğundan pay sahibinin dolayısıyla zararı hali düzenlemiştir. Pay sahibinin bu şekilde zarara uğraması halinde sorumluluk davası için TTK m.560'ta öngörülen zamanaşımı süresi uygulanacağı düşünülse de ticaret hukukunun kaynaklarından biri olan TBK hükümlerine bakıldığında m.147/4[15] hükmünde ortaklıktan kaynaklanan alacakların zamanaşımının beş yıl

14 **TEKİNALP**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, Numara 16-85 vd.

15 **Türk Borçlar Kanunu m.147/4** *"Bir ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar."*.

olduğu görülecektir. Bu durum da uygulamada TTK 560 hükmündeki iki yıllık sürenin mi yoksa TBK 147/4 hükmündeki beş yıllık sürenin mi uygulanacağı konusunda bir nevi belirsizlik söz konusudur. Bu durumda öncelikli olarak TTK' nın TBK' ya göre özel kanun olduğu ve sorumluluk davası için öngörülmüş zamanaşımı süresinin TBK 147/4'e göre özel hüküm olduğu unutulmamalıdır. Uygulamada, konu yönünden iki maddenin de kapsamına giren bir somut olayda TTK 560 hükmünün uygulanması ancak başka bir olayda da TTK 560'ın kapsamına girmiyorsa TBK 147/4 hükmünün uygulanması gerekecektir. Bu noktada da iki kanun hükmünün kapmasını belirlemek söz konusu olacaktır. Bu iki hüküm incelendiğinde görülecektir ki müdürler, temsilciler ve denetçiler iki hükümde de bulunmaktadır. Bir pay sahibinin yönetim kurulundaki üyeye sorumluluk davası açması açısından da her iki kanun maddesinin kapsamına girmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda açılacak dava özel hüküm niteliği sebebiyle TTK 560 hükmündeki zamanaşımı süresine göre açılacaktır. TTK 560 düzenlemesinin kapsamı dışında kalan ancak TBK m.147/4'te düzenlenen ortakların birbirine karşı açacakları davalarda ise TBK hükmü uygulanacaktır. Buna örnek olarak şirket pay sahiplerinin doğrudan uğradıkları zarar verilebilir. 555. hükümde şirketin doğrudan zararı dolayısıyla şirket pay sahibinin dolayısıyla zarara uğraması düzenlenmiş yani pay sahibinin doğrudan uğradığı zarar düzenlenmemiştir. Bu sebeple TTK 555 kapsamına girmediğinden TBK 147/4 hükmünce beş yıllık zamanaşımına tabii olur.

1.3.2. Şirket Alacaklıların Zararı Halinde Zamanaşımı

Şirket alacaklılarının sorumluluk davası açabilmesi için öncelikle şirketin iflas etmiş olması gerekmektedir. Şirketin iflas etmesiyle birlikte kurulacak iflas idaresince de şirket alacaklılarının sorumluluk davası açılması talebinin ileri sürülmüş olması gerekmektedir. İflas idaresi dava açılma talebini kabul edebileceği gibi reddedebilecektir de. İflas idaresi dava talebini kabul ederse şirket alacaklısının dava açmasına gerek kalmayacak, yok eğer iflas idaresi kabul etmezse şirket alacaklıları açacakları sorumluluk davası ile tazminatın şirkete ödenmesini kendileri talep edebileceklerdir. Kanun koyucunun şirket alacaklıları için böyle bir düzenleme öngörmesinin arkasında yatan sebep İcra İflas Kanunu ve TTK hükümlerine bütüncül bir şekilde bakıldığında şirketin iflas etmemiş olduğu hallerde şirketin aktifinin pasifinden daha fazla olduğunu ve dolayısıyla şirketin, şirket alacaklılarının alacaklarını ödeme gücünü kaybetmemiş olması olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki İİK 345/a hükmüne göre sermaye şirketlerindeki idare ve temsille görevli kişiler veya tasfiye memurları şirketin mevcudunun borçları karşılamadığı hallerde şirketin

iflasını talep etmek zorundadır. Aksi halde şirket alacaklılarının şikayet hakkı bulunmaktadır. Anonim şirket de bir sermaye şirketi olduğundan idare ve temsille görevli kişilerin, şirketin borca batık olması halinde şirketin iflasını istemesi zorunludur. Kanun koyucu bunu zorunlu tuttuğundan alacaklının alacağına kavuşamaması durumunda şirketin zaten iflas halinde oluğunu varsaymıştır ve şirket alacaklıları için iflas hali dışında sorumluluk davası açılması imkanı tanımamıştır.

Buna ek olarak şirket tüzel kişiliği iflas etmemişse, alacaklılar ilk olarak icra takibi yapacaktır. Yapılan icra takibi ile alacaklı alacağına kavuşamıyor ve şirketin mevcudunun borçları karşılamadığı anlaşılıyorsa yani şirket borca batık haldeyse idare ve temsille görevlendirilmiş kişilerin veya tasfiye memurlarının şirketin iflasını istemesi gerekmektedir. Bununla birlikte alacaklı da İİK çerçevesinde şirketin iflasını isteyebilmektedir. Alacaklının asliye ticaret mahkemesinden şirketin iflasını istemesi, sorumluluk davasının açılması açısından zamanaşımının kesilmesine örnek oluşturmaktadır. Asliye ticaret mahkemesinin şirketin iflasına karar vermesi halinde zamanaşımı en baştan işlemeye başlayacak ve alacaklı öncelikli olarak iflas idaresine başvuracaktır. İflas kararı vermemesi halinde ise şirket alacaklıları sorumluluk davasını açamayacaktır. Bununla ilgili olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2015/15190 Esas sayılı kararında[16] davacı vekili kısaca, şirketten işçilik alacakları olan müvekkillerinin icra takibi yolu ile alacaklarına kavuşamadıklarını, şirket ortakları ve yetkili müdürlerinin sorumlu olduğunu ve bu kişilerin kasıtlı olarak şirketi borca batık hale getirdiklerini beyan etmiştir. Mahkeme TTK 556 hükmünce kararını oluşturmuş ve ancak şirketin iflas etmesi halinde zararın şirkete ödenmesine karar verilebileceği somut olayda ise şirketin iflasına karar verilmediğinden sorumluluk davasını reddetmiştir.

2. RÜCU DAVASI VE ZAMANAŞIMI

Rücu davası, yönetim kurulunun kendi iç ilişkisinden kaynaklanan bir dava olup dış ilişkide yani zararı doğan davacı şirket, pay sahipleri veya şirket alacaklıları için önem teşkil etmeyen bir davadır. Yönetim kurulu üyesi kendi payına düşenden daha fazla bir miktarı tazmin etmişse, bu yönetim kurulu üyesinin ilgili kişiden bu fazlalığın kendisine geri ödenmesini talep ettiği davadır.

Rücu davası, sorumluluk davasından ayrı bir dava olduğu için rücu davasına ilişkin zamanaşımı süresi sorumluluk davası için öngörülen zamanaşımı süresinden farklıdır.

16 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/15190 E., 2017/2684 K., 08.05.2017 Tarihli karar (ET: 9.11.2021).

2.1. Rücu Davası

Rücu davası, sorumluluk davası dolayısıyla sorumlu tutulmuş yönetim kurulu üyelerinden bir ya da birkaçının kendi kusuru oranında sorumlu tutulduğu miktardan fazlasını ödemesi halinde söz konusu olacaktır. Eğer ki, yönetim kurulu üyesi kendi payına düşenden daha fazla bir miktarı ödemişse, rücu davası ile davalıdan yani kendi payını ödemeyen veya eksik ödeyen yönetim kurulu üyesinden, yaptığı fazla ödemeyi talep etmektedir.

2.2. TTK 557 Hükmüne Göre Rücu

TTK m.557 hükmüne göre birden çok kişi aynı zarardan sorumluysa müteselsilen birlikte sorumlu olunduğu düzenlenmiştir. Müteselsil sorumluluğun düzenlendiği ilk fıkra dış ilişkiden müteselsil sorumluluk halidir. Sorumluluğun müteselsil olması yönünden ETTK ve TTK' da iki farklı ayrıma gidilmiştir: mutlak teselsül ve farklılaştırılmış teselsül. 6762 sayılı ETTK m.336 hükmü, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, kanun veya esas sözleşmeye göre kendilerine verilen vazifeleri, kasten veya ihmal neticesinde ihlal etmeleri durumunda, meydana gelen zarardan kusurlarının derecesi incelenmeksizin anonim şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu oluyorlardı. Buradaki teselsül, mutlak veya tam teselsüldür. Yani yönetim kurulu üyelerinin her birinin meydana gelen zarardan ağır veya hafif kusur gibi bir kusur derecesi incelenmeksizin, zararın tamamından sorumlu oldukları kabul edilmekteydi[17]. 6102 sayılı TTK m. 557'de ise eski Kanunun benimsediği sistem terk edilerek ve "farklılaştırılmış teselsül" sistemi kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, yönetim kurulu üyelerinin zararın ortaya çıkmasında sebebiyet verdikleri oran, mahkemece tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınacaktır[18]. TTK 557/1 hükmüne göre dış ilişkide borcun tamamından sorumlu olan yönetim kurulu üyeleri TTK m.557/3 hükmünce hakim tarafından belirlenecek iç ilişkideki orandan fazla ödeme yapılmışsa bu fazla ödeme ilgili kişilerden talep edilebilecektir.

2.3. TTK 371 Hükmüne Göre Rücu

TTK m.371/1' de şirketi temsile yetkili olan kişilerin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemlerde bulunurlarsa şirketin bu kişilere karşı rücu hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Burada temsile yetkili kişinin aykırı iş-

17 **BALABAN**, Mahmut Furkan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 63.

18 **KILIÇ**, Duygu Oktay, Anonim Sirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2016, s. 77.

lemlerde bulunması dolayısıyla şirket üçüncü bir kişinin zararını tazmin etmek zorunda kalmış ve şirket, temsilcinin bu davranışı dolayısıyla rücu talebinde bulunmaktadır.

Yine benzer şekilde TTK 371/5 hükmünde temsile ve yönetime yetkili kişilerin haksız fiillerinden dolayı şirketin rücu hakkı düzenlenmiştir. Burada kanun hükmünde açıkça kanun ve esas sözleşmeye aykırılık aranmamış ancak haksız fiil sorumluluğuna atıfta bulunulmuştur.

Görüleceği üzere TTK 371 hükmü şirketin rücu istemini düzenlemektedir. Bu hükümde rücu talebinde bulunan şirket tüzel kişiliği, rücu borçlusu ise kanuna ve esas sözleşmeye aykırı davranan temsilci veya haksız fiilde bulunan temsile ve yönetime yetkili kişidir. Sorumluluk davasında ise farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde belirlenen kusur oranlarına göre tazminatı ödemeyen veya eksik ödeyen yönetim kurulu üyesi rücu borçlusu iken rücu alacaklısı kendi payına düşenden fazlasını ödeyen yönetim kurulu üyesidir.

2.4. Rücu Alacağında Zamanaşımı

Rücu davasında zamanaşımı ise TTK hükümlerinde bir düzenleme mevcut olmadığından Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. TBK m.73 rücu istemini düzenlemiştir. Söz konusu hükümde iki yıllık ve on yıllık zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir.

İki yıllık zamanaşımı süresi tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihte başlar. Burada kanun hükmü TTK m.560 hükmü gibi iki şartın bir arada olmasını aramıştır.

Daha uzun olan genel zamanaşımı ise, kendi payına düşen tazminattan daha fazlasının davacıya ödenmesinden itibaren başlar ve on yıldır[19]. Burada ödeme tarihi dikkate alınmışken TTK 560 hükmündeki uzun zamanaşımı süresi olan beş yıllık zamanaşımı zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren başlamaktadır.

TBK 73. hükmün ikinci fıkrasında bildirim yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Şöyle ki; sorumluluk açısından müteselsil sorumluluk söz konusu olduğundan zararının tazmin edilmesini isteyen kişi müteselsil sorumlulardan birinden talepte bulunabileceği gibi tamamından da talepte bulunabilir. İşte alacaklının müteselsil sorumlulardan birine başvurması halinde bu kişi diğer sorumlulara durumu bildirme yükü altındadır. Mad-

19 **KOÇ**, Himmet, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Araştırma Makalesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 3, S. 1, 2020.

denin gerekçesinde belirtildiği üzere bu kişi bildirim yükümünü yerine getirmezse dürüstlük kuralı çerçevesinde bildirim yapılacağı tarih tespit edilir ve zamanaşımı bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu durumda ilk fıkrada öngörülen tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesinden itibaren veya her halde tazminatın tamamının ödenmesinden itibaren zamanaşımı süresi başlamayacaktır, bildirimin yapılması gereken tarih zamanaşımının başlangıç noktası olacaktır.

SONUÇ

TTK m.553'te yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu anlatılmış bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerin hukuki sorumluluğu için kanun veya esas sözleşmeye aykırılık, zarar, kusur ve zarar ile kusur arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

Şirket, Pay sahibi veya şirket alacaklıları yönetim kurulu üyelerinin zarardan sorumlu oldukları düşünce ve kanaatinde iseler sorumluluk davası açılmadır. Davada görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi, yetkili mahkeme ise şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Açılacak sorumluluk davasında zamanaşımı süresi önemli bir konudur. TTK m.560 hükmünde öngörülen sürelerin dolması halinde hakkın istenmesi ortadan kalkacaktır, hakkın kendisi doğrudan ortadan kalkmaz. Zamanaşımının dolduğunu hakim ex officio değerlendirmez, davalı tarafça ileri sürülmesi gerekmektedir. Kanunda üç tür zamanaşımı süresi düzenlenmiş olmakla birlikte bunların başlangıç noktaları birbirinden farklıdır. 2 yıllık, 5 yıllık ve TCK hükümlerince zamanaşımı söz konusudur. 2 yıllık kısa zamanaşımı süresinin başlangıcı zararın ve sorumlunun öğrenilmesi ile başlamakta iken 5 yıllık zamanaşımı zarar verici fiilin yapılmasından itibaren başlamaktadır. Ceza zamanaşımında ise soruşturma açılmış olmasına bakılmaksızın suçun işlendiği tarihten itibaren başlamaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin, temsil veya yönetimle sorumlu olan üçüncü kişilerin verdiği zararları tazmin etmesi sonucunda kendi payına düşenden daha fazla ödeme yapması halinde rücu davası açma hakkı gündeme gelecektir. Bu davanın zamanaşımı süreleri TTK hükümlerinde düzenlenmediğinden TBK 73 hükmü uygulanarak 2 yıllık ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri olaya uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- ARI, Zekeriya, Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılabilecekleri Davalarda Zamanaşımı.

- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2020.
- BALABAN, Mahmut Furkan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- BULUT, Ali, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukui Sorumluluk Davasında Taraflar, İzmir, 2017.
- CEYHUN CAMUZCU, Nesibe, Anonim Sirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2020.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007.
- GEÇİM, Onur Güvenç, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Şirketin Zararı ve Sorumluluk Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2016.
- GİRAY,R.Eda, Anonim Şirketlerde Kuruluştan Doğan Hukuki Sorumluluk.
- GİRAY,R.Eda / AKTEPE,Sezin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008 s. 137-156.
- KAPLAN, İbrahim, 6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Sirkete, Ortaklara ve Sirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu.
- KILIÇ, Duygu Oktay, Anonim Sirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2016.
- KIRKAN, Merve, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2013.
- KOÇ, Himmet, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Araştırma Makalesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 3, S. 1, 2020.
- OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÖTLEGEN, Mehmet Zülfü, Anonim Otaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Sona Erdiren Nedenlerden İbra Ve Zamanaşımı, Ankara, 2003.
- ÖZBOYACI, Alper, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması .
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013.v
- Elektronik Kaynaklar:
- Dergi Park
- Hukuk Türk
- Jurix
- Legal Bank (Mevzuat)
- Lexpera
- Turcademy

FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATININ, YAPILAN TAKDİRİ İNDİRİMİN VE YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN KARARININ İNCELENMESİ

Av. Mihriban AVCI

Kararın Özeti:

1. Fazla çalışmanın hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle hakkaniyet indirimi uygulanacaktır.

2. Fazla çalışma ücretinden yapılan %10 hakkaniyet indirimi az olup, daha yüksek oranda ve hakların özünü etkilemeyecek şekilde hakkaniyet indirimi yapılması gerekmektedir.

Dava: Davacı, kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalılardan ..... İle avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkili davacı işçinin iş akdinin haksız ve bildirimsiz feshedildiğini, fazla mesai yapmasına rağmen karşılığı olan ücretlerin ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti alacaklarının davalılardan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekilleri cevap dilekçelerinde özetle; ayrı ayrı davanın reddini talep etmişlerdir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Yerel Mahkemece; davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı....., ... vekilleri yasal süresi içerisinde temyiz etmişlerdir.

E) Gerekçe:

1-.....Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalılardan ..... ve nin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Somut olayda; davacı işçinin fazla çalışma ücreti isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

3- Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda takdiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Bu indirimin istenen yıllık ücretli izin, mazeret izni, tatil günü izinleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. ( ). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44 üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine

karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Yerel mahkemece gerekçesi de açıklanmadan davacının hesaplanan fazla çalışma alacağından yapılan % 10 oranındaki takdiri indirim az olup, daha yüksek oranda ve hakların özünü etkilemeyecek şekilde indirim uygulanması için kararın bozulması gerekmiştir.

4- Hükmedilen fazla çalışma alacağının nete çevrilmesi sırasında, primi ile işsizlik priminin düşülmemesi de hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 15.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. www.legalbank.net

KARARIN İNCELENMESİ

I. GİRİŞ

Uygulamada işçinin işçilik alacakları davasında fazla çalışma alacaklarının da önemli bir alacak kalemini oluşturduğu görülmektedir. Her ne kadar FÇY m. 10 ile fazla çalışma ücretinin normal çalışma ücreti ile ödeneceği düzenlenmiş ise de uygulamada işçilerin fazla çalışma ücretlerini iş ilişkisinin sonlanması ile birlikte işverene karşı açtıkları dava ile talep ettikleri görülmektedir. Bu sebeple geçmiş dönemde fazla çalışma yapıldığının ispat edilmesi hususu önem arz etmektedir. Yine benzer şekilde uygulamada işverenin işçinin fazla çalışma yaptığına dair belgeleri düzgün tutmaması, bordroda fazla çalışmaya ilişkin bilgilerin doğru verilmemesi gibi sebeplerle fazla çalışmanın tespiti güçleşmektedir[1].

İşçi bakımından fazla çalışma yaptığının işveren bakımından ise fazla çalışma karşılığı olan zamlı ücreti ya da 4857 sayılı kanun ile kabul edilen serbest zaman verdiğinin ispatı birtakım farklılıklar göstermektedir. Fazla çalışmanın ispatı bakımından bordrolar, tanık beyanları, işin ve işçinin niteliği, işyerinin çalışma düzeni özellik arz etmektedir.

Yargıtay istikrarlı bir şekilde fazla çalışmalara takdiri indirim uygulamakta ve fazla çalışmanın *"hayatın olağan akışına aykırı olması"*, *"insan doğasına aykırı olması"* gibi gerekçelerle bir kısım fazla çalışma talep-

1 EYRENCİ, Öner, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2011, s.473.

lerini reddetmektedir[2]. Yargıtay'ın "formül gerekçe" şeklinde uyguladığı hakkaniyet indiriminin her olayda kural şeklinde uygulanması doktrin tarafından eleştirilmektedir[3]. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiş hakkaniyet indirimi uygulaması işçinin fazla çalışma yaptığını takdiri deliller ile ortaya koyması durumunda söz konusu olmaktadır. Fazla çalışmanın ispatı bahsi ile fazla çalışmaya uygulanan hakkaniyet

Yukarıda tam metnine yer verilen karar incelenirken öncelikle fazla çalışmanın ispatı konusu ele alınmış ardından Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması olan fazla çalışmaya uygulanan *"hakkaniyet indirimi"* anlatılmıştır. Fazla çalışmanın ispatı bakımından ise öncelikle fazla ve fazla sürelerle çalışma kavramları kısaca anlatılmış ardından işçi ve işverene düşen ispat yükü ortaya konulmuştur. İspat bakımından özellik arz eden bordrolar, üzerinde işçinin imzasının olup olmaması, fazla çalışma sütununun olup olmaması vs. gibi özellikleri bakımından ilgili Yargıtay kararları ile açıklanmıştır. Bununla birlikte sadece işçinin başvurabileceği tanık delili husumetli olup olmaması, işyerinin çalışma düzenini bilebilecek durumda olmaması gibi özellikleri ile ortaya konulmuştur. İspat bahsinin ardından Yargıtay'ın *"hakkaniyet indirimi"* uygulaması hem Yargıtay kararları ile hem de doktrindeki görüşler ile birlikte açıklanmış, fazla çalışmaya uygulanan indirim oranlarına yer verilmiş ve böylelikle yukarıda yer verilen Yargıtay kararı incelenmeye çalışılmıştır.

II. UYUŞMAZLIK VE YARGI MERCİLERİNİN BENİMSEDİĞİ ÇÖZÜ

İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2016, E.2015/28134, K.2016/2633 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta davacı işçi iş akdinin haksız ve bildirimsiz feshedildiğini, fazla mesai yapmasına rağmen karşılığı olan ücretlerin ödenmediğini iddia etmiş, kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti talep etmiştir. Davalı işverenler davanın reddini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme davayı kısmen kabul ederek fazla çalışma ücretini doğduğuna hükmetmiştir. Yargıtay fazla çalışma-

2 ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s.728.; SENYEN KAPLAN, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019, s.423.

3 Bkz. EKONOMİ, Münir, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Yargıç Utlan Araslı'ya Armağan, 2004, s.27-58.; SÜZEK, Sarper, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003, s.49-50.indirimi bahsinin art arda ele alınmasının nedeni hakkaniyet indiriminde fazla çalışmanın ispat edildiği delillerin önem arz etmesidir.

ların uzun bir süre için ve yüksek miktarlarda hesaplanması nedeniyle takdiri indirim yoluna gidildiğini ve bununla birlikte indirim yapılırken de istenen yıllık ücretli izin, mazeret izni, tatil günü izinleri dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte fazla çalışmanın yazılı delillerle ispat edilmesi durumunda fazla çalışmadan takdiri indirim yoluna gidilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu sebeple yerel mahkeme tarafından uygulanan %10 oranındaki takdiri indirimin az olduğuna kanaat getirmiş ve Yargıtay yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay fazla çalışmaların uzun bir süre için ve yüksek miktarlarda hesaplanması nedeniyle takdiri indirim yoluna gidildiğine ve uygulanan %10 oranındaki hakkaniyet indirimin düşük olduğuna dikkat çekmektedir. Karardaki önemli olan husus takdiri indirim konusundaki %10 oranını kural olarak az bulması ve olaydaki hakkı zedeleyebilecek şekilde her koşuldu bu kuralı uygulayan yaklaşımıdır. Bu hususların değerlendirilmesi için fazla çalışma hususunun ispatının nasıl yapılacağı ve ispat nedeniyle değişiklik gösteren Yargıtay'ın yerleşik içtihadındaki hakkaniyet indirimi uygulamasının incelenmesi gerekmektedir.

III. FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI

A. Genel Olarak Fazla Çalışma

Fazla sürelerle çalışma hususu 4857 Sayılı İş K. m.41'de ve İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Fazla çalışma haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması olarak tanımlanmaktadır[4]. Bununla birlikte Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği 4. maddesi uyarınca günlük 11 saatlik çalışma süresini aşılması ve gece yapılan 7,5 saatlik çalışma süresinin aşılması da fazla çalışma olarak kabul edilmektedir[5]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[6].

4857 Sayılı İş K. ile birlikte fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ayrımı benimsenmiştir[7]. Fazla sürelerle çalışma iş sözleşmesi ile 45 saatin

4 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.715.; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.398.; KORKMAZ, Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.277.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.796.

5 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.718-719; KORKMAZ/ALP, 277.; ÇİL, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt:3, Sayı:14, 2007, s.61.

6 Yarg. 9. HD., 26.06.2018, E. 2017/8302, K.2018/13784, (www.legalbank.net); BİLGİLİ, Abbas, "Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-2, 2016, s.227.

7 EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir De-

altında kararlaştırılan çalışma süresinin üzerinde yapılan fakat 45 saate kadar olan çalışmaları ifade etmektedir[8]. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığı olarak ise işçiye zamlı ücret ödenmesi veya serbest zaman verilmesi hukuki müesseseleri kabul edilmiştir (İş K. m.41). Fazla çalışma yapılması durumunda saat başına ödenen ücretin %50 zamlı şekilde fazla sürelerle çalışma yapılması durumunda ise saat başına ödenen ücretin %25 zamlı şekilde ödenmesi gerekmektedir (İş K. m.41/2-3). Serbest zaman imkânı bakımından ise fazla çalışılan her saat için fazla çalışma bakımından bir buçuk saat fazla sürelerle çalışma bakımından ise bir saat 15 dakika serbest zaman imkânı kabul edilmiştir (İş K. m.41/4). İşçinin İş K. kapsamında normal nedenlerle, zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapması söz konusu olabilmektedir. Normal nedenlerle yapılan fazla çalışmalar bakımından işçinin fazla[9]. İş K. m.41/8 uyarınca yıllık 270 saatlik fazla çalışma sınırlaması işçi bakımından öngörülmüştür.

B. İspat Yükü

Uygulamada işçilik alacaklarından olan fazla çalışma ücretinin talep edildiği davalarda fazla çalışmanın ispatı önem arz etmektedir[10]. Fazla çalışma hususunun ispatı bakımından İş K. ya da Yönetmelik'te herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[11]. Fazla çalışmanın ispatında HMK

m.190 uygulanmaktadır[12]. Yine TMK m.6 genel hükmü fazla çalışmanın ispatı hususunda geçerli olması sebebiyle fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispat etmek zorundadır[13] Fazla çalışma yaptığının

ğerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2004, s.43.; SOYER, Polat, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düzenlemeler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi , Cilt:1, Sayı:3, 2004, s.797.

8 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.716.

9 NARMANLIOĞLU, Ünal, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:17, 2010, s.30.

10 EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.459.

11 KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABUL, Sibel, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:72, Sayı:2, 2014, s.257.; BİLGİLİ, s.229. 12 KARACAN ÇETİN, Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.130.; YILDIZ, Gaye Burcu, "Fazla Çalışmanın İspatı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:25, 2012, s.115.

12 KARACAN ÇETİN, Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.130.; YILDIZ, Gaye Burcu, "Fazla Çalışmanın İspatı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:25, 2012, s.115.

13 GÖKSEL, Merve, "Fazla Çalışmanın İspatı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:23, 2009, s.1016.; YILDIZ, s.114.; BİLGİLİ, s.229.; EYRENCİ, Öner, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1989

ispatının yükü işçiye ait fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatının yükü ise işverene aittir[14]. İşçi fazla çalışma yaptığını tanık beyanları dahil olmak üzere her türlü delil ile ispat edebilmektedir[15]. Bunun temelinde ise fazla çalışma hususunun hukuki bir fiil niteliğinde olması yatmaktadır[16]. İşveren fazla çalışma ücretini ödediğinin ispatını ancak yazılı delillerle yapabilmektedir[17]. Yargıtay'a göre işyeri kayıtları, işyerine giriş ve çıkışları gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları fazla çalışma hususunun ispatında yazılı delil niteliğini haizdirler[18]. FÇY m.9/2 uyarınca işçinin fazla çalışma yaptığına ilişkin belgenin işçinin özlük dosyasında saklanması zorunluluğu fazla çalışma yapıldığının ispatı bakımından önelidir.

C. Bordrolar

Yargıtay kararlarında işçinin imzaladığı bordroların sahteliği ispatolunana kadar kesin delil niteliğini haiz olduğunu ifade etmektedir[19]. İş K. m. 37 uyarınca işveren işçiye yaptığı ödemelerde ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma tutarını göstermekle yükümlü kılınmıştır. Bordrolar bakımından ise fazla çalışmayı gösteren sütunun boş olup olmaması, bordroda işçinin ihtirazı kaydının bulunup bulunmaması gibi hususlar ispat bakımından farklılıklara yol açmaktadır. Fazla çalışmayı gösteren sütunun olmaması ya da boş olması durumunda fazla çalışmanın ispatının her türlü delille yapılması söz konusudur[20]. Yine bordroların imzalanmış olup olmadığı bakımından da Yargıtay'ın fazla çalışmanın ispatı konusunda başvurulabilecek deliller bakımından ayrım yaptığı görülmektedir. HMK m.201'de yer alan senede karşı senetle is-

Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 1991, s.13.

14 EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul, 2014, s.178.; YILDIZ, s.115.

15 MÜLAYİM, Baki Oğuz, "Fazla Çalışmanın İspatlanması", İş ve Hayat Dergisi, Cilt:5, Sayı:9, 2019, s.134.; BİLGİLİ, s.243.; EKONOMİ, s.46.

16 EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.460.

17 ODAMAN, Serkan, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal, İstanbul, 2013. s.68-69.; ÇİL, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma" s.64.; MÜLAYİM, s.135.

18 Yarg. 9. HD., 23.02.2016, E. 2014/28448, K.2016/3675, (www.legalbank.net); YILDIZ, s.115.; AĞIR, Çetin, Cilt:87, Sayı:1, 2013, s.112.

19 Yarg. 9. HD., 31.05.2018, E.2015/19219, K.2018/12308, (www.legalbank.net)

20 MÜLAYİM, s.144-145.; UŞAN, M. Fatih/ ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara, 2020, s.202.; EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.464.

pat zorunluluğunun bir uzantısı olarak imzalı ücret bordrolarının aksine fazla çalışma yapıldığı ancak aynı kuvvette yazılı bir delil ile ispat edilebilecektir[21]. Mülayim'e göre banka kanalı ile ödeme yapılması durumunda işçinin bordrosundaki ayrıntıları görememesi sebebiyle ihtirazı kayıt koyması beklenmemeli ve bu durumda fazla çalışmanın ispatının her türlü delille yapılabileceği kabul edilmelidir[22]. Şua'ya göre de işçinin bordroda ihtirazı kayıt ileri sürmemesi yaptığı fazla çalışmaları reddettiği ya da hak kazandığı zamlı ücreti talep hakkında vazgeçtiği anlamına gelmemektedir ve işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delil ile ispat edebilmelidir[23]. Yargıtay yakın tarihli bir kararında ödemenin banka kanalıyla yapıldığı, tahakkuk bulunmasına rağmen işçinin imzasının bulunmadığı bordrolar bakımından ihtirazı kayıt konulmasa da her türlü delil ile fazla çalışmanın ispatının yapılabileceğine hükmetmiştir[24].

D. Tanık Beyanları

Yargıtay, kendilerinin çalışmadıkları süreler hakkında fazla çalışmaya ilişkin beyanlarının ve işyerinin çalışma düzenini bilebilecek durumda olmayan tanıkların beyanlarının dikkate alınmayacağını ifade etmektedir[25]. Yine Yargıtay tanıkların sadece kendi çalıştıkları süreler bakımından tanıklık yapabileceğini ifade etmektedir[26]. Özdemir'e göre işçinin tüm çalışma hayatı boyunca birlikte çalıştığı tanık bulmakta zorlanacak olması sebebiyle Yargıtay'ın benimsediği bu kural işçinin fazla çalışma yaptığını ispat edememesi ile sonuçlanacaktır[27]. Tanık beyanı ile fazla çalışmanın ispatında işveren ile husumetli olan tanıkların beyanları da farklılık göstermektedir. Yargıtay işveren ile husumetli olan tanıkların beyanlarına itibar edilemeyeceğini ifade etmesine rağmen fazla çalışmanın husumetli tanıkların beyanları ile birlikte başka delillerle de desteklenmesi duru-

21 EYRENCİ, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.14.; Aynı yöndeki bir karar için bkz. Yarg. 9. HD., 21.01.2019, E.2015/28913, K.2019/1674, (www.legalbank.net)

22 MÜLAYİM, s.148.

23 23 ŞUA, İbrahim Halil, "Fazla Çalışmada İşçinin İspat Hakkının Sınırlandırılması", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:91, 2014, s.83.

24 24 Yarg. 9. HD., 09.12.2020, E.2016/35655, K.2020/17905, (www.legalbank.net)

25 Yarg. 22. HD., 04.10.2018, E.2017/14710, K.2018/21054, (www.legalbank.net); Yarg. 9. HD., 11.06.2014, E.2012/16389, K.2014/19012, (www.legalbank.net); Yarg. 7. HD., 11.06.2013, E. 2013/4118, K.2013/10984,

26 Yarg. 9. HD., 09.10.2012, E.2010/13806, K.2012/33659, (www.legalbank.net); BİLGİLİ, s.232-235.

27 ÖZDEMİR, Erdem, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:12, 2008, s.86.

munda fazla çalışmanın ispatlanabileceğine karar vermiştir[28]. İşverenin işyerinde halen çalışmakta olan işçinin fazla çalışma iddiasında bulunan işçi lehine tanıklık yapması beklenemeyeceğinden Yargıtay'ın husumetli tanık beyanlarının dikkate alınamayacağına ilişkin görüşü eleştirilmektedir[29]. Eyrenci'ye göre husumetli olan tanıkların beyanlarının dikkate alınmayacağına ilişkin bir kabul hatalıdır[30]. Fazla çalışma yaptığını aynı işyerinde çalışan tanıklar ile ispat edemeyen işçinin komşu işyeri tanıklarına başvurması da mümkün olabilmektedir. Bu durumda da komşu işyerinin fazla çalışma iddiası olan işçinin işyerine yakın olması ve komşu işyerinde çalışan işçinin bu fazla çalışmaları bilebilecek durumda olması şartları aranmaktadır[31]. Her ne kadar işçi fazla çalışmanın ispatı bakımından tanık deliline başvurabilse de fazla çalışma yapıldığının tanıkların tutarsız beyanları ile ispat edilebilmesi mümkün değildir[32]. Bazı işçiler tanık beyanlarından fazla çalışmanın ispatı bakımından yararlanamamaktadırlar. Örneğin yurt dışında çalışan tır şoförlerinin fazla çalışmalarının ispatı için sadece tanık beyanlarını ispat vasıtası olarak kullanmaları mümkün değildir. Bu kişiler fazla çalışma yaptıklarını ancak yazılı belge niteliğinde olan takometreler aracılığı ile ispat edebilmektedirler[33]. Takometreler işyeri kayıtları niteliğini haizdirler[34].

IV. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNDEN İNDİRİM YAPILMASI

Uygulamada genel olarak işçi tüm alacaklarını tek seferde işverenden talep ettiği için fazla çalışma ücretinin yüksek hesaplanması durumunda işverene ödeme kolaylığı sağlanması bakımından fazla çalışma ücretinde indirime yol açan bir uygulama olarak hakkaniyet indirimine gidilmesi uygulaması benimsenmektedir[35]. Hem kanunda hem de Fazla Çalışma ve İş Kanunu'na İlişkin Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde yer almamasına rağmen Yargıtay'ın *"hayatın olağan akışına aykırı olması", "insan doğasına aykırı olması", "hiç dinlenme hakkını kullanmadan ça-*

---

28 Yarg. 9. HD., 24.12.2020, E.2020/3533, K.2020/20003, (www.legalbank.net)

29 AĞIR, s.113. ; Husumetli tanık beyanlarının dikkate alınmayacağına ilişkin karar için bkz. Yarg. 22. HD., 12.09.2018, E.2018/10896, K.2018/18497, (www.legalbank.net)

30 EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.461.

31 BİLGİLİ, s.235.

32 EYRENCİ, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.13.

33 MÜLAYİM, s.139.

34 YILDIZ, s.117.

35 ÇİL, Şahin, "Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:74, Sayı: Özel Sayı, 2016, s.272.

lışmasının mümkün olmadığı" gibi sebeplerle fazla çalışma alacağı taleplerinden makul bir indirim bir diğer adıyla hakkaniyet indirimi yapması yerleşik içtihadı haline gelmiştir[36].

Yargıtay bu uygulaması ile iddia edilen fazla çalışmaları sınırlandırmaktadır[37]. Geçmiş dönem için istenen ve tanık beyanları ile ortana konan fazla çalışma ücreti böylelikle fazla çalışma saatinden yapılan indirim ile azaltılmaktadır[38]. Fazla çalışmanın ispatının takdiri delillerle yapılması durumunda Yargıtay fazla çalışma saatleri üzerinden hakkaniyet indirimi uygulamaktadır[39]. İndirim hesaplanan fazla çalışma ücretinden değil, çalışma süresinden yapılmaktadır[40]. Yargıtay bir kararında işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırılmasının, bütün tatil günlerinde çalıştırılmasının, ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmamasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına aykırı bularak hakkaniyet indirimi uygulamıştır[41]. Bu kararlarla birlikte Yargıtay aynı zamanda indirimin hakkın özüne zarar vermeyecek ölçüde yapılması gerektiğini ifade etmektedir[4242]. Yapılan bu indirime *"takdiri indirim"*, *"hakkaniyet indirimi"* gibi adlandırmalar yapılsa da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu işçinin çalışmadığının varsayılması ile indirimin yapılması sebebiyle *"karineye dayalı makul bir indirim"* kavramının kullanılmasının daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Bunun sebebi ise yapılan bu indirimde işçinin belirli zamanlarda çalışmadığının gerekçe kabul edilmesidir[43].

---

36 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.728.; ODAMAN, Serkan, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal, İstanbul, 2013, s.67 ; SENYEN KAPLAN, s.423.; KARACAN ÇETİN, s.139.; ÖZDEMİR, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", s.87.; ÖRSEL, Sercan, "İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Üzerine Bir İnceleme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:16, Sayı:62, 2019, s.630.; KÖSEOĞLU/KABUL, s.261.

37 EYRENCİ, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.179.

38 BİLGİLİ, s.242.

39 SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.426.

40 ODAMAN, s.66.; ÇİL, "Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması", s.304.; EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.467.

41 Yarg. 9. HD., 03.07.2018, E.2015/20890, K.2018/14476, (www.legalbank.net)

42 Yarg. 7. HD., 27.04.2016, E.2015/1661, K.2016/9561, (www.legalbank.net)

43 Yarg. HGK., 06.12.2017, E.2015/2698, K.2017/1557, (www.legalbank.net); MÜLAYİM, Baki Oğuz/KAYIK AYDINALP, Aslıhan, "Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2019, s.440.

Yargıtay bu hakkaniyet indirimini uygularken fazla çalışmanın hangi delillerle ispat edildiğine dikkat etmektedir[44]. Tanık beyanları ile fazla çalışmanın ispat edilmesi durumunda indirime gidildiği ve indirime gidilmemesi durumunda hükmün bozulduğu görülmektedir[45]. Örneğin, Yargıtay tanık beyanları esas alınarak hesaplanan yüksek tutarlı fazla çalışma ücretine hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesi ile hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiğine hükmetmiştir[46].Yargıtay'ın hakkaniyet indirimini her somut olayda kural olarak uygulaması hak kaybına sebebiyet verebilmesi bakımından eleştirilmektedir ve bu indirimin işyerinin ve işçinin yaptığı işin niteliğinin de dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[47]. İşyerinin ya da işin fazla çalışma yapılması için uygun olup olmadığı hususu keşif yapılarak mahkeme nezdinde tespit edilebilmektedir[48].

Doktrinde hakkaniyet indiriminin her olayda kural olarak uygulanması hatalı bir uygulama olarak kabul edilmektedir[4949]. Eyrenci'ye göre ülkemizde işverenlerin kanuni sürelerin üzerinde çalışma yaptırmaları sebebiyle Yargıtay'ın her olayda işyerinin niteliği gibi özellikleri araştırmadan mutad bir şekilde *"hayatın olağan akışına aykırılık"* gerekçesi ile hakkaniyet indirimi uygulamaması gerekmektedir[50]. Narmanlıoğlu da doktrindeki hakkaniyet indiriminin uygulanmasının zorunluluk olarak kabul edilmesinin hatalı olduğu yönündeki görüşe katılmaktadır[51]. Süzek de aynı yönde hakkaniyet indiriminin her olayda *"formül gerekçe"* şeklinde uygulanmamasını ve işçinin fazla çalışma yaptığını yeterince kanıtlaması durumunda fazla çalışma yapılmadığını ya da fazla çalışma karşılığını ödendiğinin ispatını sağlayan deliller değerlendirilerek hüküm verilmesi gerektiğini ifade etmektedir[52].

---

44 GÜÇ, Tekin, Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Seçkin, Ankara, 2014, s.170.

45 ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, "Fazla Çalışma Ücretinde Hakkaniyet İndirimi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:133, 2017, s.84.; MÜLAYİM/KAYIK AYDINALP, s.439.; Yarg. 9 HD., 10.06.2013, E.2011/26167, K.2013/17766, (www.legalbank.net)

46 Yarg. 9. HD., 11.01.2016, E.2014/27276, K.2016/131, (www.legalbank.net)

47 KARACAN ÇETİN, s.142.

48 ODAMAN, s.70.

49 ÖZDEMİR, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", 86.; Aynı yöndeki görüş için bkz. AĞIR, s.115.; KARACAN ÇETİN, s.143.

50 EYRENCİ, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.179-181.; EYRENCİ, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", s.468.

51 NARMANLIOĞLU, Ünal, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:17, 2010, s.37.

52 SÜZEK, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.49-50.

Ekonomi de işçinin fazla çalışma yaptığını yeterli bir şekilde ispat etmesi durumunda fazla çalışma yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[53].

Fazla çalışma iddiaları işin ve işçinin niteliği, işyerinin çalışma düzeni gibi etkenler ile birlikte değerlendirilmelidir[54]. Yargıtay bir kararında tanık beyanlarında yaz ve kış ayları bakımından ayrım yapılması sebebiyle fazla çalışmanın işin niteliği değerlendirilerek yeniden belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir[55]. Yargıtay kapıcılık yapan işçi bakımından verdiği bir kararında ise kapıcılık çalışmasının serbest zaman kullanma imkânı bulunan ve yaz ve kış aylarda çalışma saatleri bakımından değişkenlik gösteren bir çalışma olması sebebiyle yaz ve kış aylarındaki çalışma saatlerinin belirlendikten sonra fazla çalışmanın tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir[56]. İşçinin niteliği bakımından ise Yargıtay üst düzey yönetici olarak çalışan işçilerin ücretlerinin yüksek olması ve çalışma sürelerini kendileri belirlemeleri gerekçesiyle fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaklarını fakat üst düzey yönetici olarak çalışan işçiye görev ve talimat veren başka bir yönetici olması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanacağına hükmetmektedir[57]. Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde üst düzey yöneticilerin de bağımlı çalışması sebebiyle eleştirilmektedir[58]. Fazla çalışmanın tanık beyanları ile değil de işyeri kayıtları, işe giriş çıkışları gösteren belgeler gibi yazılı deliller ile ispat edilmesi durumunda fazla çalışma indirimi yapılmamaktadır[59]. İndirim oranına bakıldığında bu oranın%20 ile %50 arasında yer aldığı söylenebilir[60].

53 EKONOMİ, s.47-48.

54 EKONOMİ, s.47-48.

55 Yarg. 9. HD., 26.06.2012, E.2010/18928, K.2012/4456, (www.legalbank.net)

56 Yarg. 22 HD., 24.10.2018, E.2017/15744, K.2018/23078, (www.legalbank.net)

57 Yarg. 9. HD., 14.09.2020, E.2016/22982, K.2020/7468, (www.legalbank.net); Yarg. 9. HD., 23.11.2015, E.2014/24585, K.2015/33127, (www.legalbank.net) ; EYRENCİ/ SÖZER/GÜZEL/ TUNCAY/YENİSEY/ AKIN, s.180.

58 ÇİL, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", s.66.

59 ÖZDEMİR, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", s.87-88.; MÜLAYİM/KAYIK AYDINALP, s.440.; KÖSEOĞLU/KABUL, s.261.; AĞIR, s.114.; Yarg. 9. HD., 01.02.20212, E. 2009/37001, K.2012/2580, (www.legalbank.net)

60 ÖZDEMİR, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", s.88.

Yargıtay uygulanan %50 hakkaniyet indiriminin hakkın özüne dokunduğunu ifade etmiştir[61]. Yargıtay uygulamasında bu indirimin genellikle%30 oranında uygulandığı söylenebilir[62].

V. GENEL DEĞERLENDİRME

Uygulamada fazla çalışma alacaklarının geçmişe yönelik talep edilmesi sebebiyle bu iddiaların ispatlanması konusu önemini korumaktadır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır[63] Fazla çalışmanın ispatında işçinin ve işverenin yararlanabileceği deliller bakımından farklılıklar söz konusudur. İşçi iddiasını her türlü delil ile ispat edebilirken işveren sadece yazılı delillerden faydalanabilecektir[64]. Fazla çalışmanın ispatında kullanılan bordroların imzalı olması, üzerinde ihtirazı kayıt bulunması, fazla çalışma tahakkuku içermesi, bordrodaki fazla çalışma sütunun boş olması vs. gibi birçok konu hem bordronun ispat gücü hem de işçinin bu bordroya karşı ileri sürebileceği deliller bakımından özellik arz etmektedir. Tanık delili bakımından ise işyerinin çalışma düzenini bilmeyen tanıkların beyanları dikkate alınmamaktadır. İşveren ile husumetli tanıkların beyanlarının ise ancak diğer deliller ile desteklenmesi durumunda fazla çalışmanın tespit edilmesi söz konusu olmaktadır[65]. Fazla çalışmanın ispatı fazla çalışmaya uygulanacak hakkaniyet indirimi bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay fazla çalışmanın ispatının takdiri delillerle yapılması durumunda *"hayatın olağan akışı aykırılık"*, *"insan doğasına aykırılık"* gibi gerekçelerle fazla çalışma saati üzerinden indirim yapmaktadır[66]. Şüphesiz ki Yargıtay'ın bu uygulaması gerçek dışı fazla çalışma iddialarını azaltmak amacıyla kabul edilmiştir. Bununla birlikte her olayda hakkaniyet indirimi uygulanması fazla çalışmanın yeterince ispat edildiği durumlarda adil sonuçlar doğurmayacaktır[67].

---

61 Yarg. 9. HD., 21.03.2012, E.2009/48913, K.2012/9400, (www.legalbank.net); Yarg. 9. HD, 29.02.2012, E.2009/43832, K.2012/6405, (www.legalbank.net); Yarg. 9. HD., 23.02.2012, E.2009/43766, K.2012/5735,(www.legalbank.net)

62 ÇİL, s.71.; Yarg. HGK., 14.05.2014, E.2013/1643, K.2014/649, (www.legalbank.net); ÖZDEMİR, Cumhur

63 KÖSEOĞLU/ KABUL, s.257.; BİLGİLİ, s.229.

64 MÜLAYİM, s.134.; BİLGİLİ, s.243.; EKONOMİ, s.46.

65 BİLGİLİ, s.232-235.

66 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.728.; ODAMAN, s.67; SENYEN KAPLAN, s.423.; KARACAN ÇETİN, s.139.; ÖZDEMİR, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", s.87.; ÖRSEL, s.630.; KÖSEOĞLU/KABUL, s.261.

67 SÜZEK, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.49-50.

İnceleme konusu Yargıtay kararında işyerinin ve işin niteliği, işçinin yerel mahkemeye sunduğu deliller tartışılmamaktadır. Yerel mahkeme şüphesiz delilleri takdir etme yetkisini haizdir. Yerel mahkemeye sunulan delillerin mahkeme nezdinde fazla çalışma yapıldığı yönünde kanaat oluşturması ve %10 hakkaniyet indirimi uygulaması delilleri takdir yetkisinin bir sonucudur. Sadece takdiri deliller ile fazla çalışmanın ispat edilmesi sebebiyle %10'dan daha fazla bir oranda hakkaniyet indirimine gidilmesinin kural şeklinde uygulanması yerel mahkemenin delilleri değerlendirme yetkisini işlevsiz hale getirmektedir. Yargıtay her ne kadar istikrarlı hakkaniyet indirimi uygulaması ile gerçek dışı fazla çalışma iddialarını bertaraf etmeyi hedeflese de her olayda bu uygulama hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyecektir[68]. Ülkemizdeki çalışma koşulları da göz önüne alınarak her olayda fazla çalışma yapılıp yapılmadığının araştırılması gerekmektedir[69]. İşçinin fazla çalışma yaptığını ispat etmesi ve yerel mahkemenin de işin ve işçinin niteliğini dikkate alarak fazla çalışma yapıldığı konusunda kanaat oluşturması durumunda sadece fazla çalışma ücretinin yüksek hesaplanması sebebiyle

%10 olarak uygulanan hakkaniyet indiriminin artırılması yönündeki görüş adil olmayan sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Kural şekilde %20 ile %50 arasında uygulanan hakkaniyet indirimi işin, işçinin ya da işyerinin niteliği gibi sebeplerle olayın özelliklerine göre daha az uygulanabilmelidir. Bu sebeplerle Yargıtay'ın işin, işçinin ya da işyerinin niteliğini değerlendirmeden ve işçi delillerini dikkate almadan %10 olan hakkaniyet indirimini kural olarak %20 ile %50 arasında uygulaması sebebiyle az bularak bozduğu kararını isabetli bulmamaktayız.

- **KAYNAKÇA**

- AĞIR, Çetin, "İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:87, Sayı:1, 2013, s.101-127.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BİLGİLİ, Abbas, "Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-2, 2016, s.217-248.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş
- 32. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

68 EYRENCİ, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.468-469.

69 EKONOMİ, s.49.

- ÇİL, Şahin "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt:3, Sayı: 14, 2007, s.57-79.
- ÇİL, Şahin, "Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:74, Sayı: Özel Sayı, 2016, s.269-312.
- EKONOMİ, Münir, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Yargıç Utlan Araslı'ya Armağan, 2004, s.27-58.
- EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2004, s.15-56.
- EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul, 2014, s.150-185.
- EYRENCİ, Öner, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 1991, s.3-16.
- EYRENCİ, Öner, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2011, s.459-474.
- GÖKSEL, Merve, "Fazla Çalışmanın İspatı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:23, 2009, s.1013-1034.
- GÜÇ, Tekin, Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Seçkin, Ankara, 2014.
- KARACAN ÇETİN, Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABUL, Sibel, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:72, Sayı:2, 2014, 233-268.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz, "Fazla Çalışmanın İspatlanması", İş ve Hayat Dergisi, Cilt:5, Sayı:9, 2019, s.130-161.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz/KAYIK AYDINALP, Aslıhan, "Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2019, s.412-451.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:17,2010, s.27-44.
- ODAMAN, Serkan, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal, İstanbul, 2013.
- ÖRSEL, Sercan, "İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Üzerine Bir İnceleme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:16, Sayı:62, 2019, s.601-636.

- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, "Fazla Çalışma Ücretinde Hakkaniyet İndirimi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:133, 2017, s.82-85.
- ÖZDEMİR, Erdem, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:12, 2008, s.80-95.
- SENYEN KAPLAN, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi, Ankara, 2019.
- SOYER, Polat, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düzenlemeler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi , Cilt:1, Sayı:3, 2004, s.797-808.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- SÜZEK, Sarper, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003, s.1-59.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- ŞUA, İbrahim Halil, "Fazla Çalışmada İşçinin İspat Hakkının Sınırlandırılması", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:91, 2014, s.82-87.
- UŞAN, M. Fatih/ ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara, 2020.
- YILDIZ, Gaye Burcu, "Fazla Çalışmanın İspatı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:25, 2012, s.113-120.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATI UYARINCA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

B. Kerem GÖKTAŞ[1]

Giriş

Gereksinimler doğrultusunda firmalar gerek uzmanlık gerektiren işlerde gerekse temizlik, güvenlik, yükleme boşaltma gibi yardımcı işlerde diğer işverenlerin desteğine başvurabilmektedirler. Bu durumda firmalar mevzuatta belirtilen hüküm ve şartlar doğrultusuna asıl işveren alt işveren ilişkisi içerisine girmektedirler.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi 4857 sayılı 2 .maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilişkinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir [2].

Tanımlar

Asıl işveren, kendisi de işçi çalıştıran işyerinde yürüttüğü yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde teknolojik nedenlerle diğer işverene (alt işverene) işveren olarak ifade edilebilir. Buna bağlı olarak asıl işverenden yardımcı işlerinde ve asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektiren teknolojik nedenlerle iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işte çalıştıran işveren de alt işveren olarak tanımlanabilir.

Asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir ve bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsurdur. Asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir. Burada önemli olan asıl işverene ait "iş" kavramının hangi iş olduğudur [3]

Yardımcı iş ise; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan,

---

1 Mali Müşavir

2 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Esas No. 2013/16442 Karar No. 2013/12559 Tarihi: 03.07.2013

3 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Esas No: 2017/18944 Karar No. 2019/757 Tarihi: 14.01.2019

üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir. Temizlik, güvenlik, yükleme, boşaltma, teknik bakım, odacılık, çaycılık gibi hizmetler genel olarak yardımcı işlere örnek gösterilebilir.

Dikkat edileceği üzere alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur.

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Burada üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir [4].

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır veya asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz [5].

Alt İşverenin Uzmanlığa ve Hukuksal-Ekonomik Olarak Bağımsız Ayrı Bir Organizasyona Sahip Olması

Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapması; gerekli talimatları vermesi; işçilere ücretlerini kendisi ödemesi; ücret bordrolarını düzenlemesi, (SGK) primlerini yatırması gerekmektedir [6]. Buna göre; bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır [7].

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No: 2016/10886 Karar No. 2016/11103 Tarihi: 03.05.2016

5 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Esas No: 2017/18944 Karar No. 2019/757 Tarihi: 14.01.2019

6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No: 2016/10886 Karar No. 2016/11103 Tarihi: 03.05.2016

7 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No. 2015/1644, Karar No. 2015/10042, Tarihi: 11.03.2015

Asıl İşin Tespiti

Asıl iş, asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir. Buna göre işyerinde yürütülen faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl işin o olduğu kabul edilir.

Asıl işverenin ticari kayıtları yanında hizmet ve üretim aşamalarını gösteren şemanın ve iş organizasyonun yapısının incelenmesi, asıl işveren ve alt işveren işçilerinin beyanlarına başvurulması ve buna göre hangi işlerde çalıştığının belirlenmesi, işyerinde kullanılan araç, makine ve teçhizatın hangi işverene ait olduğunun tespit edilmesi asıl işin belirlenmesi için başvurulan yollar arasında yer almaktadır.

Muvazaa Kabul Edilebilecek Durumlar

- Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması,
- Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olmaması,
- İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olmaması,
- Alt işverene verilen işte asıl işveren işçisinin çalıştırılması,
- Kurulan ilişkinin kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlaması (*İşçi sayısına bağlı olarak getirilen yükümlükler: 50 ve üzeri işçinin çalıştırılan işyerlerinde %3 engelli işçi çalıştırılması, işe iade davası açılabilmesi için işyerinde 30 işçi çalıştırılması, emzirme odası açılması, kreş açılması, iş güvenliği/hekimi çalışma saatleri vs.*)
- Alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılması (*örnek olarak; ikramiye, prim, özel sağlık sigortası gibi haklar*)
- Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmaması,
- Alt işverene verilen işin, asıl işin yardımcı işlerinden olmaması,
- Alt işveren işçilerinin işle ilgili emir talimatları asıl işverenden alması,
- Alt işveren işçilerinin işe alım ve işten çıkarmada asıl işveren yetkililerinin söz sahibi olması/karar vermeleri, muvazaa kabul edilebilecek durumlar olarak karşımız çıkmaktadır.

Buna karşın alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmediği, sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir [8] .

Muvazaa Tespitinin Sonuçları ve İtiraz Süreci

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilmesi durumunda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Her iki işverene yaklaşık olarak ayrı ayrı 47.409 TL idari para (*2022 yılı için*) cezası uygulanmaktadır. Bunun yanında konuya ilişkin olası denetimlerde; alt işverenin işçilerine varsa geriye dönük ücret farklarının ödetilmesi, alt işveren işçilerinin geriye dönük olarak asıl işverene işe girişlerinin yaptırılması, geriye dönük asıl işverende aylık prim ve hizmet belgelerinin düzenletilmesi, sigorta primlerinin ve gecikme zamlarının tahakkuk ettirilmesi, düzenlenen belgelere ilişkin (SGK) idari para cezası uygulanası ve yararlanılan asgari ücret desteklerinin faizi ile birlikte geri alınması gibi yüksek maliyet içeren uygulamalar ile karşılaşılabilmektedir.

Asıl İşveren Alt İşverenin Sorumlulukları ve İşe İade Davası Durumunda Sorumluluk

Kurulan ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanun'undan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işveren alt ilişkisini muvazaalı olduğunun tespit edilmesi durumunda asıl işveren, işçinin başlangıçtan beri işvereni olduğundan işe iadenin asıl işveren yönünden kurulması gerektiği yönünde Yargı Kararları mevcuttur. Şöyle ki; alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı anlaşılırsa, asıl işveren işyerine iadesi, muvazaa bulunmayıp sadece asıl-alt

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No. 2015/1644, Karar No. 2015/10042, Tarihi: 11.03.2015

işveren ilişkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılırsa, alt işveren şirket nezdindeki işine iadesi yoluna gidilmelidir. Her halükârda her iki işverenin de yasal sonuçlardan birlikte sorumlu oldukları gözetilmelidir [9].

Sosyal Güvenlik Mevzuatı Uyarınca Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları o iş için alan ve çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren olarak ifade edilebilmektedir. Asıl işveren 5510 sayılı Kanun'un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için;

- İşyerinde sigortalı çalıştıran asıl işverenin varlığı,
- Alt işverenin yapmayı üstlendiği iş için sigortalı çalıştırması,
- İşin asıl işverenin işyerinde yürütülmesi,
- Alt işverenin işyerinde asıl işverenin yapmış olduğu ana işin bir bölümünde, eklentilerinde veya yardımcı islerinde iş alması, şartlarının aynı anda gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaktadır.

Sosyal Güvenlik Mevzuatı Uyarınca Alt İşveren İşyeri Dosyasının Tescil Edilmesi

Asıl işverenlerden iş alan alt işverenler için asıl işverene ait işyeri sicil numarasına ilave olarak üç haneli alt işveren numarası verilerek, alt işverenlerce çalıştırılan sigortalılara ilişkin bildirimlerin bu işyeri sicil numarası üzerinden yapılması sağlanmaktadır. Alt işverenler için ayrıca işyeri dosyası açılmamaktadır.

SONUÇ

Mevzuatta belirtilen hususlar dahilinde teknolojik uzmanlık gerektiren işlere veya yardımcı işlere ilişkin asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabilir. Kurulan ilişki işçi teminine yönelik olmamalı, mevzuata uygun olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin gerektirdiği şartlara bağlı olarak kurulmalıdır. Alt işveren, belirli bir organizasyona ve uzmanlığa, hukuksal ve ekonomik olarak bağımsızlığa sahip olmalıdır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütmelidir. Alt işveren işçilerinin üstlenilen hizmet dışında asıl

9 T.C Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Esas No. 2018/3896 Karar No. 2018/9503 Tarihi: 24.04.2018

veya yardımcı başka işte çalıştırılmamaları gerekmektedir. Gerek 4857 sayılı Kanun gerekse 5510 sayılı Kanun'un alt işverene yüklediği sorumluluklarına ilişkin asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Alt işveren, iş aldığı asıl işverenin (SGK) işyeri dosyası altında tescil edilecek aracı kodu ile işçilerinin sigorta (hizmet) bildirimlerini yerine getirmelidir.

FRANCHISING SİSTEMİNDE MARKA HAKKININ TÜKENMESİ İLKESİ VE İLKENİN UYGULANMASINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Dr. Leylan Demirağ AKTAŞ[1]

ÖZET

Franchising sisteminde franchise alan, çok yüksek bedeller ödemek suretiyle tanınmış bir markanın lisansını almakta ve almış olduğu bu lisans karşılığında tanınmış bir markaya yapılan çeşitli yatırımlar nedeniyle hazırda oluşmuş bulunan müşteri çevresinden yararlanmaktadır. Bu lisansların genel olarak münhasır olduğu görülmektedir. Franchise alan, franchise aldığı bölgede rekabet edilmeyeceği düşüncesi ile franchise verenle anlaşmaktadır. Oysa ki, özellikle ürün franchisinginde, sonrasında üçüncü kişiler tarafından franchise alanın satmakta olduğu lüks ürünlerin internet kanalıyla pazarlandığı ve satış yapan bu kişilere "marka hakkının tükenmesi ilkesi" gereği müdahale edilemediği görülmektedir. Üçüncü kişiler bu malları franchise alanın tüketicilerini hedef alarak yaptığı indirim kampanyalarından satın alabildiği gibi paralel ithalat yoluyla da Türkiye'ye getirip pazarlayabilmektedir. Özellikle de lüks markaların üçüncü kişi tarafından satış sonrası destek hizmetlerinden yoksun bırakılarak ve ilgili markanın pazarlama politikaları dışında farklı yollarla pazarlanması hem markanın itibarına hem de franchise verenin ticaretine sekte vurmaktadır. Bu nedenle "marka hakkının tükenmesi ilkesi"nin her bir olay bazında ve "haklı neden" değerlendirmesi yapılarak istisna kapsamına girip girmediği belirlenmelidir.

I. GENEL OLARAK FRANCHISE SiSTEMi

Franchising sistemi ülkemizde yaygın olarak kullanılan bir lisanslama sistemdir. Franchising ilişkisinde en temel özellik franchise alan'a franchise konusu sistem için bir lisans veriliyor olmasıdır. Franchise sözleşmesine konu olan sistem; içinde, bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini, gayrimaddi malları ve franchise organizasyonunu barındırmaktadır[2].

---

1 İstanbul Barosunda Avukat.

2 Gürzumar, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluş-

Gayrimaddi mallar marka, patent, tasarım vb. unsurları barındırmakla birlikte franchising sistemi açından en önemli olan gayrimaddi mal "marka" olarak ortaya çıkmaktadır. Hemen hemen her franchising sisteminde mutlaka tanınmış bir marka yer almaktadır[3].

Franchising ilişkisinin zamanla daha da karmaşık hale gelmesiyle birlikte yeni iş modelleri ortaya çıkmıştır. Özellikle de yabancı markaların kullandığı ve münhasırlık içeren iki iş modeli oldukça önemli hale gelmiştir. Bu iş modellerinden öne çıkan iki model; Developmental Licensing Modeli (İş Geliştiren Franchise Modeli) ve Master Franchising Modeli (Ana Franchise Modeli) olarak bilinen iki iş şeklidir[4]. İki model arasındaki tek fark Master Franchising Modeli'nde, francise alan; franchise verenin yerine geçerek alt lisans verme ve aylık royalty tahsil etme hakkına sahipken diğer modelde yani; İş Geliştiren Franchising Modeli'nde, franchise alanın büyümeyi bizzat kendisinin gerçekleştirmesidir[5]. Her iki franchising modelinde de franchise alan; bir ülke ya da bölgede münhasır olarak ve franchise verenle bir franchise anlaşması imzalamak suretiyle faaliyet göstermekte ve franchise veren dahi bu bölge ya da ülkede faaliyet gösterememektedir. Bu münhasır faaliyetin karşılığında ise franchise alan, başlangıç ücreti, aylık yüzde ücret ödemeyi ve pazarlama faaliyetlerine katkı sağlamayı taahhüt etmektedir[6]. Bir franchise alanın münhasırlık karşılığında bu derece ağır maliyetlere katlanmasındaki asli sebeplerinden biri franchise verenin çoğu zaman uluslararası düzeyde tanınmış olan markasını ve oturmuş pazarlama sistemini kullanma hakkını elde etmek istemesidir[7]. Bu hakkın karşılığında bu derece ağır bedellere katlanmayı göze almaktadır. Diğer yandan franchise veren ise; franchise alanı kendi markasını en iyi şekilde temsil edebilecek şirketler arasından tercih etmekte, franchise vereceği bölgede/ülkede itibar sahibi olan, aynı sektörde deneyimli ve/veya vereceği eğitimlerin karşılığında sürümü art-

turan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995 s.7; Kırca, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s.267; Şimşek, Bahar: Franchising Sözleşmesi, Ankara 2016, s.100.

3 Ulaş, Dilber: Franchise Sisteminin, Franchise Alan ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi, Verimlilik Dergisi 2004, S.2, s.32; Gürzumar, s.54.

4 Fisher, Lane; Staplin, Max: Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships, American Bar Association Franchise Law Journal 2013, s.1-3, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

5 Fisher/Staplin, s.1-3; Kırca, s.42; Şimşek, s.83.

6 Fisher/ Staplin, s.1-3; Kırca, s.42; Şimşek, s.83.

7 Gürzumar, s.10.

tırmayı başarabilecek ve markasını en iyi şekilde temsil edebilecek kişi veya şirketler arasından seçmektedir[8].

II. MARKA VE FONKSIYONLARI

1. Genel Olarak

SMK gereğince marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırması ve marka sahibine tanınan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması koşuluyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların ya da ambalajların biçimi olmak üzere her türlü işaret olarak tanımlanmaktadır.

SMK'nun yürürlüğe girmesinden önce "marka", 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekteydi. SMK'na göre 556 sayılı KHK'nin aksine, markanın çizimle gösterilebilir ve baskı yolu ile yayınlanabilir ve çoğaltılabilir olma özelliği terkedilmiş, renklerin ve seslerin de marka olabileceği ifade edilerek markaların kapsamı genişletilmiştir[9].

Tanınmış marka; WIPO kriterleri dikkate alındığında mal ve hizmetleri ayırıcı niteliği yanında gerek tescil edildiği ülkede, gerek ülke sınırları dışında ilgili çevrelerde bilinen ve hatta bilinirlik sınırı ilgili çevreleri de aşan, başlı başına bir kalite ya da reklam aracı haline gelen ve farklı mal ve hizmetler için kullanıldığında da bunlar açısından da etki doğurabilecek bir markadır. Bir markanın tanınmış marka haline gelebilmesinin o markanın uzun tarihi geçmişi, dünyada yatırım yapılarak yaygın olarak tescil edilmiş olması, üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetlerin pazar payının niteliksel ve niceliksel yaygınlığı ve fazlalığı, reklam yatırımları gibi

---

8 Ulaş, s.44 "Franchise Veren açısından franchising sisteminin verimli olabilmesi için ise standartları südürecek, dürüst, çalışkan ve işine bütün zamanını ayırabilen kişilerin franchise alan olarak seçilebilmesi önemlidir. Tamamen bağımsız olarak çalışmak isteyen yatırımcılara franchise verilmemelidir. Franchise almak isteyen girişimcilerin işi öğrendikten sonra da ana firmaya düzenli ödemelerde bulunmaları ve sürekli olarak işlerinin başında bulunmaları gerekir. Franchising sistemi, iş tecrübesi olmayı bir miktar sermayesi olan ve bu sermameyi ilgi duyduğu bir alanda kendi işini kurarak değerlendirmek isteyen girişimciler için verimli olabilen bir sistemdir."

9 Viskuşenko; Melis Abacıoğlu: Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nunda Yer Alan Değişiklikler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2018, S:1, C:20, s.56; Arkan; Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s.300; Ülgen,Hüseyin; Helvacı,Mehmet; Kaya,Arslan; Nomer,N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019, s.451.

çeşitli nedenleri bulunmaktadır[10]. Bir franchising sistemi içinde mutlaka tanınmış bir markanın varlığı sözkonusudur[11].

Markanın fonksiyonları irdelenmeksizin marka hakkı sahibinin haklarının korunmasının çerçevesini belirleyebilmek mümkün değildir. Bu ilke franchising sisteminde daha da önemli bir hale gelmektedir. Zira kimi durumlarda marka hakkı sahibinin korunması, franchise alanın korunması ve dolayısıyla franchising sisteminin korunması ve sürekliliğinin sağlanması anlamına gelmektedir.

Markanın esaslı fonksiyonu, mal ve hizmetin ayırt edicilik ve menşeini, yani kaynağını gösterme işlevidir. Bir malın ya da hizmetin hangi ticari işletme ile ilgili olduğu bu fonksiyona bağlı olarak belirlenmektedir[12]. Diğer bir deyişle tüketiciler marka sayesinde almak istedikleri bir mal veya hizmeti, diğer teşebbüslere ait mal ve hizmetlerden ayırt edebilmekte; bu mal ve hizmetler tüketiciler için teşhis edilebilir hale gelmektedir[13]. Bu fonksiyon sayesinde tüketiciler için mal ve hizmeti piyasaya süren işletmecinin kim olduğu da belirli ya da belirlenebilir hale gelmekte ve dolayısıyla kaynak gösterme işlevi gerçekleşmektedir[14]. Özellikle tanınmış markalar için bu fonksiyon mal ve hizmetten daha çok, doğrudan ilgili teşebbüsü işaret etmektedir[15].

Markanın ayırt etme ve menşeini gösterme fonksiyonu yanında çeşitli farklı fonksiyonları da bulunmaktadır. Marka sahibinin sahip olacağı hukuki korumanın sınırı değerlendirilirken bu fonksiyonların da göz önüne alınması büyük önem taşımaktadır[16]. Markanın ikinci fonksiyonu garanti fonksiyonu iken üçüncü fonksiyonu ise iletişim, reklam ve yatırım fonksiyonlarıdır Markanın garanti işlevi, tüketicilerin marka ile kalite arasında ilişki kurma eğilimlerini göstermektedir[17]. Bir teşebbüsün belirli stan-

10 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.465, 466, Kaya,Aslan: Marka Hukuku, İstanbul, 2006,s.57.

11 Gürzumar, s.54.

12 Arıkan, Özgür: "Revisiting the Conflict Between the European TradeMark Rights and Parallel Importation",Rekabet Dergisi ekim 2015, C.16, S.4, s.6.

13 Suluk,Cahit; Karasu, Rauf; Nal Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2018, s.162.

14 Suluk, Karasu, Nal, s.162.

15 Suluk, Karasu, Nal, s.163 naklen Yasaman; Hamdi: "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", Prof.Kemal Oğuzman'a Armağan-Galatasaray ÜHFD 2002, C.I,S.1, s.300-309 (Tanınmış Marka)

16 Arıkan, s.5.

17 Gürzumar, s.51; Karakurt, Yasemin:Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana-Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.5,6.

dartta bir kaliteyi tutturması halinde müşteri, malından memnun kaldığı ve itimat ettiği bu teşebbüsü tercih etmektedir[18]. .Reklam ve garanti işlevine bağlı olarak o markanın tanınmışlık düzeyi de yükselmektedir.[19]

2. Franchising Sisteminde Markanın Fonksiyonları

Franchise verenin markasının tanınmış olması ve aynı zamanda hazır bir müşteri potansiyelinin olması; Franchise Veren firmayı adı, markası, işareti, logosu, renkleri ve yerleşim düzeninden tanıyan müşterilerin, Franchise Alan'da sunulan ürün ve hizmetin Franchise Veren tarafından sunulanla aynı kalitede olduğunu düşünerek Franchise Alan'dan hizmet ya da ürün satın almaya yönelmesi olarak ortaya çıkmaktadır[20]. Reklam fonksiyonu ile markanın temsil ettiği ürünün reklam gücü ile birlikte markayı oluşturan işaretin özgünlüğünden doğan reklam etkisi kastedilmektedir[21]. Markanın yatırım fonksiyonu ile ise müşterileri çekmek ve sadık kalmalarını temin etmek için elde edilen ve korunan itibar kastedilmektedir[22].

Franchise veren tarafından markanın tanınması için yapılan tüm yatırımlar ve reklam kampanyaları sonucunda ortaya çıkan ticari itibar, markanın reklam ve yatırım fonksiyonunu oluşturmaktadır. Franchising sisteminde franchise veren tarafından en üst kalitede reklam yapılmakta ve bunun karşılığında franchise alandan reklam katkı payı alınmaktadır. Franchise alan, yerel reklam kampanyalarını yapmakta özgür bırakılırken bölgesel ve ülke çapında yapılan reklam yatırımlarından tüm franchise alanlar yararlanmaktadır[23]. Nitekim ünlü markaların kendine özgü imajının getirdiği iletişim işlevini ön plana çıkartarak reklam fonksiyonunu yerine getirdiği kabul edilmektedir[24].

Bir marka sahibinin korunmasının sınırlarını belirlemesi ve özellikle de "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi"nin yorumlanması sırasında marka sahibinin korunması açısından, markanın fonksiyonlarının derinlemesine irdelenmesi büyük önem taşımaktadır. Türk hukukunda bu incelemeye girilmezken ABAD kararlarına bakıldığında markanın ayırt edicilik

18 Ayhan, Rıza, Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s.339.

19 Kaya, s.61.

20 Ulaş, s.32.

21 Gürzumar, s.52; Karakurt, s.5,6.

22 Arıkan, s.8.

23 Ulaş, s.33.

24 Pınar, Hamdi: Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul 2004, S.71,s.42.

dışındaki diğer fonksiyonlarına daha fazla odaklanıldığı görülmektedir. ABAD'ın son dönemdeki kararlarına[25] bakıldığında özellikle de markanın menşeini gösterme fonksiyonu yanında garanti, reklam ve kalite işlevi üzerinde de durulduğu ve bu konuların da çeşitli kararlarda tartışma konusu yapıldığı ve kararlara esas alındığı görülmektedir[26]. Türk hukukunda dahi "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi"ne rağmen piyasaya çıkan bir malın üçüncü kişi tarafından kötüleştirilmesi, taklit edilmesi, değiştirilmesi halinde marka hakkı sahibine müdahale hakkı tanınması markanın garanti fonksiyonuna bağlanmaktadır[27].

III. TÜKENME İLKESİ VE PARALEL İTHALAT

SMK madde 152 hükmü "Marka Hakkının Tükenmesi ilkesi"ni düzenlemektedir. İlgili maddeye göre, sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından bir kez piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalmakta ve bu kuralın tek istisnasını bahse konu ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi yoluyla ticari amaçlı kullanımını önleme hakkı oluşturmaktadır.

Bir tescilli markanın tescil edildiği sınıfı temsil eden malın üzerine konularak gerek hak sahibi tarafından gerek hak sahibinin izin verdiği bir üçüncü kişi tarafından bir kez piyasaya arzedilmesinden sonra; piyasaya sunulan malla ilgili sonraki hukuki işlemlere (fiillere), örneğin malın tekrar satışına, kiralanmasına, ihracına, ihracı yapılan malın tekrar ithaline, reklam yapılmasına, broşürlere konu olmasına engel olunamaz. Marka sahibi, markanın lisansını alan üçüncü kişi ve hatta ülkedeki tek satıcı dahi bu hukuki işlemleri (filleri) engeleyemez ve/veya dava konusu yapamaz. Bu ilke ile kastedilen marka hakkının tükenmesi değil; piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hakkın tükenmesidir[28]. Dolayısıyla markaya zarar verilmesi, markanın değiştirilmesi ya da daha kötü duruma getirilmesi halinde hukuken müdahale edilmesi her zaman mümkündür. Örneğin bilinen bir kot markasına ait bir kot pantalonun kesilerek ya da

25 Portakabin v.Primakabin, L'Oreal v.eBay and viking Gas v.Kosan Gas.

26 Arıkan, s.20; Pınar, HAMDİ: "**Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi – EFTA-Mahkemesi'nin "Maglite", Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin "Silhouette" ve Yargıtay'ın "Police" Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme**"– Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 861.

27 Aslan, s.62.

28 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer, s.512; Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s.453; Arkan, Ticari, s.321.

boyanarak piyasaya sunulmasındaki ya da onluk paket halinde satılan ilacın yüzlük şişeler içinde satılmasındaki durum budur[29].

Gerek Yargıtay kararlarında gerek öğretide, tükenme ilkesinin genel olarak paralel ithalatla birlikte yorumlandığı da göz önüne alındığında "Paralel İthalat", "Geri İthalat" kavramlarına da değinilmesi önem taşımaktadır. "Paralel İthalat"; hak sahibinin başka bir ülkede satışa konulan hakka konu ürününün, hakkın korunduğu pazara ithalini tanımlarken; "Geri ithalat" ise fikri mülkiyet hakkına konu bir ürünün hak sahibi tarafından önce kendi ülkesinde satışa sunulup sonra başka bir ülkeye ihraç edildikten sonra tekrar piyasaya sürüldüğü ülkeye geri ithal edilmesidir. SMK ile "uluslararası tükenme" ilkesi[30] benimsendiğinden artık ülkemizde hem paralel ithalat hem de geri ithalat serbesttir[31].

Gerek 556 sayılı KHK döneminde gerek 6769 sayılı SMK md.152'de "marka hakkının tükenmesi" ilkesinin istisnalarına değinilirken "haklı neden" kavramına yer verilmemiştir. Bu hükmün kaynağını Avrupa Birliği'nin 2016/2436 sayılı Direktifi'nin 15.2 maddesi oluşturmasına ve bu maddede tükenme ilkesinin istisnaları belirlenirken haklı neden değerlendirmesi yapılması gerektiği belirtilmesine rağmen, hukukumuza madde olduğu şekliyle alınmamıştır[32]. Oysa ki, "marka hakkının tükenmesi"nin istisnaları değerlendirilirken "haklı neden" kavramına da yer verilmiş olması yaşanan pek çok sıkıntının önüne geçebilecek ve Yargıtay'a da daha geniş bir yelpazade değerlendirme yapma imkanı tanıyabilecekti. Diğer yandan marka hakkının tükenmesi ilkesi yorumlanırken hem 556 sayılı KHK hem de 6769 sayılı SMK'na kaynak oluşturan 80/94 sayılı Ortaklık Yönergesindeki hüküm[33] ve 2016/2436 sayılı Avrupa Birliği Direktifi hem de TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi uyarınca "haklı sebep" değerlendirmesi yapılması ve "marka hakkının tükenmesi ilkesi"nin istisnalarının daha geniş yorumlanması uygun olacaktır[34].

---

29 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.513; Tekinalp, s.454.

30 Markalı ya da patentli bir ürünün dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibinin izni ile piyasaya sürülmesinden sonra o hak tükenir ve hak sahibi o ürünün başka bir ülkede satışını engelleyemez.

31 Suluk, Karasu, Nal, s.14.

32 Uzunallı,Sevilay: Marka Hukuku, Ankara 2019, s.117.

33 Aslan, Adem: Türk ve AB Hukukunda Hakların Tükenmesi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.67.

34 Arkan, Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.208; Gürbulak, Hilal Eda: Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkının Tüketilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020 İstanbul, s.79; Uzunallı, s.117.

Burada irdelenmesi gereken konu "marka hakkının tükenmesi ilkesi" karşısında franchise alanın sahip olduğu marka lisansı hakkının[35] ya da franchise veren'in marka hakkının nasıl korunabileceği hususudur. Paralel ithalat durumunda ülke sınırları içinde bulunan marka hakkı sahipleri olan üretici ve dağıtıcılar, malları daha ucuz olarak dışarıdan getiren paralel ithalatçılarla rekabet etmek durumunda kalırlar. Oysa, franchising sisteminde üretim veya dağıtım hakkı için ödenen bir ücret bulunduğu gibi hak sahipleri ürünlerinin tanıtımı için de çeşitli reklam, ilan, sigorta, araştırma-geliştirme ve vergi konularında ciddi yatırımlar yapmaktadırlar. Paralel ithalatçı ise markanın tanıtımı, reklamı, araştırma ve geliştirme faaliyeti için harcama yapmadığından daha uygun fiyatlarla satış yapabilmekte ve bu durum dahi haksız bir rekabete yol açmaktadır[36]. Franchise verilen sektörlere bakıldığında, özellikle de ürün franchisinginde[37], halihazırda haksız bir rekabet ortamı doğuran paralel ithalatın çok daha zahmetli ve maliyetli olduğu gerçeği karşısında bu yola dahi başvurmaksızın franchise alanın temsil etmekte olduğu markayı taşıyan ürünlerin franchise alan tarafından yapılan indirim kampanyalarından üçüncü kişiler tarafından tüketici süsü verilerek satın alınarak internet kanalıyla yeniden piyasaya arz edildiği ve bu kişilerin markada ciddi bir değişime gitmediği ve kötüleştirmediği sürece, franchise veren ya da franchise alan tarafından engellenemediği görülmektedir. Bu durum lüks markalara ilişkin ürün franchisinginde daha da zarar verici bir hal almaktadır. Franchise alan'ın marka lisans hakkının ya da franchise verenin marka hakkının "marka hakkının tükenmesi" ilkesine rağmen korunabilmesi için markanın fonksiyonlarının irdelenmesi ve bu fonksiyonların zarar görmesi halinin de haklı sebep olarak kabul edilerek "marka hakkının tükenmesi ilkesi"nin istisnaları arasına dahil edilmesi ve hukuki başvuru yollarının açılması sektörde gereklilik halini almıştır. Özellikle de markanın itibarına ne ölçüde zarar verildiği hususu ciddi bir değişim ya da kötüleştirme yapılıp yapılmadığı değerlendirmesini yaparken önemli bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır[38].

35 Marka Lisans Sözleşmesinde hakkın tükenmesi hususunda bkz. Düzgün, Ülgen Aslan: Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2012, C.XVI, s.47-66.

36 Düzgün, Ülgün Aslan: Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktrora Tezi, Ankara 2019, s.198,199.

37 https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir; Şimşek, s.78; Kırca, s.37; Ayata, Yeşim: Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, İstanbul 2015, s.21.

38 Kaya, s.259.

IV. TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukukuna bakıldığında marka hakkının tükenmesi ilkesi karşısında markanın ayırdedicilik fonksiyonu dışında kalite, garanti ve reklam fonksiyonlarının dikkate alınmadığı ve marka hakkı sahibinin korunma kapsamına çok dar bir çerçevede bakıldığı görülmektedir. Bir markayı taşıyan malın yeniden pazara sürülmesi halinde, bu markayı taşıyan malın değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi durumunda marka sahibinin hukuki başvuru hakkı olacağı kabul edilirken o markanın reklam değeri, yatırım ve garanti değeri gibi hususların irdelenmediği göze çarpmaktadır.

Marka hakkının tüketilmesi ilkesinin mevzuatımıza henüz girmediği tarihlerde Yargıtay tarafından verilen kararlarda "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi" inceleme konusu yapılmamış ancak doktrine, AT'nin kaynak ikincil mevzuatına, borçlar hukuku ve rekabet hukuku ilkeleri ile haksız rekabet ilkelerine dayanarak kararlar gerekçelendirilmiştir. Özellikle 1999 yılında Yargıtay tarafından üç marka (Police[39] , Lancome ve Dexter) ile ilgili olarak verilen kararlar "hakkın tükenmesi ilkesi ile bağlantılı değerlendirildiği" şeklinde yorumlanmaktadır[40].

Daha sonraki Yargıtay kararlarında "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi"ne yer verilerek bir markayı taşıyan malın değiştirilmediği ve kötüleştirilmediği sürece piyasaya yayılmasının engellenemeyeceği ve haksız rekabet oluşturmayacağı açıkça vurgulanmaktadır[41]. Yargıtay tarafından verilen bir kararda; tek yetkili satıcı tarafından açılan bir davada; Naf Naf markalı ürünlerin davalı tarafından düşük fiyatla satılması ya da şahsi ihtiyaçtan fazla elinde bulundurulması nedeniyle haksız rekabet oluştuğu ileri sürülmüştür.

Yargıtay ise "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi"ne de vurgu yaparak malların ilk defa satışa sunulmasından sonra markayı taşıyan ürünün münhasır hak sahibinin izni ile piyasaya çıktıktan sonra o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına engel olunamayacağı; bu hususun markaya tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği gibi haksız rekabet de oluşturma-

---

39 Rekabet Hukuku açısından yapılan değerlendirme için bkz. Genç, Derya Devrim: Rekabet Hukuku ile bağlantısı açısından Fikri mülkiyet Haklarının Tüketilmesi İlkesi, Yeditepe Üniversitesi, Soayal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s130.

40 Arıkan, A. Saadet: Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat, AB ve Türkiye; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara 2001, s.187 vd.

41 Haksız rekabet oluşturduğu haller için bkz. Ertan, Füsun Nomer: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s.205.

yacağı ancak markayı taşıyan malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi halinde ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkı olduğu tespitini yapmıştır[42]. Ne var ki, tek satıcılık sözleşmeleri, tek satıcının kendisine verilen tekel hakkına karşılık satış ve sürümü arttırma borcunun olduğu, tek satıcının reklam yapma ve müşteri ilişkilerini geliştirme yükümlülüğü olan sözleşmelerdir[43]. Buna rağmen ilgili kararda, tek satıcının markaya yaptığı yatırım, pazarlama faaliyetleri, reklam değeri gibi unsurlar hiç irdelenmemiş, tek satıcılık sözleşmesinin sadece taraflarını bağlayan nispi bir sözleşme ol-

42 Y.11.HD, 09.11.2000, E.7381, K.8746.; T. www.lexpera.com, "....."Davacı, davalının yetkili satıcı olmadığı halde "Naf Naf"markalı ürünleri düşük fiyatla satmasının ve şahsi ihtiyaçtan fazla her ne suretle olursa olsun elinde bulundurmasının haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek bu davayı açmış olup, davalının markayı taklit ettiğini iddia ve ispat etmiş değildir.
Davacı, dava dışı C. Limited Şirketi ile yetkili satıcılık sözleşmesi yapmış olup malların bu şirket tarafından ilk defa satışa sunulmasından sonra piyasaya yayıldığı anlaşılmaktadır. Davalı taraf, dava dışı Ayteks Tekstil Limited Şirketi'nden aynı markayı taşıyan ürünleri satın aldıktan sonra kendi mağazasında aldığı şekliyle olduğu gibi satışa sunduğunu savunmuş, fatura ibraz etmiş ve eyleminin haksız rekabet oluşturmadığını ileri sürmüştür.
556 sayılı K.H.K.nin 13/1. ve bu maddenin mehazı olan Avrupa Topluluğu konseyi üye devletlerin markalarına ilişkin hükümlerin uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı Yönergenin 7.1. maddesinde "marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz." hükmü getirilmiştir. Buna "Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi"denmektedir. Markalı bir ürün, marka sahibi ya da somut olayda olduğu gibi onun izni ile münhasır lisans sahibi tarafından piyasaya sürülünce, hak tüketilmiş olmakta, artık o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına davacının müdahale etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla aynı K.H.K.'nin9/2 ve 61/a maddelerine dayanılarak marka hakkına tecavüz idiası dahi dinlenemeyeceği gibi, davalı eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır. Ancak, aynı K.H.K.'nin13/2 maddesi uyarınca marka sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir.
Öte yandan, münhasır lisans (tek satıcılık) sözleşmesi, yapımcı (sağlayıcı) ile tek satıcı (tek elden dağıtıcı) arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşme olup, yapımcı (bu davada davacı) ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya (davada dava dışı C. limited şirketi) bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı yüklenir. (Bak.Prof.Dr.Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Ank.1985, Sh.27 vd.) Sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca, üçüncü kişiye herhangi bir yükümlülük getirilemez. O halde, davacının üçüncü kişilere karşı haksız rekabet hükümlerinden yola çıkılarak korunması mümkün değildir.
Somut olayın yukarıda yapılan açıklamalar ışığında irdelenmesi ve davalı savunması delilleri üzerinde durularak, davalı eyleminin 556 sayılı K.H.K.nin hükümlerine ve TTK. nun 56.vd. maddelerinde yazılı yasal düzenlemelere aykırılık teşkil edip etmediğine bakılmak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı gerekçelerle davanın kabulü, bozmayı gerektirmiştir."

43 İrtem, Esen**:** Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının üçüncü Kişilere Karşı Sahip olduğu Haklar, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2012, Prof.Dr.Duygun Yersuvat'a Armağan, C.IX, S.2, s.811.

duğuna değinilerek davacının üçüncü kişilere karşı haksız rekabet hükümleri ile dahi korunmasının mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay, paralel ithalatın tek satıcılık sözleşmesine dayanarak durdurulamayacağı zira bu durumun marka hukuku ile ilgili olmadığı yönünde kararlar vermiştir[44].

Yine davacı tarafından açılan bir başka davada; davalının arada herhangi bir lisans sözleşmesi bulunmamasına rağmen kendisine ait internet sitesinde davacının markalarını taşıyan ürünlerin yayınlandığı ve teşhir edildiği, ürünlerin rayiçlerin çok altında satılması nedeniyle haksız rekabet oluştuğu iddia edilerek yayının durdurulması; ilgili internet sitesinin ve uzantılarının kapatılması, erişimin engellenmesi ve markaya tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuştur. Yargıtay tarafından verilen kararda ise; yine marka hakkının tükenmesi ilkesine vurgu yapılarak; marka hakkının tükenmesi ilkesi kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışların ya da sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerin oluşması gerektiğini belirten ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır[45]. Oysa ki "mar-

---

44 Tekinalp; s.447.

45 Y.11.HD, 25.6.2014, E.6429, K.12088 K; www.lexpera.com

"Davacı vekili, müvekkillerine ait .... markalarının tescilli ve koruma altında olduklarını, ancak davalı ile müvekkilleri arasında herhangi bir lisans sözleşmesi bulunmamasına rağmen, davalı tarafından işletilen .... adlı internet sitesinde bu markaların 3. kişileri yanıltacak şekilde kullanıldığını, internet sitesinde yayınlandığını ve teşhir edildiğini, ürünlerin rayiçlerinin çok altında satılarak haksız rekabet yaratıldığını ileri sürerek, ... adlı internet sitesi üzerinden yapılan yayının tedbiren durdurulmasına ve nihai olarak davalıya ait bu internet sitesinin, uzantılarının tamamen kapatılmasına, internetten kaldırılmasına, erişimin engellenmesine, dava konusu markaların tespit tarihi olan 17.07.201 tarihinden beri izinsiz, haksız ve hukuka aykırı olarak kullanıldığının ve müvekkillerinin marka hakkına tecavüz edildiğinin, üçüncü kişilerin yanıltılmaya çalışıldığının tespitine, değişik iş dosyası üzerinden verilen tespit kararının nihai karara dönüştürülmesine, müvekkillerinin marka haklarına, ticari itibarlarına yapılan saldırı ve ihlal nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000 TL maddi, 20.000 TL manevi tazminatın tespit tarihinden, tecavüzün daha önceden olduğunun tespiti halinde ise bu tarihten itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, www.n11.com sitesinin bir alış- veriş platformu ve müvekkili şirketin yer sağlayıcı olduğunu, üye olan satıcılara sanal mağaza alanı verildiğini, üyelerin kendi alanlarını ürün satışı için kullandıklarını ve doğrudan doğruya müvekkilinin satış yapmadığını, müvekkilinin sorumluluğunun bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmitşir.

Mahkemece, davalı şirketin ileri sürüldüğü şekilde doğrudan doğruya anılan markaları kullanarak emtia üretimi ve satışı yaptığı yolunda bir delil bulunmadığı, davalının bir yer sağlayıcı olarak web sitesinde ticaret yapanlara olanak sağladığı ve üye tacirlerin bu sitede hukuki anlamda herhangi bir çekişme konusu olmayan, marka taklidi olduğu belirlenmeyen ve özgün nitelik taşıyan ürünleri satışa sundukları, yer sağlayıcının tek-

ka itibarının zedelenmesi gerekliliği" ifadesine yer verilmesine ragmen, bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için markanın diğer fonksiyonlarına zarar verilip verilmediğine değinilmemiş ve markanın lüks bir marka olup olmadığı ya da sunum şeklinin itibarı zedeleyici olup olmadığı, o markanın pazarlama stratejisine aykırılık oluşup oluşmadığı durumu da ayrı bir değerlendirme konusu yapılmamıştır.

Diğer yandan Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda, tükenme ilkesinin istisnaları arasında "haklı neden"e açık olarak değinilmese de paralel ithalatın bazı durumlarda haksız rekabet oluşturacağı vurgulanmıştır. İlgili olayda "Recfectocil" marka ithal kozmetik ürününün Türkiye'de tek ithalatçısı ve yetkili satıcısı olduğunu ileri süren ve davalının kendisini haksız olarak Türkiye distribütörü olarak tanıtarak bu ürünleri sattığını iddia eden davacı; haksız rekabetin önlenmesi ve maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı ise adı geçen ürünlerin ithalatını yasal yollara yaptığını iddia ederek davacının ürününün iç piyasaya sürüldükten sonra marka hakkının tükendiği savunmasını yapmıştır. Yargıtay ise yapmış olduğu değerlendirme sonucunda davalının ürüne ait ambalaj içine Türkçe kullanım klavuzunu koymadığı ve Türkçe etiketlerde de eksik bilgilere yer verildiğini, bu eksiklikleri tamamlamanın zaman ve para harcanmasını gerektireceğini belirterek davalı tarafından yapılan

---

nik olarak olanak sağladığı yerde, malları ile ilgili duyuru yaptıkları ve duyuru amacını aşar mahiyette bir marka kullanımları olmadığı, tüketicilerin veya müşterilerin malın geldiği kaynak konusunda yanılgıya uğradıklarına dair bir delil bulunmadığı, 556 sayılı KHK'nın 13. maddesi uyarınca tescilli markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara ilişkin sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği, bu şekilde herhangi bir kanıtın bulunmadığı, somut mağaza satışlarına paralel olarak, internet ortamındaki mağazalarda da özgün ürünlerin satışa sunulmasının serbest rekabet hakkı kapsamında olduğu, ürünlerin daha ucuza satılmasının ise kendi başına marka ihlali anlamına gelmeyeceği, ayrıca sadece marka sahibinin internetten satış yapabileceğini kabul etmenin, mal ve hizmetlerin serbest rekabet ortamında piyasaya sunumunun sağlanması ve arz/talep çerçevesinde gerçek fiyatlarının oluşmasının sağlanması şeklindeki serbest rekabet ve piyasa ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalının yer sağlayıcısı olduğu web sitesinde satışa sunulan davacı markasını taşıyan ürünlerin markanın taklidi suretiyle kullanıldığının iddia ve ispat edilmemiş bulunmasına, ayrıca bu ürünlerin satışı için yapılan açıklamaların da 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi kapsamında dürüstçe ve ticari konularla ilgili bir kullanım niteliğinde bulunmasına göre, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir."

uygulamanın haksız rekabet teşkil ettiği yönünde karar vermiştir[46]. Bu kararda Yargıtay, tek yetkili satıcının işletme hakkının ithalatçı tarafından bir yatırım yapılmaması ve çaba sarfedilmemesi nedeniyle ihlal edildiğine hükmetmiştir[47].

Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelere bakıldığında her ne kadar ilk kararlarda tek satıcı için farklı bir değerlendirme yapılsa da sonrasında bu içtihattan dönüldüğü; tek satıcılık ya da franchising sistemi için farklı bir değerlendirme yapılmadığı gibi lüks ve tanınmış markalar için de farklı bir inceleme sözkonusu olmadığı görülmektedir.[48]

Yine ilgili kararlarda; tek satıcılık sözleşmesinin tek satıcı ve yetkilendiren arasında nispi bir sözleşme olduğu ve üçüncü kişileri bağlamayacağı değerlendirmesine de yer verilerek marka hakkının tükenmesi karşısında tek satıcının haklarının korunmayacağına ve üçüncü kişi için haksız rekabet kurallarının da uygulanamayacağına değinilmiştir. Bu yönde verilen kararlar; bilimsel öğretide "sözleşme dışındaki bir kimsenin tek satıcılık sözleşmesinde yer alan haklarla bağdaşmayan davranışlarda bulunması halinde bu davranışların haksız rekabet sayılacağı kabul edilmektedir" denilerek eleştirilmiştir.[49] Üreticinin değişik bölgelerde tek satıcılar ile imzaladığı sözleşmelere bunların ancak kendi bölgelerinde satış yapabilmelerini öngören ve başka bölgelere satış yapmalarını yasaklayan hükümler koyması durumunda bu bölgeye ürünü başka yollardan getiren üçüncü kişilerin eylemlerini ticaret ve ithalat serbestisi ile açıklamaya imkan olmadığı ifade edilmiş ve tek satıcıların yaptığı büyük reklam harcamaları, çalıştırdığı personel, bu peronele verilen eğitimler ve bunun gibi emek ve sermayeyi gerektiren yatırımlardan sonra bunları hiçe sayan üçüncü kişi eylemlerinin haksız rekabet kurallarının temelinde yatan emek prensibine aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır[50]. Ayrıca Yargıtay kararları eleştirilmiş ve böyle bir durumda "ticari itibarın sarsıldığı" hususunun açık olduğu ifade edilerek haksız rekabetin sadece ürünün değiştirilmesi olgusu ile açıklanması ciddi şekilde eleştirilmiştir[51].

---

46 Y.11.HD, 08.07.2013, E.14895, K.14465; Y.11.HD; 4.12.2017, E.5043, K.6816, www.lexpera.com.

47 Güner, Haşmet Ozan, Güner, Mine: The Gray Market Handbook, Baker&McKenzie, 2015, s.417.

48 Aslan, s.173.

49 Teoman, Ömer: Tek Satıcıların İhlali ve Haksız Rekabet, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C.II, İstanbul 1982-2001, s.199.

50 Teoman, s.201.

51 Teoman, s.202.

Tekel özelliğine karşılık sürümü arttırma yükümlülüğünü içinde barındıran tek satıcılık sözleşmelerinde de aynı franchise sözleşmeleri gibi reklam ve pazarlama yatırımları büyük önem taşımaktadır. Marka hakkının tükenmesi ilkesi incelenirken bu ilkenin istisnalarının geliştirilmesi ve her bir olay özelinde ayrı bir değerlendirmenin yapılması hem hukuki açıdan hem de ekonominin daha sağlıklı işlemesi ve franchising sisteminin özüne zarar verilmemesi, yabancı yatırımcının ülkemize çekilmesi açısından oldukça önemlidir. Kaldı ki, markanın tanınmış bir marka olması nedeniyle marka için franchise alınması karşılığında ödenen franchise ücretleri ve markanın tanınmışlığı nedeniyle franchise alan tarafından yapılan ulusal ve uluslararası reklam ve pazarlama yatırımları, satış şekillerinin o marka tarafından benimsenmiş pazarlama stratejilerine uygun olup olmadığı noktaları da bu değerlendirmeyi yaparken dikkate alınması gereken hususlardır.

Diğer yandan tek yetkili olarak faaliyet göstermek üzere franchise alan bir işletme "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi" ile birlikte birdenbire kendini üçüncü kişilerle rekabet eder durumda bulmaktadır. Bu durum franchise sözleşmesi gereği ödenen ücretlerin de gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Önemle ilave etmek gerekir ki, franchise sözleşmelerinin hemen hemen tümünde rekabet etmeme koşulu bulunmasına rağmen ilgili ilke gereği pazara giren üçüncü kişiler nedeniyle franchise alan hem bu üçüncü kişiyi engelleyememekte hem de franchise verenden rekabet etmeme hükmünün işletilmesini isteyemeyerek tamamen korumasız durumda kalmaktadır[52].

V. ABAD Kararlarında

Türk hukukundaki uygulamanın aksine ABAD tarafından verilen kararlara bakıldığında, marka sahibinin haklarının korunması açısından markanın tüm fonksiyonlarının derinlemesine irdelendiği, marka sahibinin "marka hakkının tükenmesi ilkesi" karşısında durumunun güçlendirildiği[53] ve markanın lüks ve tanınmış marka olması durumunda farklı tartışmaların yapıldığı görülmektedir.

L'Oreal v.eBay kararında ABAD marka sahibinin markanın tüm fonksiyonları yönünden korunmasının gerekli olduğunu vurgulamakta ve markanın sadece ayırt edicilik fonksiyonunun değil, markanın diğer

52 Gülpınar, Mert Kaan: 556 Sayılı Markalar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, İstanbul 2014, s.85 vd.

53 Arıkan, s.26

fonksiyonları ile ortaya çıkan ticari itibarının korunmasının da önemine değinmektedir[54].

ABAD tarafından verilen Christian Dior v. Evora kararı dikkat çekicidir[55]. Christian Dior SA; lüks kozmetik pazarında üretim yapan, yüksek fiyatlı parfüm ve kozmetik ürünleri pazarlayan bir firmadır. Bu firma distribütörlerini özenle seçmekte ve bu dağıtıcılarına farklı satıcılara satış yapma izni de vermemektedir. Evora ise kimyasal ürün üreten bir zincir olup daha düşük kaliteli mallar satmaktadır. Bu zincir; Christian Dior'un yetkili dağıtıcısı olmamasına rağmen paralel ithalat yoluyla ve çok daha ucuz fiyata Christian Dior ürünlerini pazarlamaya başlamış ve 1993 yılında bir yılbaşı promosyonunda da çeşitli ilan ve reklamlarda, katalog ve broşürlerde bu ürünleri kullanmıştır. Yapılan reklam ve pazarlama kampanyaları Christian Dior'un pazarlama ve reklam stratejisine tamamen aykırıdır. ABAD önüne gelen bu davada; malların kötüleşmesinin sadece fiziksel bir kötüleşme olmadığı aynı zamanda zihinlerde oluşan kötüleşmenin de bu tanıma dahil olduğu iddia edilmiştir. Zihinlerde oluşan kötüleşme ise marka sahibinin sunumu ve reklamları sonucu oluşan ürünün cazibesi, prestiji ve lüks imajının olumsuz olarak etkilenmesidir. Sonuçta; ABAD tarafından verilen kararda ürünlerin daha düşük kalitede mal satan bir satıcı tarafından ticari amaçla yeniden piyasaya sunulmasının engellenemeyeceği ancak markanın ticari itibarını sarsması durumunda bu satışa engel olunabileceği yönünde karar verilmiştir[56]. ABAD, bu kararda lüks markalar bakımından farklı bir değerlendirme yaparak yeniden satıcının marka sahibinin meşru menfaatlerini dikkate alması ve reklamın malın lüks imajını ve prestijini sarsarak marka değerini etkilememesi gerektiği tespitini yapmıştır[57].

Yine ABAD tarafından incelenen diğer bir dava ise BMW ile Deenik arasındaki davadır. ABAD bu davada markanın kullanımının satıcı açısından bir kalite güvencesi sağlaması halinde marka hakkı sahibinin marka kullanımını önleyip önleyemeyeceği üzerinde durarak markanın kalite fonksiyonunu tartışma konusu yapmıştır[58].

---

54 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.6; https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2009/06/the-ecj-delivers-its-judgment-on-loreal-v-bellure.

55 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A1997%3A517.

56 Gürbulak, s.80-82

57 Çerçi, Orhan: Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2013, s.73.

58 Karakurt, s.91.

İlgili kararlar Türk hukukuna da yol göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi, gerek paralel ithalat yoluyla olsun gerek üçüncü kişiler tarafından kampanyalardan alınan toplu ürünlerin tüketiciye arzedilmesi yoluyla gerçekleşsin, öncelikle geçici bir fiyat indirimi yaratmaktadır. Nitekim paralel ithalatta dahi bahsekonu fiyat farkı oranının %2'yi geçmediği tespit edilmiştir[59]. Diğer yandan bu uygulama, franchising sistemine açık bir şekilde zarar vermekte ve sistemin gelişimine engel olmakta, dolayısıyla ekonomiye ve istihdama zarar vermektedir. Marka hakkı sahibinin yapmış olduğu yatırımlar ve gösterdiği faaliyetler karşısında sıkı bir koruma beklenirken yapılan yatırımlardan haksız bir şekilde faydalanılmakta ve dolayısıyla marka hakkı sahibine gerekli koruma sağlanamamaktadır[60]. Sonuç olarak, ülkemizde gelinen durumda, satış sonrası hizmetlerde ve garantilerde ciddi aksamalar olmakta ve bu da tüketici aleyhine bir durum yaratmaktadır[61].

SONUÇ

Paralel ithalata ek olarak franchise alanın tek yetkili olarak satmaya yetkilendirildiği ve genellikle tanınan ve itibarı yüksek bir markayı taşıyan ürünlerin üçüncü kişiler tarafından franchise alan tarafından yapılan indirim kampanyalarından tüketici süsü verilerek satın alındığı ve internet kanalıyla yeniden piyasaya arz edildiği; bu kişilerin markada ciddi bir değişime gitmediği ve kötüleştirmediği sürece franchise veren ya da franchise alan tarafından engellenemediği görülmektedir. Bu durum lüks markalara ilişkin ürün franchisinginde daha da zarar verici bir hal almaktadır. "Marka hakkının tükenmesi ilkesi" karşısında franchise alanın sahip olduğu marka lisansı hakkının ya da franchise verenin marka hakkının korumasız bırakılması büyük bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar gerek 556 sayılı KHK döneminde gerek 6769 sayılı SMK md.152'de "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi"nin istisnalarına değinilirken "haklı neden" kavramına yer verilmese de Yargı makamı tarafından daha geniş bir değerlendirme yapılması gerektiği açıktır. Hem 556 sayılı KHK hem de 6769 sayılı SMK'na kaynak oluşturan 80/94 sayılı AB Yönergesi'nde yer verilen "haklı neden" ifadesi ve TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi uyarınca; Yargı makamı tarafından "haklı sebep"

59 Gülpınar, s.71.

60 Gülpınar, s.72.

61 Gülpınar, s.72.

değerlendirmesi yapılması, markanın itibarının sarsılıp sarsılmadığı incelemesinin titizlikle yapılması ve "marka hakkının tükenmesi ilkesi"nin istisnalarının daha geniş yorumlanması uygun olacaktır.

Ayrıca bu değerlendirme yapılırken ayırt edicilik ve kaynak belirtme fonksiyonu yanında markanın garanti, kalite ve reklam fonksiyonlarının da irdelenmesi ve bu fonksiyonların zarar görmesi halinin de haklı sebep olarak kabul edilerek "marka hakkının tükenmesi ilkesi"nin istisnaları arasına dahil edilmesi, lüks ve tanınmış markaların "itibar"ına zarar verilmesi halinde, ilkenin dikkate alınmayarak, yapılan reklam ve pazarlama yatırımlarının da göz önünde tutulması ve marka hakkı ya da lisans hakkı sahipleri için hukuki başvuru yollarının açılması büyük önem taşımaktadır. Nitekim franchise verilen sektörlere bakıldığında da; franchise alanın marka lisans hakkının ya da franchise verenin marka hakkının "marka hakkının tükenmesi ilkesi"ne rağmen korunabilmesi için bu yönde kararlar alınması zorunlu bir hal almıştır.

Diğer yandan her bir olay bazında değerlendirme yapılması franchising sisteminin özünün korunması açısından da büyük önem taşımaktadır. Nitekim aksi durumda franchise alan ve franchise veren arasındaki sözleşmedeki ücretlerin de yeniden değerlendirilmesi bir zorunluluk halini alacaktır. Yine aynı şekilde franchise sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükümleri de tamamen etkisiz bırakılmakta ve franchise alan, franchise verenle imzalamış olduğu franchise sözleşmesine rağmen korumasız kalmaktadır.

Sadece franchise alan ya da franchise veren değil, tüketiciler de bahsekonu ilkenin mutlak şekilde uygulanmasından büyük zarar görmektedirler. Nitekim indirim kampanyalarından yararlanması hedeflenen tüketici kitlesi olmasına rağmen bu indirimlerden hedeflenildiği şekilde yararlanamamakta ve hatta üçüncü kişiler nedeniyle bu kampanyaların sayısı ve indirim miktarı azalmaktadır. Görünüşte getirilen fiyat indirimleri uzun dönemde tüketiciler aleyhine işlemekte ve tüketici menfaatlerine ciddi şekilde zarar vermektedir.

KAYNAKÇA

- **ARIKAN** Özgür, "**Revisiting the Conflict Between the European TradeMark Rights and Parallel Importation**",Rekabet Dergisi, C.16, S.4, Ekim 2015
- **ARIKAN** A. Saadet, **Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat, AB ve Türkiye**; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara, 2001.

- **ARKAN** Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, b.25, Ankara 2019
- **ARKAN** Sabih, **Marka Hakkının Tüketilmesi**, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998
- **ASLAN** Adem**, Türk ve AB hukukunda Hakların Tükenmesi,** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013
- **AYATA** Yeşim, **Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- **AYHAN** Rıza, **ÇAĞLAR** Hayrettin; **Ticari İşletme Hukuku**, Yetkin Yayınları, b.10, Ankara, 2017.
- **ÇERÇİ** Orhan, **Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi**, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2013.
- **DÜZGÜN** Ülgün Aslan, **Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktrora Tezi, Ankara, 2019.
- **DÜZGÜN** Ülgen Aslan, **Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, T.2012.
- **ERTAN** Füsun Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, OnikiLevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- **FISHER** Lane, **STAPLIN** Max, **Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships**, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2013
- **GENÇ** Derya Devrim, Rekabet Hukuku ile bağlantısı açısından Fikri mülkiyet Haklarının Tüketilmesi İlkesi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- **GÜLPINAR** Mert Kaan, **556 Sayılı Markalar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2014
- **GÜNER** Haşmet Ozan, **GÜNER** Mine, **The Gray Market Handbook**, Baker&McKenzie, 2015.
- **GÜRZUMAR** Osman Berat, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması**, Beta Yayınları,İstanbul, 1995
- **GÖRBULAK** Hilal Eda, **Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkının Tüketilmesi**, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020, İstanbul
- **İRTEM** Esen, **Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının üçüncü Kişilere Karşı Sahip olduğu Haklar**, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Duygun Yersuvat'a Armağan, C.IX, S.2, 2012
- **KARAKURT** Yasemin, **Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları**, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk AnaBilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- **KAYA** Aslan, Marka Hukuku, Arkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.

- **KIRCA** Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997
- **PINAR** HAMDİ, "**Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi – EFTA-Mahkemesi'nin "Maglite", Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin "Silhouette" ve Yargıtay'ın "Police" Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme**"– Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- **PINAR** Hamdi, Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2004-71, 2004.
- **SULUK** Cahit, **KARASU** Rauf, **NAL** Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, b.2, İstanbul, 2018.
- **ŞİMŞEK** Bahar, **Franchising Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- **TEOMAN** Ömer, **Tek Satıcıların İhlali ve Haksız Rekabet**, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C.II, 1982-2001**, Beta Yayınları, İstanbul.
- **TEKINALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, b.5, İstanbul 2012.
- **ULAŞ** Dilber, **Franchise Sisteminin, Franchise Alan ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi**, Verimlilik dergisi, 2004/2
- **UZUNALLI** Sevilay, **Marka Hukuku,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- **ÜLGEN** Hüseyin, **HELVACI** Mehmet, **KAYA** Arslan, **NOMER** N.Füsun; **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019,b.6
- **VISKUŞENKO** Melis Abacıoğlu, **Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nunda Yer Alan Değişiklikler**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S:1, C:20, 2018
- www.lexisnexis.com
- www.lexpera.com
- https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir;
- https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2009/06/the-ecj-delivers-its-judgment-on-loreal-v-bellure
- https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A1997%3A517

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Ramazan ARITÜRK[1]

ÖZET

İhale; idarenin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmek için yürüttüğü bir süreç olup, kamu ihale hukukunun ayrıntılı, sıkı ve emredici kurallarına göre açılıp sürdürülmekte ve sözleşmenin imzalanması ile son bulmaktadır. Bu ayrıntılı emredici düzenlemelerin varlık sebebi ve dolayısıyla suç tipiyle korunan hukuki değer, kamu görevlilerine duyulan güvenin yanında ekonomi, sanayi ve ticari hayat için vazgeçilmez bir öneme sahip serbest rekabet ortamıdır. Bu değerleri koruma amacıyla kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 235. Maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçunu ihdas etmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nda tanımlanan ihale türleri oluşturmaktadır. Bu çalışmada öncelikli olarak 6459 sayılı "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 235. Maddenin üçüncü fıkrasında değişiklik ile suçun unsurlarında yaşanan değişim ve suça ilişkin diğer incelemeler yapılacaktır.

GİRİŞ

Dünyanın geldiği noktada insanların toplumsal ihtiyaçlarındaki artışa bağlı olarak devletlerin ekonomik faaliyetlerindeki rolü son yıllarda giderek artmıştır. Bu ihtiyaçlar doğrultusunda makro ekonomik planlamanın doğal sonucu olarak kamu sektöründe olağanüstü bir büyüme yaşanmıştır. Yatırım ve harcama bütçesindeki büyüme alt yapıdan savunmaya kadar birçok alanda yeni yatırımları getirmiş ve bu yatırımların yüklenicileri de özel sektördeki şirketler veya gerçek kişiler olmuştur. Devlet, kamu yatırımlarını özel teşebbüs eliyle yaparken kamu kaynaklarını etkin ve verimli kullanma ilkesi gereğince şeffaf ve rekabeti oluşturan bir mevzuata ihtiyaç duymuştur. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanunun yanında 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ve yatırım ve finans modeline özel diğer kanunlarla bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır.

---

1 Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ORCID NO: 0000-0003-0898-2128. Bu makale doktora tezinden üretilmiştir.

2021 yılında kamu alımlarına ilişkin yapılan ihale sayısı (ihale tarihinden sonra iptal edilen ihale sayısı dahil olmak üzere) toplamda 86.711'dir. Ayrıca 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ait sözleşmelerin toplam bedeli ise 254.402.839.000 Türk Lirasına ulaşmıştır. İstisna ve doğrudan teminleri dahil ettiğimizde toplam kamu alım tutarı ise 300.672.975.000 Türk Lirasıdır. 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale edilen işlerin %61,82'lük bir tutarını yapım işleri oluşturmaktadır. Buradan inşaat sektörünün başat aktör olduğu anlaşılmaktadır. Mal alımı % 21.53, hizmet alımı % 16.16, danışmanlık hizmet alımı ise % 0.49'lık bir dilime tekabül etmek etmektedir.[2] İhalelerin ekonomideki büyüklüğü bu olmasına rağmen Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ile uluslararası kurallar gözetilerek yenilenen temel ihale mevzuatımızın 2003 yılından 2021 yılına kadar 193 kez değişikliğe uğramış olması, her değişikliğin istisnaları genişletmesi ve bugün itibariyle istisnaların esas, esasın istisna haline gelmiş olmasından dolayı yeterliliğini ve etkinliğini kaybettiğini söyleyebiliriz.

Kamu kaynaklarından haksız kazanç sağlamanın en önemli yolu şeffaf ve doğru yönetilemeyen kamu ihaleleridir. Kamu ihalelerinin büyük hacme sahip olması, kamunun ekonomiyi yönetmesi veya yönlendirmesi, ihale sürecindeki fonksiyon ve etkinliğinin fazlalığı ve bunlara karışan yolsuzluk, politik ve siyasal yozlaşma için uygun bir zemin oluşturmakta, politikanın finansal kaynağı ve giderleri gayri meşru olarak kamu kaynaklarından sağlanmaktadır.

Yönetim biçimi ne olursa olsun kalkınmış, kalkınmakta veya az gelişmiş birçok ülkede yolsuzlukların yaşandığı alanların en başında kamu ihaleleri gelmektedir. Geçmiş yıllarda ülkemizde yayınlanan bazı resmi raporlarda yolsuzlukların en çok görüldüğü alanlardan birinin "devlet ihaleleri" olduğu tespiti yapılmıştır. Yolsuzlukların sebeplerinin, ekonomik ve sosyal boyutlarının araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla kurulan 10/9 sayılı Meclis Araştırma Komisyonu Raporu'nda da devletin ekonomik ve toplumsal alanlardaki işlevlerinin yürütülmesinde rüşvet ve kayırma şeklinde ortaya çıkan yolsuzlukların, ihale işlemlerinde en üst sıralarda yer aldığına işaret edilmekte ve siyasetin, siyasi partilerin yasadışı finansmanındaki temel kaynak olarak kamu

2 Kamu İhale Kurumu, **Kamu İhaleleri İzleme Raporu 2021**, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2020_yilsonu.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

ihaleleri gösterilmektedir. İhale yolsuzlukları ve bu bağlamda politik yozlaşmanın, toplumda siyasi kurumlara ve kamu görevlilerine duyulan güveni önemli ölçüde sarsmasının ötesinde bir taraftan kamu kaynaklarının ihtiyaca uygun harcanmadığını, kamu harcamalarının gerektiğinden fazla yapıldığını göstermektedir. Diğer taraftan daha kaliteli mal ya da hizmetin daha ucuza alınabilmesi için gereken rekabet sürecinin de yaşanmadığının tespiti anlamını taşımaktadır.

Ülkemizde 1800'lü yıllardan beri konuşulmakta olan ihale süreci ve bu süreçte yaşanan usulsüzlüklerin cezalandırılması konusunda yapılan çalışmaların en sonuncusu, bu çalışmanın da konusunu teşkil eden 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde yerini bulan ihaleye fesat karıştırma suçudur.

1. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

1.1. Genel Olarak

"İhale" sözlüklerde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanımda; "bir işi birine bırakmayı, birinin sorumluluğuna vermeyi, devlete ait bir işin talip olana artırma veya eksiltme yolu ile verilme"[3] , başka bir tanımda; "Bir işi isteyenlerden en uygun olana verme"[4] , bir başka tanımda ise; "bir işi veya malı birçok istekli arasından en uygun şartlarda kabul edene bırakma eksiltme veya artırma, bir işi en uygun görülene bırakmak, eksiltmeye veya artırmaya çıkarılmak"[5] şeklinde ifade edilmektedir.

İhale, teknik bir kavram olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (KİK), "tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eder*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ihale; idarenin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmek için yürüttüğü bir süreç olup, kamu ihale hukukunun ayrıntılı, sıkı ve emredici kurallarına göre açılıp sürdürülmekte ve sözleşmenin imzalanması ile son bulmaktadır.[6] Görüldüğü üzere, bu tür sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinin kuruluşundan farklı-

3 Şemsettin Sami, **Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık, 1. Baskı, C. 2, s. 544.

4 D. Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: Pınar Yayınları, 11. Baskı, s. 525.

5 Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, İstanbul, 1992, C. 2, s. 685.

6 Çetin Aslan, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 10.

lık göstermektedir.[7] Kamu kaynaklarının söz konusu olması ve bunların korunması için özgün kurallara ihtiyaç duyulması nedeniyle ihalenin sonuçlanmasından sonra hukuki niteliği itibariyle kamu ihale sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleridir.

İhalede temel amaç, en uygun yüklenicinin bulunup, idare açısından en elverişli sözleşmenin akdedilmesidir. Bu amaç gerçekleştirilirken tarafların ortak, tutarlı ve güvenilir ilkeler çerçevesinde hareket etmesi arzu edilen husustur. Nitekim bu hususlar ihale mevzuatına da yansımış bulunmaktadır. İhale sürecine hâkim olan ilkelere Devlet İhale Kanunu (DİK) m. 2/1'de "*... ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.*" şeklinde işaret edilmişken, KİK m. 5/1'de ise kapsam biraz daha genişletilmiştir. Buna göre idare, ihalelerde "*saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını*" sağlamakla sorumlu tutulmuştur.

Açık/saydam bir sistemden kastedilen, kamu alımlarının teklif sahiplerine karşı açık ve tarafsız bir tavır içerisinde yürütülmesine imkân veren usullerin işletildiği bir sistemdir. İhalelerde saydamlık, tüm ihale sürecinde ihaleye katılımcı olanlar açısından ihale ile ilgili bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme ve görebilmeyi ifade etmektedir.[8] Kamu harcamaları ihalesi sürecinde rekabet ise, kamu ihtiyaçlarının karşılanmasına katılan kişiler arasında gerçekleşen bir yarıştır. Rekabetin varlığı, kural ve usule uygun yapılan ihalenin olmazsa olmazıdır. Bu nedenle, KİK m. 17'de, rekabeti etkileyecek davranışlarda bulunmak, yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış ve bu fiilleri işleyenler bakımından idari ve cezai yaptırımlar da öngörülmüştür.[9] İhale ile ilgili mevzuat, ihaleye katılmak isteyen isteklilerde yeterlilik ilkesi gereğince belli şartlara sahip olmalarını aramaktadır. Bu şartlara sahip olmayanlar, ihale için yeterli sayılmadıklarından ihaleye katılamamaktadırlar. Eşitlik ilkesi, sadece konumuzun değil, bir değer olarak hukukun temel kavramlarındandır. Keza Anayasal bir ilke olarak da karşımıza çıkmaktadır. Anayasamız, "*Herkesin kanun önünde eşit olduğu*" nu (m. 10/1), "*devlet organları ve idare makamlarının*

7 Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2007, s. 72.

8 Hafize Çalışkan, "Kamu İhalelerinde Saydamlık", **İhale İmar Dergisi**, S. 2, Nisan 2003, s. 19.

9 Aziz Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 55.

bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları"nı (m. 10/4) belirtmiştir. Dolayısıyla ihaleyi yapan, idari makamlar her şeyden önce bu Anayasal kural çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Eşitlik ilkesi, ilgililere ve rakiplere uygulanacak rekabet ortamının oluşması için gereklidir.[10] Kamu alımlarında güvenilirlik; ihale sürecini yürütmekle görevli personelin, bu süreçteki davranış kurallarını ve standartlarını ifade etmektedir. Bu çerçevede rüşvet, kayırmacılık ya da etik olmayan diğer davranışlar, başarılı bir kamu alımı sisteminde yer almamalıdır. Özellikle kamu kaynaklarının harcandığı ihale işlemlerine, kamunun yüksek düzeyde güven duyması gerekir. Kamu alımlarında güvenilirlik her iki taraf için de aranan bir unsurdur.[11] Gizlilik ilkesi ile "saydamlık/şeffaflık" ilkesinin ilk bakışta bir arada olması çelişki gibi gözükse de ihale sürecinde ihalenin doğası gereği saklı kalması gereken bilgiler bulunmaktadır.[12] Bu ilke ile ihale sürecindeki bazı bilgilerin gizliliği temin edilerek rekabet ortamının oluşması sağlanacaktır. Gizlilik esas itibariyle rekabet şartlarının tam anlamıyla sağlanabilmesi için teklif veya ihale koşullarına yönelik birtakım hususların ihalenin neticelenmesine kadar belli bir süre gizli tutulmasını ifade eder.[13] İhtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanma ilkesi ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi de aynı şekilde kamu kaynaklarını korumaya matuf ilkelerdir. Bütün bu amaçların gerçekleşip gerçekleşmediğini temin için gerekli olan ise kamuoyu denetimidir.

Kamu alımları için bahsetmiş olduğumuz ve göz önünde bulundurulması gereken ilkeler aynı zamanda kamu alımlarının amaçlarına da işaret etmektedir.[14] Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamındaki

10 Taşdelen, s.57.

11 Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 60.

12 **Kamu İhale Kurumu, 16.02.2014, K. 2014/UH.I.338**; *"İdare tarafından belirlenmiş olan yaklaşık maliyetin istekliler ile paylaşılamayacağı, ihale tarihine kadar gizliliğinin korunacağı ve isteklilerin teklif fiyatları ile birlikte açıklanacağı açıktır. Bu çerçevede, yaklaşık maliyetin istekliler bakımından ancak ihale tarihinde teklif fiyatlarının açıklanması aşamasında aleniyet kazanacağı dikkate alındığında isteklilerin teklif fiyatlarını oluşturulmasında idarece belirlenmiş olan yaklaşık maliyetin esas alınamayacağı, isteklilerin sadece ihale dokümanında yer alan düzenlemeler ile kendi ticari durumlarını göz önüne alarak teklif fiyatlarını oluşturarak tekliflerini sunmaları gerektiğinden, isteklilerin teklif fiyatları arasında farklılıklar bulunmasının ticari hayatın olağan akışına uygun olduğu anlaşılmıştır."*

13 Taşdelen, s. 59.

14 Mesut Hastürk, "Kamu İhale Kanunu ile İhale Sisteminde Yapılan Değişiklikler", **Mali Kılavuz Dergisi**, S. 17, Temmuz-Eylül 2002, s. 18.

fiiller, esas itibariyle ihaleye hâkim olan ilkelere de aykırılık teşkil etmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel unsurları bir anlamda bu ilkeler esas alınarak belirlenmiştir.

1.2. Korunan Hukuki Değer

Ceza kanunlarındaki veya ceza normu içeren özel kanunlardaki suçlar mutlaka belli bir hukuki değeri korumak amacıyla sevk edilmişlerdir. Belli bir hukuki değeri koruma amacı olmayan bir suç tipi düşünülemez.[15]

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler"e ilişkin ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmında "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Suç tipinin Kanundaki yerinden hareketle, yani topluma karşı suçlar arasında düzenlenmesini göz önünde bulundurmak suretiyle, kanun koyucunun bu suç tipini topluma ait bir takım ulvi değerleri korumayı amaçlamıştır. Suçlar tercihen korumaya alınan öncelikli hukuki değerden hareketle tasnif edildiğine göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun öncelikle topluma ait birtakım değerleri korumak için sevk edilmiş olması gerekmektedir. Esasen bu husus madde gerekçesinde, "*Bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir*" şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçuyla, kamu görevlilerinin işlerini kamu adına üstlendikleri görevi sadakatle ve dürüst bir şekilde yaptıklarına dair var olan güvenin korunması amaçlanmıştır.[16]

Ancak suç tipiyle korunan hukuki değer, sırf kamu görevlilerine duyulan güvenden ibaret değildir. Zira suç tipi sadece kamu görevlilerince ihlal edilmemekte, sivil kişiler tarafından da suç tipiyle korunan hukuki değer ihlal edilebilmektedir. Bu düzenleme bir bütün halinde göz önünde bulundurulduğunda başkaca hukuki değerlerin de korunmak istendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kamu görevlilerine duyulan güven dışında ekonomi, sanayi ve ticari hayat için vazgeçilmez bir öneme sahip serbest rekabet ortamı da suç tipiyle korunan hukuki değerlerdendir. Gerçekten ekonomik ve ticari

15 İzzet Özgenç, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, 17. Baskı, s. 52-53.

16 Behiye Eker Kazancı, ***İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları***, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 114-115.

hayatta serbest piyasanın gereklerine uygun bir şekilde doğal olarak işlemesinde, rekabetin kendi icaplarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi ve sürdürülmesinde toplumun büyük çıkarı vardır. Kanaatimizce ihaleye fesat karıştırma suçunun ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar kapsamında düzenlenmesinin önemli nedenlerinden birini de bu gerçeklik oluşturmaktadır.[17]

Yargıtay'da ihaleye fesat karıştırma suçunda korunan hukuki değerin; *"... ihaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukuki yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu"* nu belirterek, korunan hukuki değerin karma nitelikte olduğunu belirtmiştir.[18]

2. SUÇUN UNSURLARI

2.1. Maddi Unsurlar

2.1.1. Suçun Konusu

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu, 235. maddede mahiyeti belirtilen ihaleler oluşturmaktadır. İhaleye fesat karıştırma teşkil eden fiilin yönelik olduğu, bu fiilden etkilenecek olan ihaleler suçun konusudur.[19] Suçun konusunu oluşturan ihaleler 235. maddenin 1 ve 5. fıkralarında gösterilmiştir.[20] İhaleye fesat karıştırmadan bahsedilebilmesi için kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan bir ihalenin, kamu kurum veya kuruluşları adına olmasa da bunlar aracılığı ile yapılan bir ihalenin veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan

17 Arslan, s. 107.

18 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi 27.02.2013 Tarih, E. 2012/3485 ve K. 2013/1418 sayılı İlamı.**

19 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28.02.2013 Tarih, E. 2012/3588 ve K. 2013/1487 sayılı İlamı**: *"... dairemizin artık istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için Kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu..."*

20 Ali İhsan Erdağ, "Ekonomik, Sınaî ve Ticari Suçlar", Hukuk ve Adalet, **Eleştirel Hukuk Dergisi**, S. 5, Nisan 2005, s. 387-388; Yaşar vd,'ne göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihalenin varlığı şart değildir. Bunlar dışındaki

geçerli bir ihalenin varlığı gerekmektedir.[21]

2.1.1.1. Suç Konusunu Oluşturan İhale Türleri

İlk olarak kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım ihaleleri suçun konusunu oluşturmaktadır. Burada mal ve hizmet alımının kapsamını belirlemek önem arz etmektedir.

Mal alımı, kamu kurum veya kuruluşlarının ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yaptıkları her türlü satın alma işlemini ifade etmektedir. Kamu İhale Kanunu'nun tanımlar başlıklı 4. maddesinde mal ile neyin ifade edilmek istendiği gösterilmiştir. Buna göre, mal tabirinden "*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*" anlaşılacaktır.[22] Benzeri bir tanım Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesinde de yer almaktadır. Bu tür bir malın piyasadan teminine yönelik faaliyet mal alımını oluşturmaktadır. Bu tür alımlar için ihalenin zorunlu olduğu hallerde, 235. maddenin konusunu oluşturan bir ihalenin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır.[23]

Suçun konusunu kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan satım ihaleleri de oluşturabilir. Satım ihalesini DİK'nın 4. maddesinden hareketle, taşınır ve taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddelerinin, hizmet ve hakların kamu kurum veya kuruluşları adına piyasaya arzı için yapılan ihale şeklinde tanımlamak mümkündür. Satım ihalelerinin konusunu da, taşınır veya taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet sunumu ve kamu kurum veya kuruluşlarına ait haklar oluşturmaktadır.

Kiralamaya yönelik ihaleler de 235. maddenin konusunu oluşturabilir. DİK'nın 4. maddesinde, "*Kira: Taşınır ve taşınmaz malların ve hakla-*

bir kanuna göre, örneğin Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanuna göre yapılan ihalelerde bu suçun konusunu oluşturacaktır. Aynı şekilde ihale mevzuatına göre ihale usulleri kapsamında değerlendirilemeyecek yöntemlerle yapılan işler ile ihalesiz alım-satımlarda TCK'nın 235. maddesi uygulanmayacaktır. Bkz: Osman Yaşar vd, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. V, Ankara, 2010, s. 6589-6590.

21 765 sayılı TCK'nın 367. maddesinde geçen ve "özel kişiler arasında" anlamına gelen "beynennas" ibaresine 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde yer verilmeyerek, özel kişiler hesabına yapılan ihaleler madde kapsamından çıkarılmışlardır. Bkz: Erdağ, s. 388.

22 Ayrıntılı bilgi için bkz: Dinçer Gönen ve Hikmet Işık, **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, Ankara: Yetkin Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 178 vd.

23 İhale mevzuatımıza göre, ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebilmesi mümkündür. Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında kalan ihtiyaçlar doğrudan temin yoluyla karşılanabilmektedir.

rın kiralanmasını veya kiraya verilmesini" şeklinde açıklanmıştır. Bir taşınır veya taşınmazın veya belli bir malın veya hakkın kiralanmasına yönelik ihaleler 235. maddenin konusunu oluşturmaktadır. TCK'nın 235. maddesinde kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan kiralama ihalelerinden bahsetmiş, kiraya verme ve kira ile tutma veya kiracı olma arasında ayrım yapmamıştır. Ayrıca madde gerekçesinde de *"Kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırım esası; buna karşılık mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde ise, bedel eksiltme esası kabul edilmiştir"* denilmek suretiyle madde metninde geçen "kiralamalara" ibaresinin ne surette anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan gerek kiraya vermeye gerekse kira ile tutmaya yönelik ihaleler 235. maddenin konusunu oluşturacaktır.[24]

Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan yapım ihaleleri de ihaleye fesat karıştırmanın konusunu oluşturmaktadır. Mahiyeti itibariyle hizmet alımının bir şekli olmasına rağmen, uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek amacıyla 235. maddeye 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanunun 9. maddesiyle "ihaleler ile yapım ihalelerine" ibareleri eklenmiştir. Yapım ihaleleri bakımından tereddüdün hâsıl olmasında kanaatimizce KİK'nın ve DİK'nın 4. maddelerinde mal ve hizmetin yanı sıra yapım işinin ayrıca tanımlanmış olması yatmaktadır.[25] Oysa bu kanunlardaki düzenlemeler ihale edilecek işin mahiyetinin tayini bakımından, yapım ihalesiyle ilgili olarak şartnamede yer alması gereken özel hükümleri belirlemek amacına yöneliktirler. Bu nedenle, buradaki düzenlemeler yapım ihalesinin hizmet alımı kapsamında değerlendirilmesine engel değildir.[26]

Yapım işi şeklindeki hizmet alımının uygulamada ortaya çıkabilecek görünüm biçimleri KİK'nın ve DİK'nın 4. maddesinde örnek kabilinden gösterilmiştir. Bu ve benzeri bir işin yapımına yönelik bir hizmet alımı ihalesi 235. maddedeki suçun oluşumuna temel teşkil eden bir ihale olarak karşımıza çıkacaktır.

---

24 Arslan, s. 183.

25 KİK'in 4. maddesindeki "yapım" işinin mahiyeti hakkında bkz: Sadettin Doğanyiğit, **Açıklamalı İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 122.

26 İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, "Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanunun 4734 ile 4735 Sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususları" **T.C Kamu İhale Kurumu Eğitim Dairesi Başkanlığı**, Seminer Notları, Nisan, 2007, s. 10.

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için bir ihalenin mutlaka kamu kurum veya kuruluşları adına yapılması aranmamıştır. Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılmamakla birlikte, bu kurum ve kuruluşların aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler de bu suçun konusunu oluşturmaktadır (m. 235/5). Örneğin bir icra dairesinde yapılan ihale, Haller Kanunu hükümlerine göre, mesela bir belediyenin meyve-sebze halinde gerçekleştirdiği ihale kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan ihalelerdendir ve 235. maddedeki suçun konusunu oluşturmaktadır.[27]

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 345/b maddesi, 31.05.2005 tarih ve 5358 sayılı Kanunla (m.17) "*Bu kanuna göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. Aracılara da aynı ceza verilir*" denilmiştir. İcra İflas Kanununda değişiklik yapan söz konusu Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden, her iki kanun (5237 sayılı TCK) da aynı tarihte yürürlüğe girdiği için TCK.'nun 235. maddesinin İcra İflas Kanunu'nun 345/b. maddesini ilga ettiği söylenemez. Bu itibarla İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yapılan ihalelere para karşılığında anlaşarak ihaleden çekilme halinde, TCK.'nun 235. maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hükümler değil, İcra İflas Kanunu'nun 345/b maddesi uygulanacaktır. Buna karşılık İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yapılan ihalelere cebir, tehdit veya hile kullanılmak suretiyle fesat karıştırılması halinde ise, TCK'nın 235 maddesi uygulanacaktır.[28]

Meran, farklı faaliyet sahaları için düzenlenmiş kanunlardaki iş ve işlemlerin ihale müessesesi ile ilişkisini şu şekilde ifade etmektedir: *"Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından amme alacaklarının tahsili için yürütülen faaliyet, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca haczedilen mal, hak ve varlıklar ile bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden amme borçlarından haczedilen, şirketlerin malları ya da hisselerinden, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulunun kararı ile oluşturulan "Ticari ve İktisadi Bütünlük", 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 134.*

27 Özgenç ve Şahin, s. 7-8; Arslan, s. 180.

28 İzzet Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2013, s. 38.

maddesi ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik kapsamında kapalı zarf ve açık artırma usullerinin birlikte uygulanması suretiyle cebri icra yoluyla haciz, rehin gibi yasal kayıt ve sınırlandırmalardan arındırılmış olarak ihale ile satışa çıkarılabilir." Dolayısıyla bu kapsamda yapılan ihalelerinde, "kamu kurum veya kuruluşları adına" yapılan ihaleler olmasından, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturacağını söylemek mümkündür.[29]

Aynı şekilde 6114 sayılı ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 3. maddesinde başkanlıkça icra edilen sınav hizmetleriyle sınırlı kalmak üzere mal ve hizmet alınmasında Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, bu mal ve hizmetlerin teminine ilişkin usul ve esasların Kamu İhale Kurumunun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu Tarafından hazırlanacak yönetmelikle belirleneceği kabul edilmiştir. Buna göre bu şekilde yapılan ihalelere de fesat karıştırma söz konusu olabilecektir.

2.1.2. Fiil

2.1.2.1. Genel Olarak

İhaleye fesat karıştırma seçimlik hareketli ve fakat aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur. Kanun koyucu hangi hareketlerle bir ihaleye fesat karıştırılabileceğini göstermiştir. 235/2. maddede gösterilen seçimlik hareketler aynı zamanda bağlı hareketleri teşkil etmektedir.[30] Dolayısıyla sadece ihale mevzuatına veya ihalelere hâkim olan ilkelere aykırılık ihaleye fesat karıştırma teşkil etmeye yeterli değildir. İhale mevzuatında öngörü-

29 Necati Meran, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 133.

30 **Yargıtay CGK., E. 2017/843 ve K. 2020/113 T. 18.2.2020 İlamı:** *"TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasında; "Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:" denilmek suretiyle ihaleye fesat karıştırma sonucunu doğurabilecek bütün fiillerin değil, ikinci fıkrada tek tek sayılan hâllerin ihaleye fesat karıştırma kabul edileceği belirtilerek bağlı hareketli bir suç öngörülmüştür. Sayılan hâllerden herhangi biriyle gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan ihaleye fesat karıştırma, ayrıca seçimlik hareketli bir suçtur. Fıkrada da açıkça görüldüğü üzere hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi gereken bu hâller: ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere*

len yasak davranışlar ile ihaleye fesat karıştırma suç tipindeki fiiller büyük oranda örtüşse de, bir fiile suç olma vasfını ilgili ihale mevzuatındaki yasak fiilin gerçekleştirilmesi değil o fiilin TCK'daki suç tipinde öngörülen unsurları bünyesinde taşımasıyla meydana gelir. Aksi bir durum suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.[31]

Benzer şekilde yasada öngörülen usulden farklı bir usulde gerçekleştirilen ihalelerde durumun ne olacağıdır. Örneğin, kısımlara bölünmek suretiyle pazarlık usulüyle yapılması gereken bir ihale, ihale yetkilileri tarafından açık ihale usulü ile gerçekleştirilmişse bu durumda hileye dayanan veya cebir ya da tehdit uygulanarak gerçekleştirilen bir fiil bulunmadığı için suç tipinin gerçekleştiği düşünülemez. Dolayısıyla burada suç tipindeki diğer unsurların da gerçekleşmesi koşuluyla kamu görevlileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu gündeme gelecektir. Bunun için kamu görevlilerinin bir değerlendirme hatasının olup olmadığı ve objektif cezalandırılabilme şartı olarak kamu zararının doğup doğmadığı araştırılmalıdır.[32]

İhaleye fesat karıştırma suçu seçimlik hareketlerden birisinin icrai veya ihmali bir şekilde gerçekleştirilmesiyle işlenebilir. Burada seçimlik hareketin ihmali olarak işlenebilip işlenemeyecek özellikte olması ayrı ayrı incelemeyi gerekli kıldığı için bu konu ilgili başlıklarda ele alınacaktır.

2.1.2.2. İhale Mevzuatına Göre Yasak Fillerin TCK'nın 235. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.1.2.2.1. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye ve İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşumuna sebebiyet veren ilk hareket, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesidir. İhaleye katılma yeterliği ve ihaleye katılma koşulları kavramları,

---

göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek ve ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalardır."

31 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 854.

32 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 856.

ihale mevzuatında tanımlanmış değildir. Ancak ihale mevzuatında dağınık bir vaziyette de olsa, ihale yeterliğine ve ihaleye katılma koşullarına ilişkin birçok düzenlemenin yer aldığı görülmektedir.[33] Doktrinde *Arslan*, ihaleye katılma yeterliğini "*isteklilerin ekonomik/mali, mesleki ve teknik açıdan işi zamanında sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde yerine getirip getiremeyeceklerini tespite yönelik olarak belirlenen ve bulunması istenen ölçütler*" olarak; ihaleye katılma koşullarını ise, "*ilgili mevzuat ve buna uygun olarak hazırlanması zorunlu olan ihale dokümanları ve şartnamelerdeki bulunması ve bulunmaması gereken özellikler*" olarak tanımlamaktadır.[34] Devlet İhale Kanunu'nun 16. maddesinde "isteklilerde aranacak nitelikler ve istenecek belgeler" başlığı altında ihale yeterlik şartları ve koşullarına ilişkin genel bir düzenleme[35] ve Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde de ihalelere işi yapabilecek nitelikteki kişilerin katılımını sağlamak amacıyla isteklilerin ekonomik ve mali yeterlilik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için istenebilecek belgeler düzenlenmiştir.[36] Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde isteklilerin ekonomik ve mali yeterliği ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenebilmesi için istenebilecek belgeler sayılmış, ilgili uygulama yönetmeliklerinde ise, idarece istenecek yeterlik belgeleri ve yeterlik

33 İhaleye katılma yeterliği ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz: Ali Özek ve Osman Kaya, **Açıklamalı Kamu İhale Rehberi**, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 294 vd; Sadettin Doğanyiğit, **Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, 223 vd. Konuyla ilgili Kamu İhale Kurulu Kararları için bkz: Harun Hakan Baş ve Edat Yücel Seyhan**, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 114 vd.

34 Arslan, s. 124-125.

35 Buna göre, *"İdarece ihalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabilir. Bunları tespite yarayan belgelerin neler olduğu, şartnamelerde gösterilir. İstekliler şartnamelerde yazılı belgeleri eksiksiz vermek ve Türkiye'de tebligat için adres göstermek zorundadır. Yapım işleriyle her türlü etüt, proje, kontrollük ve müşavirlik hizmetlerine ait ihalelerde, isteklilerde aranacak niteliklerin ve istenecek belgelerin neler olacağı, ne yolda ve kimlerce verileceği ve müteahhit sicillerinin ne biçimde tutulacağı Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle gösterilir".*

36 Bu madde çok uzun olduğu için buraya alınmamıştır. Maddede dikkat edilmesi gereken husus "bilgi ve belgeler istenebilir" ifadesidir. Burada istenebilir ifadesi, emredicilik hükmünü ortadan kaldırmaktadır. Bu ibare idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu göstermektedir. İdarenin ancak bu bilgi ve belgeler çerçevesinde sağlıklı bir değerlendirme yapabilmesi mümkün olacağı için, ihaleye katılanlarla ile ilgili olarak ekonomik ve mali yeterlikleri, mesleki ve teknik yeterlikleri konusunda istenilmesi gereken bilgi ve belgelerin istenilmemesi durumunda sorunun ortaya çıkacağı açıktır. Kanuna göre, ihale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekmektedir (KİK m. 10/2).

kriterlerine yer verilmiştir. İdarelerin ihalelerde, bunların dışında yeterlik belgesi istemesi ve yeterlik kriteri koyması mümkün değildir. Buna göre, örneğin idarece istenecek yeterlik belgeleri ve kriterleri arasında yer almadığı halde, isteklilerden referans göstermelerinin istenmesi ve bilahare referanslardaki görüşlerin olumsuz olması nedeniyle tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması hukuka uygun değildir. Bu tür değerlendirme dışı bırakmalar ihaleyi belli bir istekli üzerine bırakma amacına yönelik olduğu takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

Hile teşkil eden hareketle fail, mağdurun veya diğer ilgililerin fikri faaliyetine etkili olmakta, onlarda psikolojik körlük meydana getirmektedir.[37] "Olaylara ilişkin açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve şartlardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirtmek suretiyle onu aldatmak, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmek" hile olarak karşımıza çıkmaktadır.[38]

Hile ile gerçekleştirilecek davranış, ihaleye katılımın engellenmesi şeklinde tezahür edebileceği gibi, ihale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Buna göre, şartları yerine getirmiş olmasına karşın, hileli davranışlarla yeterlik şartlarını yerine getiremediği gerekçesiyle kişinin ihale katılımının engellenmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Başka bir anlatımla, ihaleye katılabilmek için yapılan başvurunun, gerçeğe aykırı bir surette (hileli davranışlarla) yeterlik şartlarının taşınmadığı gerekçesiyle kabul edilmemesi ihaleye katılmanın engellenmesini teşkil edecektir.[39]

İhale yetkilisi, yeterlik şartlarını taşımadığını tespit ettiği isteklileri ihale dışında bırakması gerekirken, şartları sağlıyormuş gibi değerlendirmeye aldığı takdirde ihaleye fesat karıştırmış olacaktır. İhale yetkilisinin

---

37 Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 1992, s. 367; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, 19. Baskı, s. 869.

38 Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998, s. 382.

39 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 19.2.2019 tarih, E. 2012/507 ve K. 2019/2219 sayılı Kararı**: *"…Dilovası Belediyesine ait binanın ince işçiliğinin yapımına ilişkin olarak 6.7.2011 tarihinde yapılan ihalede, ihaleyi ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan firmaya vermeleri gerekirken, en avantajlı ikinci teklifi sunan firmaya vermek şeklindeki isnadın sübutu halinde ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği…,"*

bu tür davranışı değişik şekillerde ortaya çıkabilir. İhaleye katılmak için ilanda belirtilen tarih içerisinde başvuru yapılmamış olmasına rağmen, başvuruyu zamanında yapılmış gibi gösterip dokümanları kabul etmek suretiyle isteklinin ihaleye katılımını sağlamak bu kapsamda düşünülmelidir.[40]

2.1.2.2.2. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına ve Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak

KİK'nın 61. maddesinde ihale süreciyle ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşa edilemeyeceğinden bahsedilmiştir. Buna göre, sadece isteklilerin sundukları teklifler değil, belli bir ihaleyle ilgili olarak KİK'nın 10. maddesi kapsamında mali ve ekonomik, mesleki ve teknik yeterliğin tespiti için sunulan belgeler de gizli tutulması gereken belgelerdendir. Bu belgelerdeki bilgilerin başkalarına ulaşmasını sağlamak suretiyle de 235/2,b'deki suç işlenebilecektir.[41]

KİK'nın 39. maddesine göre isteklilerce verilmiş olan tekliflerin ihale dokümanında belirtilen saatte açılması gerekir. Bu saatten önce tekliflerin açılması ve ihaleyle ilgili olsun veya olmasın başkalarına ulaşmasının sağlanması halinde TCK'nın 235/2, b maddesine uygun bir fiil gerçekleşmiş olacaktır. Maddede gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmış olması aranmıştır. Dolayısıyla ihale yetkilisinin sırf gizliliği ihlal etmesi bu suçu oluşturmaz, başkalarına bu bilgilerin ulaşmış olması da gerekir. Gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamaktan maksat, gizli kalması gereken bilgilerin bir veya birden fazla kişinin öğrenmesine neden olunmasıdır. Bu husus bilgilerin üçüncü şahıslara ulaştırılması, öğrenmelerini sağlayacak şekilde ifşa edilmesi ve yayınlanması şeklinde tezahür edebilir. Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da,

40 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 14.2.2019 tarih, E. 2012/1229 ve K. 2019/2000 sayılı İlamı:** *"..şirketin 9.3.2011 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğünce 2 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklandığı, ilgili şirket hakkında yeniden yasaklılık teyidi alması gerekirken bunu yapmayarak 18.3.2011 tarihinde adı geçen şirketle sözleşme tasarısını imzaladığı, böylece ihalede yasaklı olan bir şirketin iş yapmasına ve sözleşme imzalamasına sebebiyet vermek suretiyle,... eylemin sübutu halinde ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği...,"*

41 Kazancı'ya göre, gerek KİK'in 5, 9 ve 61. maddeleri gerekse TCK'nın 235/2, b maddesinin düzenlemelerine rağmen gizli kalması gereken bilgilerin nelerden ibaret olduğunun tek tek gösterilmemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Bkz: Kazancı, s. 154-155.

bilgilerin soyut olmaması, belli bir teklifle ilgili olmasıdır. Belli bir teklifle bağlantısı kurulmayan bilgi açıklamaları bu bent kapsamında ihaleye fesat karıştırmayı oluşturmayacaktır.[42]

Yaklaşık maliyet, ihaleye katılanlar tarafından verilecek tekliflerin değerlendirilmesinde önemli bir ölçü olacağı için hangi teklifin ihaleyi kazanacağında çok hayati bir fonksiyon icra edecektir. Kanun koyucu KİK'nın 9. maddesindeki düzenlemeyle yaklaşık maliyetin ihale öncesinde tespit edilmesi ve tekliflerin buna göre belirlenmesini önlemek ve piyasa şartlarında rayicin kendi içerisinde oluşumunu sağlamak istemiştir. Serbest piyasa kurallarının ihale hukukuna yansıması olarak da bakabiliriz buna. Bu nedenle belli bir ihaleyle ilgili yaklaşık maliyetin gizli kalması gereken bilgi niteliğine sahip olduğu açıkken, bu bilgilerin üçüncü şahıslarla bir şekilde paylaşılması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.[43]

2.1.2.2.3. Cebir ve Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmasını Engelleme

Bir kişinin hileli davranışlarla değil de, cebir ve tehdit kullanarak veya hukuka aykırı başkaca yöntemlere başvurarak sebebiyet vermesi, 235/2, c bendi ile diğer seçimlik hareket olarak yaptırım altına alınmıştır. Maddede yapılan değişiklik ile fiilin cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi durumunda uygulanacak cezanın beş yıl olan alt sınırı muhafaza edilmiş, cezanın üst sınırı ise zararın bulunduğu durumlarda diğer seçimlik

42 Arslan, s. 145.

43 **Yargıtay 5.CD. 24.11.2014 T., 2014/2403 E., 2014/11367 sayılı İlamı;** *"...İ ile aynı bölümde çalışıp görevi nedeniyle ihale aşamasında görevli kişilerden sayılan sanık E'nin ise G'nin azmettirmesi ve aracılığıyla 28/12/2009 tarih ve 2009/160097 kayıt numaralı ihaledeki yaklaşık maliyete ilişkin gizli bilgileri öğrenip firma sahibi olan N'ye aktardığı dosya kapsamından anlaşılmakla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 9. maddesinde, "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz" ve aynı Kanunun 61. maddesinde, " Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar." Şeklinde hükümlerin bulunması karşısında yaklaşık maliyete ve sair gizli tutulması gereken bilgilerin yetkisiz kişilere verilmesiyle veya bu bilgilerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamlanmış olacağı, ..."*

hareketlere uygulanacak ceza sınırı olan yedi yıl hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Ancak önemle belirtelim ki cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle bu suçun işlenmesi durumunda, ceza sınırları belirlenirken, bir zararın varlığı aranmamaktadır.[44] Kanunun cebir ve tehdidi ağırlatıcı sebep saymasının nedeni, fiilin ihaleye sokmamanın yanında kişinin girişim özgürlüğünü de sınırlamasıdır. Bu düzenleme ile işlenen fiilin sonucunda zararın oluşup oluşmadığına bakmaksızın suçun cebir ve tehdit kullanılarak işlenmesi, mahiyeti itibariyle cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hal olarak formüle edilmiştir. Cebir ve tehdit suçları, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru haline getirilmiştir. Dolayısıyla bu durumda bileşik suç söz konusu olduğu için fail ayrıca tehdit veya kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.[45]

6459 sayılı Kanunla 235. maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklikle; "İhaleye fesat karıştırma suçunun; a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, *ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.*" denilmiştir. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere yaralama ve tehdit suçunun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda "gerçek içtima" kuralları uygulanacaktır.[46] Cebir, şiddet veya tehdit kullanılması halinde ceza yaptırımının diğer fiillere nazaran daha ağır düzenlenmesinin nedeni bu tür fiillerin aynı zamanda kişinin maddi ve manevi özgürlüğünü de sınırlanmasıdır.

---

44 Özgenç, s. 68; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020 s. 863; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 980-981.

45 Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2013, s. 849.

46 "TCK'nın sisteminde cebrin bir suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul edildiği durumlarda, kullanılan cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini (m.87) gerçekleştirmişse, faile ayrıca bu suçtan dolayı da ceza verilmesi gerektiği şeklinde iken (m.102/4, m.103/5, m.109/6, m.119/2, m.149/2); ihaleye fesat suçunda kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesinden söz edilmiştir. Kanun koyucunun bu terminolojik farklılığı sehven yapmadığı ortadadır. Zira tehdit suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine kanunumuzda yer verilmemiştir. Bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehditle işlenmesi halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin 86. Maddenin 3. Fıkrasının ve 87. Maddenin ve tehdit suçuna ilişkin 106. maddenin 3. fıkrasındaki nitelikli hallerin göz önünde bulundurulması gerekir. Böylece kanun koyucu bu gibi hallerde gerçek içtima yoluna gitmiş olmaktadır" (Koca ve Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 863 vd.).

2.1.2.2.4. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları

Suçun seçimlik hareketlerinden bir diğeri ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalarıdır. Bu ihlale uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. İhale yoluyla en uygun mal veya hizmetin en elverişli fiyata alınması amaçlandığından, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarında açık veya gizli anlaşma yapması, bu rekabeti engelleyeceği göz önünde bulundurulmak suretiyle yasaklanmıştır.[47]

Genel anlamda ekonomik avantaj sağlamaya yönelik kartel anlaşmalarının yapılmasıyla bu suç işlenmez. Fiyatları veya ihale şartlarını etkilemeye yönelik anlaşmanın belli bir ihaleyle ilgisinin kurulması, anlaşmanın konusunu belli bir ihale ve içeriğini ise bu ihalede fiyatları etkilemek veya ihalenin şartlarının lehlerine değişmesini sağlamaktır.[48] Belli bir ihaleyle ilgili anlaşma bir veya daha fazla kişinin hiç teklif vermemesi şeklinde veya belirledikleri teklifleri sunma şeklinde gerçekleşebilmektedir. Anlaşmaya göre ihalenin kararlaştırılan isteklide kalabilmesi için diğer isteklilerin teklif vermekten kaçınmalarına sınırlandırıcı teklifler denilmekte; ihalede rekabetin yaşandığı izlenimini vermek için diğer isteklilerin kabul edilme ihtimali olmayan teklifler sunmalarına tamamlayıcı teklifler olarak tanımlanmaktadır. Bu iki ihtimalde de ihaleye fesat karıştırma söz konusu olacaktır.[49]

---

47 Erdağ'a göre, 765 sayılı TCK'nın 368. maddesinde düzenlenmiş bulunan ihaleden uzaklaşma hali, yani bir kimsenin kendisine veya başkasına vaad olunmuş para veya sair menfaat karşılığında artırma veya eksiltmeye devamdan çekilmek suretiyle fesat karıştırması 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde düzenlenmemiştir. Ancak kendisine sağlanan çıkar karşılığında ihaleye katılmazdan önce veya ihale sırasında çekilmeyi kabul eden kişi bu hareketiyle kendisine çıkar sağlayanla anlaşmış sayılır ve cezalandırılır (Erdağ, s. 389). Görüşümüze göre, 235/2. madde düzenlenen bu seçimlik hareket, Erdağ'ın kapsamadığını iddia ettiği halleri de kapsamaktadır.

48 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 16.1.2017 Tarih, E. 2013/17279 ve K. 2017/402 sayılı İlamı**: *"…konuşma sonucunda Es.. Anonim Şirketinin yetkilisi olan sanık Mahmut'un ihale şartnamesi almadığı, bu şekilde sanıklar Dursun ve Mahmut'un ise ihaleye girmeme konusunda sanık Ali ile anlaşmaları doğrultusunda sanık Dursun'un teklif vermemesi, sanık Mahmut'un da şartname almaması şeklindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu anlaşılmakla…"*

49 Buz, s. 191-192.

Suçun ne zaman oluşmuş sayılacağı konusunun da ele alınması gerekmektedir. Teklifin yetkili ihale makamına ulaşması ile fiilin tamamlanmış sayılacağı belirtilmektedir. Buna göre, idarenin teklifin kabul edildiği yolunda herhangi bir beyanda bulunmaları gerekli değildir.[50] Maddede anlaşmanın yapılması suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Bu nedenle, ihale sonucunda ihale şartlarının ve fiyatının etkilenmiş olması gerekli değildir. Ancak anlaşma sonucunda ihale şartları veya fiyatların etkilenmesi söz konusu olmuş, idare zarara uğramışsa suçun nitelikli şekli gerçekleşmiş olacaktır.

2.1.3. Fail

İhaleye fesat karıştırma, ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilecek bir suçtur. Diğer bir açıklamayla bu suçun faili gerçek bir kişi olabilir. Tüzel kişiler bu suçun faili olamaz. Bununla birlikte, ihaleye fesat karıştırma suçu bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, yine bu özel hukuk tüzel kişisi yararına işlenmiş olabilir. Böyle bir fiilin işlenmesinin sonucunda mahkûmiyet söz konusu olursa, tüzel kişi hakkında iznin iptaline ve müsadereye güvenlik tedbiri olarak hükmedilebilecektir (m. 60, 242).[51]

Bir özel hukuk tüzel kişisinin yararına işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunda, ihaleye fesat karıştıran organ kim veya kimlerden müteşekkil ise ya da temsilci kim veya kimler ise onlar fail olarak sorumlu olacaklardır. Örneğin, bir anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur (TTK m. 359). Eğer bu yönetim kurulu her konuda bizzat karar alıp icra ediyorsa sorun yoktur. Bunlar müştereken işledikleri fiillerden, konumuzla bağlantılı olarak da ihaleye fesat karıştırmadan sorumlu olacaklardır. Ancak bazen bu organ herhangi bir üyesini veya dışarıdan bir kişiyi temsilci olarak atayabilmektedir. Bu durumda, fiilin kim tarafından işlendiğinin tespiti önemli hale gelmektedir. Doktrinde *Arslan*'ın haklı olarak belirttiği gibi bu hususta genel kurallardan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir haklı sebep yoktur. İştirak kuralları çerçevesinde kurul üyelerinin ve temsilcinin sorumluluğunu belirlemek gerekmektedir (m. 37–41). Eğer kurul üyeleri temsilciyle birlikte hareket etmişlerse, almış oldukları karar çerçevesinde birlikte hareket söz konu-

50 Kazancı, s. 179-180.

51 Arslan, s. 169.

su ise, tümü müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır.[52]

Suçun kanuni tarifinde "fesat karıştıran kişi"nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma kural olarak herkes tarafından işlenebilecek bir suç olarak düzenlenmiştir. Fail olabilmek için suç tanımında herhangi bir özellik aranmış değildir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma "özgü (mahsus)" suçlar arasında değil, herkesin fail olabildiği "genel" suçlar arasında yer almaktadır.[53]

Ayrıca suçun faili olabilmek için ihale sürecinde artırma ve eksiltme işlemine katılmış olup olmamak da önemli değildir. Suç, ihalede teklif verenlerden biri tarafından işlenebileceği gibi, teklif vermeyen dışarıdaki herhangi bir kişi de fail olabilecektir. Çünkü bir ihalede artırma veya eksiltme işlemine katılmayan kişilerin de ihalede istekli durumunda olan kişileri çekilmeye zorlayabilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim kanun koyucu suç tanımında failin mutlaka teklif veren veya teklif alanlardan birisi olmasını aramamış, fesat karıştıran kişi demekle yetinerek herkes tarafından bu suçun işlenebileceğine işaret etmiştir.[54]

Suçun failine ilişkin düzenlemenin 235/2. maddede gösterilen hareketlerin tamamı bakımından geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Başka bir açıklamayla, her bir seçimlik hareket herkes tarafından işlenebilecektir. Kanun koyucu suçu oluşturabilecek hareketler arasında herhangi bir ayrım yapmamıştır. Dolayısıyla her bir seçimlik hareket herkes tarafından bizzat işlenebileceği gibi, müşterek faillik, azmettiren ya da yardım eden şeklinde de gerçekleştirilebilecektir. Böylelikle ihaleye fesat karıştırma suçunda ihale görevlisi ile ihale isteklisinin veya üçüncü bir kişinin birlikte fail olabilmesi mümkündür.[55]

---

52 Arslan, s. 169.

53 İhaleye şahsen katılmayan veya katılacak durumda olmayanlar da dâhil herkes bu suçun faili olabilecektir. Erdağ, s. 388.

54 Kazancı, s. 123; Yaşar vd, s. 6588-6589.

55 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 05.05.2016 tarih ve E. 2014/4010 ve K. 2016/4690 sayılı İlamında**: *"...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğinde olması nedeniyle eyleminin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici*

Bununla birlikte doktrinde 235/2. maddenin "a" bendinin (3) ve (4) numaralı alt bentlerinde düzenlenen fiillerin, yani "*Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak*" ve "*Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak*" eylemlerinin, ihalenin tabi olduğu mevzuata göre "yetkili kişiler" tarafından işlenebileceği, bu bentlerde her ne kadar maddede açıkça belirtilmese de, fiili olarak gerçekte birer "özgü suç" söz konusu olduğu belirtilmektedir. Buna göre, örneğin KİK kapsamında bir ihale söz konusu ise, bu kanunla belirlenmiş ihale yetkilisi tarafından bu fiiller işlenebilir. Sivil bir kişinin bu fiilleri işleyebilmesi mümkün değildir. Zira buna göre, teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak ya da teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak, ancak bir ihale yetkilisi tarafından gerçekleştirilebilecek hareketlerdir.[56]

235/2. maddenin "a" bendinin (3) ve (4) numaralı alt bentlerinde düzenlenen fiiller, ihaleye fesat karıştırabilme bakımından somut olayda mutlaka ihale yetkililerinin işin içinde olmasını gerektirmektedir.[57] Yargı-

konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine, yanılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi…".

56 Arslan, s. 167-168.

57 Ancak kişinin hangi konuda yetkili olduğu da önemlidir. Bunun için bkz: **Yargıtay, 9. CD., E. 2020/1660 K. 2021/65 T. 13.1.2021 İlamı**: *"İhale komisyonu üyeleri olan veya yaklaşık maliyeti hazırlayan sanıkların eylemlerinin ise TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. Maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, bu nedenle ihale sürecinde eksik ve hatalı işlemler yapılması gibi eylemlerin başlı başına ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyeceği anlaşılmakla tebliğnamede ki sanıkların eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği yönündeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. a) Sanıklar ..., ... ve ...'ın her iki hizmet alım ihalesinde de ihale komisyonunda yer almayıp*

tay'ın kararında "…sanıkların ihale komisyonlarında görev yaptıkları, suç oluşturan fiillerin ise sözleşmelerin ihale yetkilisi tarafından imzalanması aşamasında gerçekleştirildiği anlaşılmakla, takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan …" bahsedilmiştir.[58]

İhaleye fesat karıştırma kural olarak herkesin fail olabileceği bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bir seçimlik hareketin oluşumu bakımından birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Gerçekten 235/2. maddenin "d" bendinde düzenlen eylem birden fazla kişinin aynı yönde hareket etmesini gerektirmektedir. Bu bentte mahiyeti itibariyle çok failli bir suç düzenlenmiştir. Doktrinde burada "karşılaşma suçu" niteliğinde çok failli bir suçun bulunduğu belirtilmektedir.[59]

Suçun faili olmak için kamu görevlisi olmak veya ihaleye katılan istekli olmak aranmamaktadır. Ayrıca ihaleye fesat karıştıran kişinin kamu görevlisi olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira kanunun düzenlemesinde kamu görevlisi olmak nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.[60]

Yargıtay'ın bir kararında; *5237 sayılı TCK.'nun 40/2. Maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK.'nun 235/2. Fıkranın "a" ve "b" bentlerindeki* fiillerin failinin, özellikleri dolayısıyla belli kişiler olabileceğini kabul etmiştir.[61]

---

yaklaşık maliyet tespit komisyonunda yer almaları karşısında, sanıkların atılı eylemi işlemedikleri anlaşıldığından sanıklar hakkında beraat hükmü verilmesi gerekirken mahkumiyetlerine karar verilmesi,"

58 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 7.5.2014 Tarih, E. 2012/10423 ve K. 2014/5120 sayılı İlamı.**

59 Ayrıntılı bilgi için bkz: Özgenç, s. 211.

60 Artuk vd, s. 980.

61 *"…5237 sayılı TCK.'nun 235. Maddesinde ihaleye fesat karıştırma sayılan haller yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. Maddesindeki Kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle beraber incelendiğinde; 2. Fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, Bu itibarla 5237 sayılı TCK.'nun 40/2. Maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK.'nun 235 /2- (a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate*

Yargıtay benzer bir durumda yine; "235/2. *Fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin asli fail diğer kişilerin ise azmettiren ya da yardım eden olarak kabul edilmesi gerekir."* şeklinde karar vermiştir.[62]

2.1.4. Mağdur

Kanundaki sistematiğe göre suçun geniş anlamda mağduru toplumu oluşturan herkestir. İhalelerin dürüstlük ve rekabet kurallarına uygun olarak yapılması hususundaki haklı çıkarı ihlal edilen toplumun bütün fertleri evvelemirde bu suçun mağdurunu oluşturmaktadır. Dar anlamda mağduru ise ihale katılımcılarıdır.[63]

İhaleye fesat karıştırmayı oluşturan kimi fiiller toplumun genel manadaki çıkarı dışında doğrudan belli bir kişinin çıkarının zedelenmesine de yol açabilmektedir. İhaleye fesat karıştırma teşkil eden fiiller kendisine karşı işlenen kişiler bu suçun mağduru olarak karşımıza çıkacaktır. Örneğin, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmasına rağmen hileli davranışlarla ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenen kişi doğrudan mağdurdur (m. 235/2, a, 1). Ancak işlenen fiilden doğrudan etkilenme, ihaleye fesat karıştırmayı oluşturan fiilin doğrudan kendisine karşı işlenmesi, bu suçun mağdurunun sadece bu kişi olabileceği sonucunu doğurmaz. Belli bir kişiye karşı bu fiil işlenmişse de netice itibariyle mağdur toplumu oluşturan herkes, bu topluluğun içinde belli bir kişi olan fiilden etkilenen ise doğrudan mağdur olarak karşı-

alınarak, Kamu görevlisi olmayan sanık Turgut'un suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması …" (**Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.09.2012 Tarih, 2012/3921 E. ve 2012/9472 K. sayılı İlamı**)

62 *"…5237 sayılı TCK.'nun 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma sayılan haller yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin TCK.'nın 2. maddesindeki Kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle beraber incelendiğinde; 2. Fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, Bu itibarla 5237 sayılı TCK.'nun 40/2. Maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK.'nun 235 /2- (a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri kabul edilerek yapılan incelemede; …"* (**Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.05.2013 Tarih, E. 2012/5248 ve K. 2013/4609 sayılı İlamı**)

63 Artuk vd., s. 982-983.

mıza çıkacaktır. Aynı şekilde, teklif edilen malları, ihale şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmasına rağmen, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılan kişiler (m. 235/2, a, 3), yine cebir veya tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmasına rağmen ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenen (m. 235/2, c) kişiler de bu suçun doğrudan mağduru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hak süjesinin ancak bireyler olabileceğini kabul ettiğimizden, tüzel kişilerin herhangi bir suçun, bu arada ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru sayılması mümkün değildir. Tüzel kişiler hukuki değerlerin taşıyıcısı olarak ancak suçtan zarar gören olabileceklerdir.[64]

2.1.5. Netice

6459 sayılı "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 235. Maddenin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılmadan önce ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için fesat karıştırma teşkil eden hareketlerin icrasının yeterli olduğu görülmekte idi. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçlarındandı.[65] Gerçekten değişiklikten önce 235. madde de ihaleye fesat karıştıranların cezalandırılacağı belirtilmiş, suçun oluşumu için başkaca bir sonucun ortaya çıkması aranmamıştı. Bu husus ihaleye fesat karıştırmanın görünüm şekillerinin gösterildiği 235/2. maddede "ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemek", "ihaleye katılmasını sağlamak", "değerlendirme dışı bırakmak", "değerlendirmeye almak", "gizli bilgilerin başkalarına ulaşmasını sağlamak", "cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başkaca bir yolla ihaleye ve ihaleye sürecindeki işlemlere katılmayı engellemek" ve "ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için anlaşma yapmak" şeklinde somutlaştırılmıştı. Dikkat edilirse, maddede belli bir fiilin işlenmesi, örneğin ihale şartları çerçevesinde gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştırmak, yeterli görülmüş, bunun sonucu olarak bir başka neticenin gerçekleşmesi aranmamıştı.[66]

Görüldüğü üzere ihaleye fesat karıştırma suçu 6459 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce "tehlike suçu" olarak düzenlenmekteydi. Çünkü suç tipinde ihaleye fesat karıştırmaya yönelik hareketlerin işlenmesi su-

64 Arslan, s. 172.

65 Özgenç, s. 190.

66 Arslan, s. 163.

çun tamamlanmış sayılması bakımından yeterli görülmüş, bunun dışında herhangi bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır. Başka bir anlatımla, ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiillerin cezalandırılabilmesi için kamunun veya kişilerin bir zarara uğraması aranmamış, ihalenin yenilenmesi veya ertelenmesi gibi hususlara suç tipinde yer verilmemişti. Ayrıca sırf ihaleye fesat karıştırmayı oluşturan ve 235/2. maddede gösterilen hareketlerin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterli görüldüğünden, burada soyut tehlike suçu söz konusuydu.

Yapılan değişiklik ile maddenin 3. fıkrası "İhaleye fesat karıştırma suçunun; a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikten önceki 3. fıkra metninde "… zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez" şeklinde yer alan hükme yeni düzenlemede isabetli olarak yer verilmemiştir. 6459 sayılı kanunun 12. Maddesi ile yapılan değişiklikle suçun temel şekli "soyut tehlike suçu" olmaktan çıkarılarak "zarar suçu" haline dönüştürülmüştür. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma fiillerindeki kastın zarar amacını da içermesi gerekmektedir. Bahsedilen değişiklikle birlikte suçun temel şekli zarar suçuna dönüştürülerek ihaleye fesat karıştırılması durumunda zararın doğmaması nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve cezada indirime gidilmiştir. Buna karşılık kişinin suçun temel şeklinden cezalandırılabilmesi için fiil sonucunda kamu kurumunun zarara uğradığının tespiti gereklidir.[67]

Anılan değişikliğin sistematiğinden ve gerekçesinden kamu zararının, bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil suçun bir unsuru olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Zira ihaleye fesat karıştırma fiilleri ile kamu kurumu bir zarara uğramamış olsa bile fiil suç oluşturmakta ve cezalandırılmaktadır. Daha az cezayı gerektiren bu hükmü özel bir teşeb-

67 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 869-870.

büs hükmü olarak okumak gerekir.[68] Burada ortaya çıkan sakınca, değişiklikle birlikte zarar suçuna dönüşen ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şekline teşebbüsten verilecek cezanın (iki sene üç ay ile dokuz ay arasında), zararın ortaya çıkmadığı nitelikli hale (alt sınır bir yıl) oranla daha yüksek olabileceğidir. Bu nedenle mahkemeler cezanın tayininde adil olmayan sonuçların doğmamasına dikkat etmelidir.

Kanun koyucu suç siyaseti gereğince suçun bir unsuru olarak ayrıca zarar şartını öngörmüştür. Kamu zararının mahiyeti ve bir kamu kurumunun zarara uğrayıp uğramadığı belirlenirken başvurulacak olan mevzuat 5180 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'dur. Burada önemli olan kamu zararının ihaleye fesat karıştırma fiilleri neticesinde ortaya çıkmasıdır. Belirtmeliyiz ki anılan düzenlemeyle birlikte bu suçun işlenmesini oldukça zorlaştırmıştır. Zira zararın miktarını belirlemek bazı ihalelerde güç bir durum arz edebilir.

2.1.6. Nedensellik Bağı

Kişinin suç teşkil eden neticeden sorumlu tutulabilmesi için fiili ile netice arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekir. İhaleye fesat karıştırma suçu açısından yukarıda bahsedilen bentlerdeki netice suçu olarak tanımlanabilecek fiiller için nedensellik bağı aranır. Fakat sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacağından netice ve dolayısıyla nedensellik bağı gündeme gelmeyecektir. Bilhassa TCK'nın 235/2-d bendinde düzenlenen suçta ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşma yapılmasıyla suç tamamlanmış olacağından ayrıca nedensellik araştırılmayacaktır. İhale neticesinde kamu adına bir zarar ortaya çıkmış olsa dahi nedensellik bağı araştırılmaz. Zira bizim görüşümüze göre kamu zararı ihaleye fesat karıştırma suçlarında objektif cezalandırılabilme şartıdır ve nedensel olmasa dahi fail meydana gelen zarardan sorumlu olmalıdır.[69]

---

68 *"Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibariyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir."* (Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 870).

69 Arif Naci Sucuoğlu, **İhaleye Fesat Karıştırma**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021, s. 292-293.

2.2. Manevi Unsur

Kanun açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediği için, ihaleye fesat karıştırma kasten işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışla bu suç işlenemez. Örneğin özensiz davranarak ihaleye girme yeterliğine sahip kişilerin yeterli olmadığı sonucuna varılıp ihaleye girmesine engel olunan hallerde, ihaleyle ilgili olup gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarının öğrenmesine neden olunması hallerinde, ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olmayacaktır.[70]

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğunun kabul edilebilmesi için, failin yukarıdan beri sıralamaya çalıştığımız maddi unsurlar hakkında bilgi sahibi olarak, yani fiili, konuyu, faili ve mağduru bilerek hareket etmiş olması gerekmektedir. Buna göre, suçun meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için, failin kamu kurum veya kuruluşları hesabına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştırma hususunda bilerek hareket etmelidir. Suçun manevi unsurunu oluşturan kastı, ihaleye fesat karıştırmayı oluşturan yukarıda fiil başlığı altında açıklanan her bir seçimlik hareketle bağlantılı olarak ayrıca değerlendirmek gerekir.[71]

Suçun kanuni tanımında doğrudan kastla işlenebileceğine işaret eden herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçu hem doğrudan kast ile hem de olası kast ile işlenmeye elverişlidir. Her somut olayda failin doğrudan kastla mı, yoksa olası kast ile mi hareket ettiğinin ayrıca belirlenmesi zorunludur.

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu açısından failin kasten hareket etmesi aranmış, kastın dışında başkaca herhangi bir sübjektif unsurun gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu nedenle, suçun oluşumu açısından failin belli bir amaç veya saikle hareket etmesi gerekli değildir. Diğer bir deyişle, failin somut olayda hangi amaç veya saikle hareket ettiğinin suçun oluşumu açısından herhangi bir önemi yoktur, bakılacak olan husus failin fiilini ihaleye fesat karıştırmaya yönelik olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususudur.

70 Arslan, s. 197; Yaşar vd, s. 6616-6617.

71 Kazancı, s. 185; Yaşar vd, s. 6616-6617.

3. HUKUKA AYKIRILIK

Görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin ihaleye fesat karıştırma suçu açısından değişik şekillerde gündeme gelebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, hakkında farklı bir suçtan yakalama emri bulunan bir isteklinin açık ihale sırasında yakalanarak (CMK m. 90; PVSK m. 13), onun ihaleye ve ihale sürecindeki diğer işlemlere katılmasına mâni olan kolluk görevlileri ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemiş olmayacaktır. Yine bu kapsamda, CMK'nın 119 ve devamı maddelerine göre, suç delili elde etmek amacıyla arama yapan kolluk görevlisi, bu sırada tekliflerle ilgili olup ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken bilgi ve belgelere el koyup amirine veya Cumhuriyet savcısına ulaştırabilir. Görevin ifası kapsamında gizli kalması gereken bilgilerin, başkalarına yani amirlerine ulaştırılması söz konusu olduğundan suç oluşmayacaktır.[72]

4. KUSURLULUK

İhaleye fesat karıştırma teşkil eden fiiller, büyük ölçüde ihale mevzuatında da yasaklanmıştır. Suç tipiyle örtüştüğü sürece yasak olan bu fiiller aynı zamanda suç da teşkil etmektedir. Buna göre, ihale sürecinde yasaklanmış olan fiillerin bir emrin ifası kapsamında gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Daha farklı bir deyişle, ihalede yasak fiiller kapsamına giren bir fiilin işlenmesi için verilen emir hukuka aykırıdır ve bu emri yerine getiren ast da emri veren de sorumluluktan kurtulamayacak ve 235. Maddede kapsamında sorumlu tutulacaklardır.

İhaleye fesat karıştırmayı oluşturan fiillerin mahiyeti bakımından zorunluluk halinin varlığını kabul etmemizi gerektirecek bir şekilde gerçekleşmesi mümkün değildir. Ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçuyla bağlantılı, zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilmiş değildir.

Maruz kaldığı cebir ve tehdidin etkisi altında ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiilleri işleyen kişi, cebir ve tehdit yukarıda belirtildiği üzere belli bir ağırlığa ulaşmış ise, ihaleye fesat karıştırmayı teşkil eden fiillerden bizzat cebri ve tehdidi uygulayan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin mevzuata ve şartnameye göre gizli kalması gereken bilgileri, aile üyelerinden birinin öldürüleceği tehdidi altında, üçüncü şahıslara ulaştıran kişi, kusurlu sayılamayacağı için cezalandırılmayacaktır.

72 Arslan, s. 203.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1. Teşebbüs

İhaleye fesat karıştırmanın neticeli bir suç olduğu, sırf hareket suçu olmadığı maddi unsurlar kapsamında belirtilmişti.[73] Bu çerçevede, icra hareketlerinin tamamlanması aşamasına kadar ihaleye fesat karıştırma teşebbüse elverişlidir. Diğer bir ifadeyle, icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs gerçekleşebilecektir. Örneğin 235/1, a maddesi kapsamında ihaleye katılımı engellemeye veya sağlamaya yönelik suçun meydana gelmesine elverişli hileli bir davranış gerçekleştirilmiş fakat kişilerin ihaleye girmesi engellenememiş veya ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenememiş ise;[74] aynı şekilde suçu işlemeye elverişli hileli davranışlar gerçekleştirilmiş ancak ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılması sağlanamamış ise; hileli davranışlara rağmen şartnamede belirtilen nitelikleri taşıyan malların taşımadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılmasında başarılı olunamamış veya şartnamede belirtilen özelliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması sağlanamamış ise, suçu işlemeye elverişli fiillerin doğrudan icrasına başlanmış ve fakat elde olmayan sebeplerle tamamlanamamış kısacası teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan bahsedilecektir.[75]

Bunun dışında tekliflerle ilgili olup mevzuata ve şartnameye göre gizli kalması gereken bilgileri, başkalarına ulaştırmak için uhdesine alan fakat ulaştıramadan yakalanan kişinin hareketinin de teşebbüs aşamasında

---

73 Arslan, s. 213.

74 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 23.9.2014 Tarih, E. 2013/3317 ve K. 2014/48838 sayılı İlamı**: *"..Kocaali Devlet Hastanesince 16/12/2008 tarihinde düzenlenen temizlik hizmet alımı ihalesine teklif vermek üzere gelen katılanın "siz ihaleye girmeyin, size istediğiniz kadar para veririm" şeklindeki teklifi kabul etmemesi üzerine Zabit Topçu'yla birlikte saldırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanın ihaleye katılarak kazanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, …"*

75 Benzeri değerlendirme için bkz: Kazancı, s. 190; Arslan, s. 213. **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 18.4.2013 Tarih, E. 2012/4500 ve K. 2013/3662 sayılı İlamı**, *" … TCK'nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için öğretide de çoğunlukla be-*

kaldığını kabul etmek gerekmektedir. Aynı şekilde bu kapsamdaki bilgileri başkalarına ulaştırmaya yönelik icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen, örneğin e-mail, mesaj, chat, mektup gibi yollarla göndermesine rağmen bilgilerin muhataplarına elinde olmayan sebeplerle ulaşmamış olması halinde de teşebbüs aşamasında kalmış fiil söz konusudur.[76] Ayrıca ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişinin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla cebir kullandığı veya tehdidi gerçekleştirmesine rağmen, bu kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katıldığı hallerde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu durumda ihaleye fesat karıştırma için icra hareketlerine başlanmış, ancak icra hareketleri tamamlanamamıştır.[77]

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaları, mahiyeti itibariyle birden fazla kişinin bir araya gelmelerini ve ortak bir hususta anlaşmalarını gerektirmektedir. Buna göre, ihaleye istekli olanlardan birinin ihale şartlarının ve özellikle fiyatları etkilemek maksadıyla diğer isteklilere anlaşma teklifinde bulunduğu, teklifte bulunduğu kişilerin bunu kabul etmediği, anlaşmaya yanaşmadıkları hallerde teşebbüs halinde kalmış fiilden söz edilecektir.

---

nimsendiği üzere, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmamasının önemli olmadığı, dava konusu olayda ise; ihaleye girmek için teminat yatırdıkları anlaşılan sanıkların açık artırma suretiyle satışı gerçekleştirilecek orman emvallerinin fiyatını etkilemek amacıyla aralarında yaptıkları paylaşımı kağıda aktardıkları sırada olay yerinde bulunan görevli polis memurlarınca olaya müdahale edilmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığının bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri,...".

76 Özgenç, s. 44.

77 Kazancı'ya göre, maddenin bu fıkrasına uygun bir ihaleye fesat karıştırma, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek amacıyla cebir kullanması veya tehdit etmesiyle, yani hareketin icra edilmesiyle birlikte gerçekleşecektir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma teşebbüse elverişli değildir (Kazancı, s. 191-192). Kanunda ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip kişilerin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla cebir kullanılması veya tehdidin gerçekleştirilmesinden değil, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılmalarını engellemek suç olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, cebir ve tehdit kullanılmak suretiyle ihaleye katılımın engellenmesi gerekir. Engelleme gerçekleşmemişse, tamamlanmış bir suçun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Az önce belirtilen nedenlerle bu görüşe katılmıyoruz.

5.2. İştirak

5.2.1. Şeriklik

İhaleye fesat karıştırma suçu iştirak bakımından özellik göstermez. Şerikliğin ilk görünüm şeklini oluşturan azmettirme, suç işleme düşüncesi niyeti olmayan bir kişiye bu yönde karar verdirilmesi, onun iradesinin çözülmesini ifade etmektedir.[78] Suç işleme kararı vermiş bir kişinin, kararının kuvvetlendirilmesi halinde yardım etme söz konusu olacaktır.[79] Buna uygun olarak ihaleye fesat karıştırma düşüncesi ve niyeti olmayan bir kişiye, bu kararın verdirildiği hallerde azmettirmeden bahsedilecektir. Azmettiren ihale yetkilisi olabileceği gibi, üçüncü bir şahıs da olabilecektir. Azmettirme, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik olmalıdır. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma konusunda azmettirdikten sonra, suçun işlenişine ilişkin önemsiz sapmalar azmettirenin sorumluluğuna etkili değildir. Örneğin, ihaleye katılanların tamamıyla anlaşarak ihaleye fesat karıştırılmasına azmettiren kişi, isteklinin biri dışında diğerleriyle anlaştığı hallerde de sorumlu olacaktır.

İhaleye fesat karıştırana yardım eden kişi de şerik olarak sorumlu tutulacaktır. Bir suçun işlenişine yardım etme şeklinde değerlendirilebilecek hareketler TCK'nın 39/2. maddesinde "suç işlemeye teşvik etmek", "suç işleme kararını kuvvetlendirmek" veya "fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek", "suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek", "fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak", "suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırma" şeklinde gösterilmiştir.[80]

İhaleye fesat karıştırmada bütün bu şeriklik hallerinin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin ihaleye bir isteklinin katılımını sağlamak için, sahte iş bitirme belgesi düzenleyen kamu görevlisi, ihaleye fesat karıştırılabilmesi için yol gösteren kişi, ihaleye katılan isteklilerden birini, anlaşıp ihaleye fesat karıştırmalarını sağlamak amacıyla diğerleriyle buluşturan kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Azmettiren ve yardım edenin ihaleye fesat karıştırmadan sorumlu tutulabilmesi bağlılık kurallarının gereklerinin gerçekleşmesine bağlıdır. TCK'nın 40. maddesindeki düzenlemeye göre, azmettiren ve yardım ede-

78 Özgenç, s. 615.

79 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 874 vd.

80 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 874 vd.

nin ihaleye fesat karıştırma fiilinden sorumlu tutulabilmeleri, asıl failin, kısacası azmettirilen veya fiiline yardım edilen kişinin, kasten ve hukuka aykırı bir fiili işlemiş olması yeterlidir. Asıl failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu sayılması veya diğer cezalandırılabilirlik şartlarını taşıyor olması gerekli değildir. Buna göre, asıl fail kusurlu sayılmadığı veya cezalandırılabilirliğin diğer şartları gerçekleşmediği için cezalandırılamasa dahi, azmettiren ve yardım eden cezalandırılabilecektir[81]. Ayrıca kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil, teşebbüs aşamasına ulaşmış suçları da kapsamaktadır (m. 40/3). Buna göre, teşebbüs aşamasında kalmış bir ihaleye fesat karıştırma halinde azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu saklıdır.

5.3. İçtima

Kanunda suçların içtimaı kapsamında yer alan bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimaın ihaleye fesat karıştırma suçunda gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenle, aşağıda içtima konusunu bu ayrım çerçevesinde ele alınacaktır. Ancak daha önce ihaleye fesat karıştırmada gerçek içtimaın da mümkün olduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim 235. maddenin 4. fıkrasında, "İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar" demek suretiyle gerçek içtimaa göre hareket edilmesi gereken bir hale yer verilmiştir. Buna göre, ihale yetkilisinin menfaat temin ettiği hallerde, onun hakkında ihaleye fesat karıştırmanın dışında olayın özelliğine bağlı olarak irtikâp, rüşvet veya görevi kötüye kullanma gibi suçlardan da ceza davası açılabilecektir.[82]

Cebir veya tehditle ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi halinde, cebri ve tehdidi uygulayan fail, sadece ihaleye fesat karıştırmadan 235/2, c'ye göre sorumlu olacak, 235/3,a ya göre "kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumu" saklı kalmak üzere ayrıca cebir ve tehdit fiilinden dolayı cezalandırılmayacaktır.[83] Öte yandan ihaleye fesat karıştırma suçu sahte evrak kullanılmak suretiyle işlendiği takdirde fail hem evrakta sahtecilik

81 Bağlılık kuralının gerekleri hakkında bkz: M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, 15. Baskı, s. 738; Özbek vd, s. 492 vd.

82 Artuk vd, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 977.

83 Arslan, s. 224; Kazancı, s. 199.

hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[84]

İhaleye fesat karıştırma, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği bir şekilde işlenebilir. Bunun dışında ihaleye fesat karıştırma, kanundaki yeri bakımından herkesin mağdur olduğu suçlar kategorisine girmektedir. Bu nedenle, örneğin bir ihale yetkilisinin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında yetkili olduğu ihalelere değişik zamanlarda fesat karıştırdığı takdirde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Önemli olan aynı suç kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesidir. Fesadın 235/2. maddedeki seçimlik hareketlerden hangisiyle gerçekleştirildiği önemli değildir. Örneğin ihale yetkilisi bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir ihalede tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştırarak, diğer bir ihalede hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip bir kişiyi sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakarak fesat karıştırdığı takdirde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Değişik zamanlarda gerçekleştirilen fesat karıştırma teşkil eden fiiller aynı mağdura yönelik de olabilir. Örneğin aynı isteklinin aynı ihaleye yetkilisi tarafından farklı ihalelere katılmasının engellenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir hal gerçekleşecektir.[85]

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek şekilde ihaleye fesat karıştırma istekliler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bir istekli bir ay içinde katıldığı farklı kamu kurumlara ait ihalelere aynı suç işleme kararının icrası kapsamında fesat karıştırması halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Aynı şekilde, bir il valiliğinin taşımalı eğitim sistemi çerçevesinde farklı köylerden merkeze taşıma işi için yaptığı ihalede, taşıma işini yapacak kooperatif üyelerinin aralarında anlaşarak her birinin bir köy ihalesine katıldığı hallerde de, her bir köyün ihalesi bakımından ayrı bir ihaleye fesat karıştırmanın bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu durumda failler bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda suçun konusu ihaledir. Dolayısıyla ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip ve kendi adına ihaleye katıl-

84 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 875.

85 Arslan, s. 220.

mak isteyen isteklilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmamaları için topluca tehdit edildiği veya hürriyetlerinden yoksun bırakıldıkları halde de tek bir ihale söz konusu olduğu için tek bir suç oluşur. Aynı şekilde ihaleye teklif veren birden fazla isteklinin teklifleriyle ilgili olup ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken bilgilerin yer aldığı bir belgenin diğer şahıslara ulaştırıldığı hallerde, tek bir ihale kapsamında suç işlenmiş olacak ve içtima hükümlerine başvurulmayacaktır.[86]

YAPTIRIM

1. Ceza

TCK'nın 235. maddesinde yaptırım olarak sadece hapis cezasına yer verilmiştir. Adli para cezası ne seçenek yaptırım olarak ne de hapis cezasının yanı sıra uygulanması gereken diğer ceza şekli olarak kabul edilmiştir. Tüzel kişilerle ilgili olanlar dışındaki güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için şartların oluşması yeterli olduğundan, bunların, diğer bir deyişle şartları oluştuğunda kendiliğinden uygulanması gereken yaptırımlar olması sebebiyle, bunlar ayrıca maddede zikredilmemiştir.

6459 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile 235. maddenin 1. fıkrasında; *"Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde yer alan düzenleme, *"Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklinde değiştirilmiştir.[87]

Yapılan değişiklik ile maddenin 3. fıkrası *"İhaleye fesat karıştırma suçunun; a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yarala-*

86 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 16/6/2014 Tarih, E. 2014/926 ve K. 2014/6687 sayılı İlamında**; *"... babasına ait evin A. İcra Müdürlüğünde ihale usulüyle satıldığı esnada açık arttırmanın yapıldığı idareye gelen ve "bu evi alacak adamı öldürürüm" şeklinde tehdit içeren sözler söyleyerek ihalenin iptal edilmesine neden olan sanığın eyleminin, aynı Kanun'un 235/5 kapsamında kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeyle tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi..."*

87 Arslan'a göre, kanun koyucu bu düzenlemesiyle doktrinde güçlü bir şekilde savunulan "ekonomik suça ekonomik ceza" görüşünü benimsememiştir. Bkz: Arslan, s. 230. Kanunun hazırlanması görev alan akademisyenlerden biri olan Özgenç'te yeni Kanunun

ma veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" şeklinde değiştirilmiştir.

Yapılan değişiklik ile ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin ceza sınırları üç ile yedi yıl arası hapis cezasına indirilmiş, suçun işlenmesi dolayısıyla zarar meydana gelmemesi durumu, yeni düzenleme ile kabul edilen suçun temel şekline nazaran daha az ceza verilmesi gereken hal sayılarak ceza sınırları bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu yeni düzenlemenin lehe kanun değerlendirmesini gerektirdiği açıktır.

Değişiklikten önceki 3. fıkra metninde *"... zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez"* şeklinde yer alan hükme yeni düzenlemede isabetli olarak yer verilmemiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeye fıkra metninde yapılan değişiklikte yer vermemesinden, artık zarar miktarının somut olarak (rakamsal olarak) belirlenmesini şart koştuğunu belirtebiliriz.[88] Oluşan kamu zararının rakamsal olarak açık bir şekilde belirlenemediği hallerde, verilecek ceza, suçun temel şekli yerine daha az ceza verilmesini gerektiren halden yani bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmelidir.[89]

---

sisteminde yaptırım olarak ekonomik suça ekonomik cezanın asla benimsenmediğini belirtmektedir. Bkz: Özgenç, s. 652.

88 Zarar kavramının dar değil geniş yorumlanması yönünde görüş için bkz. (Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 72) Doktrinde Koca ve Üzülmez; "fiillerin cezalandırılabilmesi için kamu kurumu veya kuruluşunun zarar görmesinin aranması, bu suçun işlenmesini zorlaştırmıştır. Zira ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiiller sonucunda kamu kurumu veya kuruluşunun zarar görmesi, ancak eksiltme ihalesinde en çok eksiltenin, artırma ihalesinde ise en çok artıranın ihaleden engellenmesi mümkün olabilecektir. Çünkü sadece bu durumda zararın somut olarak belirlenmesi mümkündür." (Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 868) düşüncesindedir. Zararın, sadece artırma veya eksiltme usullerinin uygulandığı ihalelerde somut olarak belirlenebileceğine dair düşünceye, zararın kurum yetkilisi ile ihaleye alanın anlaşması ve yaklaşık maliyetin yüksek belirlenerek ihaleyi alana hak etmediği ödemelerin yapılması gibi başka şekillerde de gerçekleşebileceği düşüncesiyle katılmamaktayız.

89 Ersan Şen ve Ertekin Aksüt, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 42; "Ayrıca kamu zararının varlığı ancak belirlenememesi halinde maddenin temel şeklinin (md. 235/1) uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Çünkü hüküm ortadan kaldırılmış ancak yerine bir şey

2. Güvenlik Tedbirleri

İhaleye fesat karıştırma kasten işlenebilen ve sonuçta hapis cezasını gerektiren bir suçtur. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırmaktan mahkûmiyet halinde 53. maddedeki hak yoksunlukları gündeme gelecektir. Hak yoksunluğu ihaleye fesat karıştırmaktan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının infazı süresince devam edecektir. Ancak 53/1. maddede gösterilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle ihaleye fesat karıştırılmışsa, bu hak ve yetkinin kullanımından yoksun cezanın infazından sonra da 53/5. madde nedeniyle devam edebilecektir. Yukarıda yapılan açıklamalar TCK'nın genel hükümler çerçevesinde yapılan değerlendirmelerden ibarettir. Hemen belirtilmelidir ki, KİK ve DİK'de de hak yoksunluğu öngörülmüştür.

İsteklilerin ceza sorumluluğu başlığını taşıyan KİK 59. maddede, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan TCK'ya göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan ve mahkûm olan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında cezanın yanı sıra idarece KİK'nın 58. maddesine göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu KİK kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58/2. maddesinde sayılanlarla birlikte yasaklanacakları öngörülmüştür.[90]

konmamıştır" (Doğan Soyaslan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, C. 19, S. 2, s. 405); "Hâkim somut olayın özelliklerine göre, kamu zararı olduğunu gerekçesinde göstererek kendisi takdir edebileceği gibi bu husus da bilirkişi raporu da alabilir. Ancak farazi olarak zararın meydana gelebileceği ihtimali üzerine suçun oluştuğu söylenemez… kamu zararının somut olarak belirlenmesi gerekmekle birlikte, bu zararın net ve kesin ve net bir şekilde belirlenmesine ve bu hususta her zaman bilirkişi raporu alınmasına gerek yoktur" (Koca, s. 141); Bu hususun belirlenmesinde bilirkişilik kurumunun ayrı bir önem kazandığına dair görüşler için ayrıca bkz: Şen ve Aksüt, s. 42.

90 KİK m. 58/2: "Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir" şeklindedir.

Doktrinde bazı yazarlar KİK 59. maddede öngörülen koruma tedbiri veya ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluğu olarak öngörülen ihaleden yasaklanma düzenlemelerinin nitelikleri ve fiiliyatta uygulanabilirlikleri açısından sorunlu gören ve ilgili düzenlemeleri ceza adalet sistemiyle uyumlu hale getirilmeleri gerektiğini ifade etmektedir.[91]

KİK'nın 59/1. maddesinde süreli hak yoksunluğu yaptırımı öngörülmüştür. Maddenin 3. fıkrasında ise, sürekli hak yoksunluğunu gerektiren hale yer verilmiştir. Buna göre, 17. maddede belirtilen fiil ve davranışlardan TCK'ya göre suç teşkil eden fiil ve davranışları işlemekten dolayı haklarında mükerrer cezaya hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

İsteklilerin ceza sorumluluğu ve buna bağlı hak yoksunluklarını düzenleyen 59. maddenin dışında, 60/1. maddede görevlilerin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu maddede geçen görevlilerden maksat, ihale yetkilileri, ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerdir. Bu kişiler 17. maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunmaktan dolayı haklarında bir ceza mahkûmiyetinin kurulmasına yol açarlarsa, bir daha KİK kapsamına giren işlerde görevlendirilmeyeceklerdir. Bu durumun görevliler bakımından doğurduğu diğer bir sonuç da, KİK kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca KİK ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamama ve görev alamamadır (KİK m. 60/2).

Görevliler KİK'in 5. maddesinde belirtilen ilkelere ve 62. maddesinde belirtilen kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin vermişler ve ihale yapmışlarsa haklarında 60. maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen hak yoksunlukları uygulanacaktır (KİK m. 60/3). Bunun dışında KİK uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre

91 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 881; İzzet Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 83.

KİK'nın 58 ve 60. maddelerinde belirtilen müeyyideler uygulanacaktır (m. 60/1).

Ceza sorumluluğu ve sonuçları başlıklı DİK'nın 85/1. maddesine göre, 83'üncü maddenin c bendinde yazılı fiil ve davranışları işledikleri tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza mahkûmiyeti vaki olmuş ise, bunlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten men kararı verilir.[92]

Görüldüğü gibi hem KİK'te hem de DİK'te cezanın infazından sonra işlemek üzere veya ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak işlemek üzere ihaleye girememek, ihale kanunları kapsamına giren işlerde görev alamamak gibi farklı hak yoksunlukları öngörülmüştür. TCK'nın 53. maddesi ise, kural olarak cezanın infazından sonra işleyecek hak yoksunluğunu kabul etmemiştir. Bunun istisnasını belli hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar oluşturmaktadır. Bu halde mahkûm olunan hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle infazdan sonra işlemek üzere hak yoksunluğuna mahkeme karar verebilmektedir. TCK'nın 5. maddesi, TCK'nın genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını öngörmektedir. TCK'nın yürürlüğünü düzenleyen 5252 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinde özel ceza kanunlarında veya ceza normu içeren özel kanunlardaki TCK'nın genel hükümlerine aykırı hükümlerde 31 Aralık 2008 tarihine kadar TCK'ya uyumu sağlayacak yönde değişiklik yapılmadığı takdirde artık TCK'nın genel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bize göre, KİK ve DİK'de 5252 sayılı Kanun'da belirtilen tarihe kadar TCK'ya hak yoksunluklarında uyumu sağlamaya yönelik değişiklik yapılmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçundan kaynaklanan mahkûmiyetin sonucu olarak TCK'nın 53. maddesindeki hak yoksunluğuna ilişkin kurallar geçerli olacaktır.[93]

---

92 DİK'in 83/1, c bendi kapsamında *"İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,"* yasak fiiller arasında sayılmıştır. Arslan'ın belirttiği üzere 85/1. madde kapsamın hak yoksunluğuna yol açan fiiller daha ziyade edimin ifasına fesat karıştırmayla ilgilidir. Bkz: Arslan, s. 234.

93 **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 9.11.2017 Tarih, E. 2014/9286, K. 2017/4854 sayılı İlamı**: *"...Yüklenen suçu TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanıklar hakkında, aynı Kanunun 53/5. maddesi gereğince hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..."*

İhaleye fesat karıştırma suçuna hak yoksunluğu sonucunu sadece KİK ve DİK bağlamamıştır. Anayasanın 76/2. maddesine göre, *"En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler."*

Siyasi Partiler Kanununun 11/2. maddesinin b bendine göre, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırmadan dolayı mahkûm olanlar siyasi partilere üye olamazlar. Aynı zamanda kamu görevlileri hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan yürütülecek soruşturmalar izin prosedürü işletilmeksizin doğrudan gerçekleştirilir.[94]

İhaleye fesat karıştırma suçuyla bağlantılı olarak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağı TCK 242. maddede belirtilmiştir. Buna göre, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve tüzel kişinin faaliyetiyle ilgili yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı bir suç söz konusu olduğunda, tüzel kişinin faaliyet izni iptal edilecektir. Tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçtan elde edilen gelirler de müsadere edilecektir. Örneğin anonim şirket yetkililerinin şirket adına katıldıkları ihaleye fesat karıştırarak tüzel kişi yararına haksız kazanç sağladığı hallerde, tüzel kişinin faaliyet izni iptal edilecek, ayrıca tüzel kişi yararına elde edilen haksız kazanç da müsadere edilecektir. Ancak yararına olarak ihaleye fesat karıştırılan anonim şirketin faaliyet iznini iptali işlenen fiile nazaran daha ağır sonuç çıkaracaksa, örneğin bu tüzel kişi bünyesinde birkaç bin kişi çalışıyorsa ve ihaleye fesat karıştırma bu tüzel kişinin faaliyet alanlarından yalnızca biriyle ilgili olarak ortaya çıkmışsa, bu gibi hallerde faaliyet izninin iptaline karar verilmeyebilecektir.

94 Koca ve Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 882.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ceza yaptırımı ile koruma altına alınan ihaleler, *"mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri"* olarak belirtilmiştir. 2886 sayılı DİK kapsamındaki ihale türleri, 1. maddede: *"alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri"* olarak, 4734 sayılı KİK kapsamındaki ihale türleri ise, *"idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri"* olarak ifade edilmiştir.DİK m.1/1'de bahsedilen *"trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi"* ne dair ihaleler, TCK m. 235'te ve madde gerekçesinde açıkça zikredilmemiş ise de, kanaatimizce maddenin uygulama alanı içerisinde kalmaktadır.

Doktrinde taşıma işlerinin de TCK'nın 235. maddesinde açıkça belirtilmediği, bu tür ihalelere fesat karıştırılması halinde 235. maddenin uygulanamayacağına dair görüşler var ise de, taşıma işleri KİK'nın 4. maddesi çerçevesinde hizmet işleri kapsamında kabul edilmiştir. Dolayısıyla taşıma işlerine yönelik ihalelere fesat karıştırılmasının söz konusu olduğu hallerde, konu hizmet alım ihalesine fesat karıştırma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Doğrudan temin çerçevesinde gerçekleştirilen alım ve satımlara TCK'nın 235. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Başka bir ihale usulü ile ihale yapma imkânı varken, doğrudan temin usulünü tercih eden kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmesi ve dolayısıyla kamunun zararına neden olmaları veyahut kişilerin mağduriyetine neden olmaları durumu söz konusu ise, görevi kötüye kullanmadan ve kamu zararı oluşmuşsa zararın tazmini dolayı ile sorumlulukları gündeme gelecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu *"Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ve yapım ihaleler"* oluşturmaktadır. Makalede anılan değişiklik sonrasında suç tipinde ihaleye fesat karıştırmaya yönelik hareketlerin işlenmesi suçun temel şekli bakımından tamamlanmış sayılması için yeterli görülmemiş olup bunun dışında ayrıca zararın meydana gelmesi aranmıştır. Zararın meydana gelmediği fiiller ise daha az cezayı gerektiren nitelikli hal hükmündedir. İhaleye fesat karıştırmayı oluşturan ve 235. maddenin 2. fıkrasında gösterilen hareketlerin gerçekleştirilmesi

sonrası zararın varlığı suçun meydana gelmesi için zorunlu olduğundan ihaleye fesat karıştırmanın zarar suçları (neticeli suçlar) arasında yer aldığı düşünülebilir.

TCK'nın 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun hangi hareketlerle işlenebileceği, 235/2. maddede gösterilmiş bulunmaktadır. Aynı ihaleyle ilgili olmak üzere bu seçimlik hareketlerden birkaçının gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde, seçimlik hareketler hukuki anlamda tek fiili oluşturacağından tek ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusudur.

Bununla birlikte kanun koyucu cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen fesat karıştırma fiilleri dışında ortaya çıkabilecek diğer ihlalleri de kapsama alabilmek için, hukuka aykırı davranışlarla da ihaleye fesat karıştırılacağını belirtmiştir. Ancak düzenlemenin bu şekli ile eksiklikleri olduğunu düşünmekteyiz. Eksiliklerden ilki, 235. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde suçun; *"cebir veya tehdit kullanmak suretiyle"* işlenmesinin yanı sıra *"hukuka aykırı diğer davranışlarla"* da işlenebileceğinin belirtilmesine rağmen "hukuka aykırı davranışlardan" ne kastedildiğinin kanunda açıkça belirtilmemesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmekteyiz. Diğer bir eksiklik ise, fesat karıştırmaya yönelik "hukuka aykırı diğer davranış" olarak kabul edilebilecek davranışların / suçların, daha ağır cezalandırmayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. Düzenleme bu haliyle de eksik bırakılmıştır. Madde metninde "cebir" ve "tehdit" gibi fesat karıştırma sayılacak fiillerin sayılmak suretiyle belirtilmesi ve belirtilen bu suçlardan temel şekline göre daha ağır cezalandırmayı gerektiren halleri olanlar hakkında da değişiklikteki gibi uygulama yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin; ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olup, ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmak isteyen bir kişinin, "hürriyetinin kısıtlanarak" bu işlemlere katılmasının engellenmesi durumunda (ihale ve ihale sürecindeki işlemlere katılmak isteyen kişinin bir yere kilitlenip ihale sonuçlanıncaya kadar orada tutulması gibi) bu fiil, ihaleye katılmayı engellemeye yönelik "hukuka aykırı diğer davranışlar" içinde, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik bir fiil olarak düşünülebilecektir.

Kişinin hürriyetinin kısıtlanması suretiyle ihaleye ve ihale süreci işlemlere katılmasının engellenmesinin, "hileli davranışlarla, ihaleye katıl-

ma yeterliğine sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi" (m.235 /2-a) fiilini oluşturabileceği düşünülse de, bunun gerçekleşmesi için "hileli davranışlar" gerekeceğinden, bu tür fiillerin, belirttiğimiz şekilde hileli davranışlar başlığı altında değil de "hukuka aykırı diğer davranışlar" içinde daha doğrusu bu kısımda yapılacak düzenleme içinde düşünülmesi ve uygulanması daha yerinde olacaktır.

Hürriyeti kısıtlama suçu da (m.109), cebir (m.107) ve tehdit (m.106) suçları ile birlikte, Ceza Kanunu'nda "Hürriyete Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen bir suçtur. Bu suçta cebir (kasten yaralama) ve tehdit suçları gibi, suçun temel şekline göre daha ağır cezalandırmayı gerektiren nitelikli hallere sahiptir. Fakat bu suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca bundan dolayı bu nitelikli halden cezaya hükmedilemeyecektir bundan dolayı düzenleme bu hali ile de eksik olduğu düşünülmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde maddenin bu kısmı ile ilgili olarak belirlilik ilkesi gereği, "hukuka aykırı diğer davranışlarla" ibaresinin metinden çıkarılarak, hangi suçların buraya uygun olacağı düşünülüyorsa sayılmak suretiyle belirtilmesi ve bu suçların nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bunlardan dolayı ceza verilebilmesi için *"bu suçların, nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca bunlardan dolayı cezaya hükmolunur"* ibaresine kanun metninde yer verilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

İhaleye fesat karıştırma suçunun sahte evrak kullanmak suretiyle işlendiği hallerde, TCK'nın 212. maddesindeki düzenleme nedeniyle fail hem evrakta sahtecilikten hem de ihaleye fesat karıştırmadan dolayı cezalandırılacaktır.

Yine TCK'nın 220/4. maddesinde öngörülen gerçek içtima hükmü nedeniyle ihaleye fesat karıştırmanın örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği hallerde, fail hem ihaleye fesat karıştırmadan hem de örgüt suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Buna karşılık ihaleye fesat karıştırmanın cebir ve tehdit kullanmak suretiyle icra edildiği hallerde, cebir ve tehdit ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru haline geldiğinden ve bileşik suç hükmüne göre hareket etmek gerektiğinden fail sadece ihaleye fesat karıştırmadan dolayı cezalandırılacaktır.

İhaleye fesat karıştırma sayılan fiillerin teknik özellikler arz etmesi ve bazı ihalelerin yüksek meblağlara ulaşabilen rakamlar içerebilmesinden;

kovuşturmasının ceza sınırları itibariyle asliye ceza mahkemesinde değil kamuoyu nezdinde kamu kaynaklarının kanunlara ve mevzuata uygun kullanılıp kullanılmadığının yargı makamlarınca denetlenmesinin hassasiyet taşıması dolayısıyla heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesinde görülmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Ekonomik boyutuyla çoğu zaman bu suçun sonuçlarına nazaran daha hafif sonuçlar doğurabilen zimmet, rüşvet, irtikap gibi suçların kovuşturması ağır ceza mahkemelerinde yapılmasına rağmen, bu suçun yargılamasının ağır ceza mahkemelerinde yapılmamasının yerinde olmadığını belirtmeliyiz. Bu hususun gerçekleştirilebilmesi için 5235 sayılı Kanunun 12. Maddesinde ceza sınırlarına bakılmaksızın ağır ceza mahkemesinde görüleceği belirtilen "nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas" suçları gibi, bu suçunda ağır ceza mahkemesinde görülmesinin sağlanmasına yönelik ekleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Artuk, M. Emin. Gökcen, Ahmet. Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Artuk, M. Emin. Gökcen, Ahmet. Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 15. Baskı, 2021.

Aslan, Çetin. **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Baş, Harun Hakan ve Seyhan, Edat Yücel. **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat,** İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Buz, Vedat. **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2007.

Çalışkan, Hafize. "Kamu İhalelerinde Saydamlık", **İhale İmar Dergisi**, S. 2, Nisan 2003.

Doğan, D. Mehmet. **Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: Pınar Yayınları, 11. Baskı, s. 525.

Doğanyiğit, Sadettin. **Açıklamalı İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

Dönmezer, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998.

Erdağ, Ali İhsan. "Ekonomik, Sınaî ve Ticari Suçlar", Hukuk ve Adalet, **Eleştirel Hukuk Dergisi**, S. 5, Nisan 2005.

Gönen, Dinçer ve Işık, Hikmet. **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, Ankara: Yetkin Basım Yayın Dağıtım, 2008.

Hastürk, Mesut. "Kamu İhale Kanunu ile İhale Sisteminde Yapılan Değişiklikler", **Mali Kılavuz Dergisi**, S. 17, Temmuz-Eylül 2002.

Kamu İhale Kurumu, **Kamu İhaleleri İzleme Raporu 2021**, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2020_yilsonu.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

Kazancı, Behiye Eker. **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Koca, Mehmet Reis. **İhale Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Meran, Necati. **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 1992.

Özbek, Veli Özer. Kanbur, Mehmet Nihat. Doğan, Koray. Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2013.

Özek, Ali ve Kaya, Osman. **Açıklamalı Kamu İhale Rehberi**, 2. Baskı, Ankara, 2003.

Özgenç, İzzet ve Şahin, Cumhur. "Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanunun 4734 ile 4735 Sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususları" **T.C Kamu İhale Kurumu Eğitim Dairesi Başkanlığı**, Seminer Notları, Nisan, 2007.

Özgenç, İzzet. **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2013.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2021.

Soyaslan, Doğan. "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013.

Sucuoğlu, Arif Naci. **İhaleye Fesat Karıştırma**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021.

Şemsettin Sami. **Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık, 1. Baskı, C. 2.

Şen, Ersan ve Aksüt, Ertekin. **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Taşdelen, Aziz. **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

Tezcan, Durmuş. Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı 2021.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, İstanbul, C. 2, 1992.

Uz, Abdullah. **Kamu İhale Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Yaşar, Osman vd, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. V, Ankara, 2010.

KVKK MAKALELERİ

Çocukların Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Açık Rıza

Av. Duygu AKSÜNGER

•

Kişisel Verinlerin Yurt Dışına Aktarılması

Av. Selman BALTACI

•

Anayasal Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Devlet Müdahalesinin Sınırı

Av. Zeynep Sena SALTIK

•

DİVAN HEYETİ

Halime Albayrak
Nevzat Anı
Damlanur İpek

•

YAYIN KURULU

Gülçin Göral (Temsilci)
Ayşe Nalçacı
Damlanur İpek
Hatice Hocaoğlu
Kübra İslamoğlu Bayer
Mithat Aslan
Nur İnce
Pınar Saruhan

ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA

Duygu AKSÜNGER

1. GİRİŞ

25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğünün ("GDPR") 75 numaralı beyanında, çocukların hassas gruplar içerisinde yer aldıkları belirtilmektedir. Bu nedenle çocukların kişisel verilerinin işlenmesinin, fiziksel, maddi ve manevi olmak üzere pek çok farklı olasılık ve ağırlıkta risk barındıran bir faaliyet olduğu ifade edilmektedir. Çocukların, kişisel verilerinin işlenmesinin barındırdığı risklere karşı bir yetişkine göre çok daha az farkındalığı mevcuttur. Dolayısıyla, çocukların kişisel verileri işlenirken ayrı bir özen gösterilmesi gerekmektedir. Tüm bu nedenlerle GDPR, her üç internet kullanıcısından biri olan çocukların kişisel verilerinin korunması sürecine ilişkin çeşitli özel hükümler ihtiva etmektedir.[1] Avrupa Birliği üyesi devletlerin kendi mevzuatları incelendiğinde de GDPR ile uyumlu bir biçimde, çocuklar için ayrı ve özel hükümlere yer verildiği görülmektedir. Ancak ulusal hukukumuz bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[2] ("KVKK") kapsamında, bu nitelikte özel bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle çalışma kapsamında öncelikle GDPR ile çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde açık rıza kavramına ilişkin öngörülen düzenlemeler incelenecek ve ardından ulusal hukukumuzda böyle özel bir hükmün bulunmamasının yol açtığı sorunlar ve bu boşluğun nasıl doldurulabileceği hususu değerlendirilecektir.

2. GDPR BAĞLAMINDA ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE YAPILACAK BİLGİLENDİRME

Çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin olarak alınacak rızanın, genel kurallar gereğince serbest, aydınlatılmış ve açık rıza olması gerekmektedir. Serbest rıza ile kastedilen veri sahibinin gerçek ve hakiki

---

1 Peter Stalker v.d., Growing Up in a Connected World, 2019, s. 10, (https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/GKO%20Summary%20Report.pdf, (Erişim Tarihi: 10.04.2022).

2 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 24.03.2016 tarihli ve 29677 Sayılı Resmî Gazete.

bir seçim yapabilmesi, aradaki güç farkından yararlanılmamasıdır. Veri işlemenin sonuçları, amaçları ve tüm kapsamına değinilerek açık, tam, anlaşılır bir aydınlatmanın gerçekleşmesi durumunda bu şartın sağlandığı kabul edilebilecektir.[3]

GDPR'nin 12. maddesinde; spesifik olarak bir çocuğa yönelik her türlü bilgi başta olmak üzere, işleme faaliyetiyle alakalı olarak veri sahibine yapılacak tüm bildirimlerin öz, şeffaf, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir biçimde açık ve sade bir dille yapılması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle verinin işlenmesine dair amaç, kişisel verinin toplandığı esnada veri sahibine açıklanmalıdır. Ayrıca veri işlemenin yaratacağı riskler, buna ilişkin öngörülen kurallar ve güvenceler ile veri sahibinin hakları açık bir biçimde ifade edilmelidir. Nitekim GDPR'nin 58 numaralı beyanında bu hususa değinilmektedir. Buna göre ulusal mevzuatla farklı bir yaş grubu öngörülmesi hali saklı kalmak üzere, çocuğun bizzat rızasının alınacağı yaş grubu olan 16 ve üzeri yaştaki çocuklar yönünden bildirimler, çocuğun anlayabileceği açık ve sade bir dilde yazılmalıdır.[4] Bu doğrultuda diyagramlar, çizgi filmler, grafikler, videolar, panolar ve sembollerden yararlanılabileceği belirtilmektedir.[5] Bir yetişkine, bir çocuğa, alanda uzman bir akademisyene ya da kamuya yapılacak açıklamaların farklı nitelikte olması doğaldır.[6] UNICEF tarafından hazırlanan, hukuki terimlerin çocuklara uygun bir biçimde ifade edildiği "Çocuk Dostu Dilde Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme" bu kapsamda faydalı olabilecektir.[7] Aynı şekilde çocuklar yönünden daha geniş bir yaş aralığına hitap eden bir hizmette işlenecek verilere dair bildirim, bu geniş yaş aralığındaki en küçük yaş grubuna hitap edebilmeli ya da yaş grubu aralıkları için ayrı

3 Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Handbook on European Data Protection Law, Lüksemburg, 2014, s. 57-61, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-law-2nd-ed_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.04.2022); Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, Children and the GDPR, 22 Mart 2018, s. 16, https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-gdpr-1-0.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2022).

4 Avrupa Konseyi Anlaşma Dizileri No. 223, Explanatory Report to the Protocol Amending the Convention for the Protection of Individuals with Explanatory Report Regard to Automatic Processing of Personal Data, 2018, s. 12, 21, https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

5 Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, a.g.e., s. 5.

6 Avrupa Konseyi Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Handbook on European Data Protection Law, Lüksemburg, 2018, s. 215, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2022).

7 İlgili metin için bkz. https://www.unicef.org/media/56661/file (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

ayrı, anlaşılabilir nitelikte bir bildirim hazırlanmalıdır.[8] Tüm bunlar göz önüne alınarak hazırlanacak metin, çocuğun küçüklüğünden ya da aradaki güç dengesizliğinden faydalanılacak nitelikte olmamalıdır.[9] Bahsedilen rıza bu şekilde yeterli ve gerekli bilgilendirmenin ardından alınan serbest rıza olsa da, sadece böyle bir rızanın varlığı veri sorumlusunun sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İşlenen verilerin nasıl kullanıldığı önemli olmakla birlikte, rızanın alındığı amacın ötesinde kullanılmaması da gereklidir.[10]

3. GDPR BAĞLAMINDA ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE RIZAYI VERMEYE YETKİLİ KİŞİ

Çocuklara ait kişisel verilerin işlenmesinde rızanın bizzat çocuklar tarafından mı verilmesi gerektiği yoksa doğrudan yasal temsilcilerinin rızasının mı aranması gerektiği hususu tartışmalıdır. Rıza için yaş sınırı belirleme yöntemine başvurulduğunda, iki farklı çatışan görüş ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, çocukların, yetişkinlere oranla daha sıkı bir korumaya tabi tutulması ve rıza açıklama yaşının mümkün olduğunca yüksek tutulması gerektiğini belirtmektedir.[11] Diğer görüş ise bu yaşın daha düşük tutulması gerektiğini, aksi halde çocukların katılım haklarının engellenmesi sonucunun doğabileceğini öne sürmektedir.[12] Ancak bu ihtimalde de çocukların çevrimiçi hizmetlerden yararlanmasında yaş sınırının çok düşük tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Zira kişisel veriler, pazarlama alanının yanı sıra zorbalık, istismar gibi kişiler arası ilişkiler yönünden de korunmaktadır.[13]

GDPR'nin 8. maddesinde çocukların kişisel verilerinin işlenmesi sırasında rıza alınmasına dair özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre çocuklara sunulan bilgi toplumu hizmetleri söz konusu olduğunda, 16 yaşından küçük çocuklar yönünden kişisel verilerinin işlenmesine dair iznin çocuğun velisi tarafından verilmesi ya da onaylanması gerekmek-

8 Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, Children and the GDPR, s. 38.

9 Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, a.g.e., s. 3.

10 Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, a.g.e., s. 16.

11 Milda Macenaite, *"From Universal Towards Child-Specific Protection of the Right to Privacy Online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation",* New Media & Society, Cilt 19, Sayı 5, 2017, ss. 765-779.

12 Wonsun Shin ve Hyunjin Kang, *"Adolescents' privacy concerns and information disclosure online: The role of parents and the Internet,"* Computers in Human Behavior, Cilt 54, Ocak 2016, ss. 114–123.

13 Sonia Livingstone, *"Children: A Special Case For Privacy?",* Intermedia, Cilt 46, Sayı 2, 2018, s. 20, http://eprints.lse.ac.uk/89706/1/Livingstone_Children-a-special-case-for-privacy_Published.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2022).

tedir.[14] Ancak üye devletlerin kendi ulusal hukuklarında 16 yaş yerine 13'ten küçük olmamak üzere farklı bir yaş sınırı belirleme hakkı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla GDPR, üye devletlere belirli bir oranda takdir yetkisi tanımaktadır. Bunun sonucunda üye devletlere farklı yaşlar belirleme konusunda açık kapı bırakması ve çocukların korunmasında bir standardizasyona gidilememesine yol açması nedeniyle eleştirilmektedir.[15] Çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinin hiçbir koşulda mümkün olamayacağı hallerin belirlenmemiş olması ise yöneltilen başka bir eleştiridir.[16]

Tüm bunların yanı sıra, yasal temsilci tarafından verilecek rızanın gerekenden fazla korumacı olduğu da belirtilmektedir.[17] Mario Viola de Azevedo Cunha, buna gerekçe olarak rızanın çocuğun tüm çevrimiçi aktiviteleri yönünden onu sınırlandıran nitelikte olmasını göstermektedir. Ayrıca böyle bir kuralın, yasal temsilcilerin kişisel verilerin korunmasına dair çocuktan daha fazla bilgisi olduğu ön kabulüne dayandığını ve fakat bunun gerçekleri yansıtmadığını ifade etmektedir. Nitekim UNICEF'in yaptığı bir araştırma, ergenlerin büyük bir kısmının çevrimiçi mahremiyet ayarlarını nasıl değiştirebileceklerinin farkında olduğunu ortaya koymaktadır.[18] Bu nedenle çocukların ve ailelerin internet platformlarında mahremiyet ayarlarına ilişkin bilgilendirilmeleri, dijital okuryazarlıklarının artırılması gibi alternatiflerin yasal temsilci rızası şartına sıkı sıkıya bağlı kalmaktan daha etkili olacağı belirtilmektedir.[19] Üstelik çocukların çevrimiçi aktivitelerinde ebeveynlerin rızasını aramak, çocukların özel hayatın gizliliği hakları ile ifade özgürlüğü ve bu kapsamda bilgiye erişim haklarını da etkileyebilecektir. Zira aileler, gerekli rızayı verebilmek için çocukların oyun hesapları, sosyal medya hesapları gibi pek çok özel ve mahrem alanlarına girmektedir. Özellikle ergenlerin siyaset, din gibi sosyal konularda yeni görüşler öğrenerek kendi bağımsız fikirlerini oluşturmaya açık olduğu ifade edilmektedir. Benzer şekilde bu dönemde

14 Bilgi toplumu hizmetlerine, 2015/1535 Sayılı Direktifle açıklık getirilmiştir.

15 Mario Viola de Azevedo Cunha, Child Privacy in the Age of Web 2.0 and 3.0: Challenges and Opportunities for Policy, Aralık 2017, s. 12, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/Child_privacy_challenges_opportunities.pdf (Erişim Tarihi: 13.04.2022); Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu, Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, 13 Temmuz 2011, s. 28, https://www.pdpjournals.com/docs/88081.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

16 Birleşik Krallık Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi, **a.g.e,** s. 4.

17 de Azevedo Cunha, **a.g.e**, s. 12.

18 de Azevedo Cunha, **a.g.e**, s. 15.

19 de Azevedo Cunha, **a.g.e.,** s. 13'ten atıfla, Jasmontaite, Lina, De Hert, Paul, *"The EU, Children Under 13 Years, and Parental Consent: A Human Rights Analysis of a New, Age-Based Bright-Line for the Protection of Children on the Internet",* International Data Privacy Law, Cilt 5, Sayı 1, 2015, s. 20–33.

cinsel yönelim konusunda kendilerini keşfetme, bu konuda bilgi edinme ihtiyacı içerisinde oldukları belirtilmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin, bu yaş grubunda olup ailesi ile farklı görüşler paylaşan çocuklar açısından çocuğun çevrimiçi özerkliği ve bağımsızlığını yok edeceği belirtilmektedir.[20]

Bunun yanı sıra, çocukların özel hayatına yönelik pek çok ihlal, bizzat ebeveynleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Zira çocuklara ilişkin veriler filtresiz, sık sık ve çocuğun itiraz imkanı olmaksızın paylaşılmaktadır. Oysaki çocuklar, rızanın velileri tarafından verilmiş olması sebebiyle, kişisel verileri üzerinde sahip oldukları hakkı kaybetmemektedir. Bu nedenle sürece katılımları elzemdir.[21] Hatta yazarlarca, okuma yazma bilmese dahi anlama kapasitesi elverdiğince çocuğun da sürece katılım sağlaması tavsiye edilmektedir. Bu bağlamda resim, video gibi görsellerden yararlanılması ve verinin işlenmesi devam ettiği sürece, belirli aralıklarla bu bildirimin çocuğa hatırlatılması önerilmektedir. Bu durum Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ("BMÇHS") doğrultusunda araştırma, bilgiye erişme ve bilgiyi açıklama haklarını da kapsayan düşünce ve ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 7 ve 12 Sayılı Genel Yorumları da çocuğun katılım hakkının önemini vurgulamaktadır.[22] Özellikle 12 No'lu Genel Yorumda, çocuğun kendisini etkileyen her türlü adli ve idari işleme katılım hakkı açıklanmaktadır. Bu doğrultuda çocuğun kavrayış düzeyi ile biyolojik yaşı arasında her zaman eşit oranda bağlantı olmayabileceği belirtilmekte ve deneyim, sosyal ve kültürel beklentiler gibi etmenlerin hepsinin çocuğun görüş oluşturma kapasitesini geliştireceği hatırlatılmaktadır.

---

20 de Azevedo Cunha, **a.g.e.,** s. 15'den atıfla, Shin, Wonsun, Kang, Hyunjin, *"Adolescents' Privacy Concerns and Information Disclosure Online: The Role of Parents and The Internet,"* Computers in Human Behavior, Cilt 54, Ocak 2016, ss. 114–123. GDPR öncesi dönemde bu yönde karşılaşılan sorunlar için bkz. Lina Jasmontaite, "Children's Online Privacy and Data Protection by Self-Regulation Adopted on the EU Level: A Reality or An Illusion?", Tilburg Üniversitesi Hukuk ve Teknoloji Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2012, s. 58-65, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=128705 (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

21 Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu, Guidelines on Transparency Under Regulation 2016/679, 29 Kasım 2017, s. 10-11, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=622227 (Erişim Tarihi: 17.04.2022).

22 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No 7, 2005, https://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html (Erişim Tarihi: 05.04.2022); Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No 12, 2009, https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2022).

4. TÜRK HUKUKUNA GÖRE ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİ

KVKK, çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin herhangi bir özel hüküm içermemektedir ancak hak ehliyetine sahip bireyleri kapsamaktadır. Dolayısıyla çocuklar da kanunla öngörülmüş olan korumadan yararlanmaktadır. Bununla birlikte veri sahibinin çocuk olduğu durumlarda rıza vermeye yetkili kişinin kim olduğu tartışmalıdır. Türk hukukunda çocukların, kendilerini borç altına sokacak sözleşmeleri tek başlarına yapamamaları; şayet böyle bir sözleşme yapıldıysa ve ayakta tutulmak isteniyorsa, kanuni temsilcilerin sonradan onaylarını beyan etmeleri esastır.[23] Bunun sonucunda çocuğun, kendisini borç altında sokan bir sözleşmeye kanuni temsilcinin rızası olmadan taraf olması halinde sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Bu sözleşmenin yerine getirilebilmesi amacıyla işlenen kişisel veriler yönünden ise verilerin işlenmesi için mevcut yasal dayanak ortadan kalkacaktır. Böyle hallerde çocuğun sözleşmeye taraf olabilme durumu veya kanuni temsilcinin rızası öncelikle göz önüne alınarak hareket edilmelidir. Ancak kanuni temsilcinin rızası bulunan hallerde dahi çocuğun üstün yararı prensibi gereği verilerin işlenmesinin hukuka aykırılık teşkil edebilme ihtimali unutulmamalıdır.

Kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.[24] Şayet çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsizler için öngörüldüğü şekilde, bu işlem onun adına, yasal temsilcisi tarafından ve yüksek yararı gözetilerek gerçekleştirilmelidir. Ancak Türk Medeni Kanunu ("TMK") gereğince sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilen, belirli zihinsel olgunluğa erişmiş çocuklar söz konusu olduğunda, rızanın kim tarafından verileceği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş; ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kişisel verilerinin TMK m. 16/1 gereğince kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu ve bu nedenle tek başlarına rıza gösterebileceklerini kabul etmektedir.[25] Diğer bir görüş ise; kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterme hakkının mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmadığını ve sınırlı ehliyetsiz ile birlikte yasal temsilcisinin açık rızasına ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir. Buna örnek olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan nişanlanma verilmektedir. Nişanlan-

23 Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s.86; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 78; Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 57.

24 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, **a.g.e.,** s. 26.

25 Furkan Güven Taştan, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s.163.

ma, nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması sonucunda sınırlı ehliyetsiz tarafından tek başına kullanılamamaktadır.[26]

Kişisel Verileri Koruma Kurumu ("Kurum") ise 23.04.2020 tarihinde yayınladığı duyuruyla çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin tavsiye broşürleri yayınlamıştır.[27] Yayınlanan broşürlere bakıldığında, Kurumun çocukların çevrimiçi mahremiyetine oldukça önem verdiği görülmektedir. Ayrıca Kurum, rızanın alınması esnasında çocukların katılım hakkını da göz önüne almakta ve çocukları süreçten dışlamayan bir yöntem benimsemektedir. Kurum, aydınlatma metinlerinin çocukların anlayabileceği bir dil ve ifade tarzı içermesini tavsiye etmektedir. Bunun yanı sıra rızanın yasal temsilci tarafından ya da ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından verildiğini tespit edebilecek yöntemler kullanılmasını önermektedir. Ancak yukarıda bahsedildiği üzere, bu tavsiyelerin KVKK'da bir yasal temellendirmesi bulunmamaktadır. Bu durum ise tavsiyelerin pratiğe geçirilmesinin önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Buna örnek olarak rızanın çocuk tarafından verilmesi halinde, çocuğun yaşının tespit edilmesine ilişkin tavsiye verilebilecektir. Zira kaç yaşındaki çocukların verilerinin işlenmesine tek başına rıza gösterebilecekleri hususunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca ailesinin kararıyla çocuğun kararının çelişmesi halinde nasıl hareket edileceği hususu da belirsizdir. Dolayısıyla, bu yönde karşılaşılacak sorunlarda nasıl davranılacağı açıklığa kavuşturulamamaktadır. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu 11.08.2020 tarihli ve 2020/622 sayılı kararında, sağlık raporunun imhasına ilişkin talebi değerlendirmiştir. [28] Bu kapsamda somut olayda kişisel verilerin korunması talebinin nispi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu sonucuna varmış ve yasal temsilcinin bu hakkı çocuk adına kullanabileceğini kabul etmiştir. Bahsedilen bu kararda çocuk ile velisinin rızaları örtüşmektedir. Dolayısıyla ilgili karar çocuğun üstün yararı ilkesinin pusula kabul edildiğini ve kişisel verilerin korunması talebinin nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirildiğini ortaya koyması bakımından önemlidir. Ancak çocukla velisinin rızalarının uyuşmadığı hallerde nasıl hareket edileceği sorusunu cevaplayamamaktadır.

---

26 Hüseyin Aksoy, "Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 67.

27 Duyuru için bkz. https://kvkk.gov.tr/Icerik/6737/Cocuklarin-Kisisel-Verilerinin-Korunmasi-Bakimindan-Dikkat-Edilmesi-Gerekenler (Erişim Tarihi: 13.04.2022).

28 Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 11.08.2020 Tarih ve 2020/622 Nolu Kararı. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622 (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

5. SONUÇ

İnternetin hayatımızda kapladığı yerin her geçen gün artması, çocukları internet ortamında işlenen kişisel verileri yönünden daha savunmasız kılmaktadır. Bu nedenle çocukların, kişisel verilerinin ne olduğu ve verilerinin işlenmesi ile paylaşımının doğurabileceği risklere dair bilinçlendirilmeleri atılması gereken temel adımdır. Ancak çocuklar arasında bu konuda farkındalık yaratılmasının yanında, çocukların haklarının korunmasını sağlayacak bir yasal düzenlemeye de ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu doğrultuda öncelikle, GDPR hükümleriyle belirlendiği üzere, kaç yaşından itibaren çocukların kişisel verilerinin işlenmesine dair rızalarını tek başlarına belirtebilecekleri hususuna açıklık getirilmesi faydalı olabilecektir. Mevcut mevzuatın böyle bir belirleme yapmamasından dolayı doktrinde nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair tartışma mevcuttur. TMK 16. madde sınırlı ehliyetsizleri korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkının, nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmesinin Medeni Kanun hükümleriyle uyumlu olacağı kanaatindeyim. Aksi durum, çocukların ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz olup olmadıklarına ilişkin yapılacak değerlendirmeyi tamamen veri sorumlularının üzerinde bırakmaktadır. Bu da her bir veri sorumlusunun ayırt etme gücünü tespit etme konusunda farklı politikalar belirlemesine yol açacaktır. Ayrıca veri sorumlularınca yapılacak bu tespitlerin ne kadar sağlıklı ve doğru tespitler olacağı da tartışmalıdır. Bu ihtimalde veri sahibi çocukların korunması tamamen veri sorumlularına bırakılmakta ve çocuklar risklere daha açık hale gelmektedir.

Kişisel verilerin korunması hakkının nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu düşünmekle birlikte, bu hususta atılacak en doğru adımın kanun ile kişisel verilerin işlenmesi bakımından ayırt etme gücüne sahip çocukların hangi yaş grubu olduğu yönünde bir belirleme yapılması olduğu kanaatindeyim. Böylece çocuk, zihinsel gelişimini tamamlamış olması halinde kendi adına karar alabilecektir. Kişisel verilerinin işlenmesinin sonuçlarını anlayabilen, ayırt etme gücünü haiz bir çocuğun tek başına vereceği rıza, yapılan işlemde çocuk borç altına girmediği ve üstün yararıyla aykırı düşmediği müddetçe geçerli olmalıdır. Zira özellikle ergen çocuklar söz konusu olduğunda kanuni temsilci rızasının şart koşulması, katı bir kural olacaktır. Bu ise, çocukların özel hayatına aileleri tarafından müdahale teşkil edebilecektedir. Tüm bu nedenlerle rıza için bir yaş sınırı belirlenmesi faydalı olacaktır. Ancak bu ihtimalde dahi, BMÇHS ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 7 ve 12 Sayılı Genel

Yorumları göz önünde bulundurulmalı ve çocuğun süreçten tamamen dışlanmaması gerekmektedir. Çocuk ile yasal temsilcisinin rızalarının çatışması durumunda ise, Kurum bünyesinde çocuğun üstün yararına göre hareket edilmesini sağlayacak bir birim kurulması düşünülebilir. Özellikle Ombudsmanlık kurumu bünyesinde mevcut olan "Çocuk Ombudsmanlığı" birimi gibi, bu birime de doğrudan çocuklar tarafından başvuru yapılabilmesi, pratikte de fayda sağlayabilecektir.

Kaynakça

- AKSOY, Hüseyin. *"Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu"*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, ss. 47-68.
- DE AZEVEDO CUNHA, Mario Viola. Child Privacy in the Age of Web 2.0 and 3.0: Challenges and Opportunities for Policy, Aralık 2017, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/Child_privacy_challenges_opportunities.pdf, (Erişim Tarihi: 13.04.2022)
- DURAL Mustafa ve Tufan ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- HELVACI, Serap. Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016.
- JASMONTAİTE, Lina. Children's Online Privacy and Data Protection by Self-Regulation Adopted on the EU Level: A Reality or An Illusion?, Tilburg Üniversitesi Hukuk ve Teknoloji Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2012, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=128705, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).
- KILIÇOĞLU, Ahmet. Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- LIVINGSTONE, Sonia. Children: A Special Case for Privacy?, Intermedia, 46 (2), 2018, s. 18-23, (Çevrimiçi), http://eprints.lse.ac.uk/89706/1/Livingstone_Children-a-special-case-for-privacy_Published.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2022).
- MACENAITE, Milda. "*From Universal Towards Child-Specific Protection of the Right to Privacy Online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation",* New Media & Society, Cilt 19 Sayı 5, 2017, ss. 765-779.
- SHIN, Wonsun ve Hyunjin KANG, "Adolescents' Privacy Concerns and Information Disclosure Online: The role of parents and the Internet," Computers in Human Behavior, Cilt 54, Ocak 2016, ss. 114–123.
- STALKER, Peter, Sonia LIVINGSTONE, Daniel KARDEFELT-WINTHE VE Marium SAEED. Growing Up in a Connected World, 2019, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/GKO%20Summary%20Report.pdf, (Erişim Tarihi: 10.04.2022).
- TAŞTAN, Furkan Güven. Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Handbook on European Data Protection Law, Lüksemburg, 2014, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-law-2nd-ed_en.pdf, (Erişim Tarihi: 10.04.2022).
- Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Handbook on European Data Pro-

TECTİON LAW, LÜKSEMBURG, 2018, HTTPS://WWW.ECHR.COE.İNT/DOCUMENTS/HANDBOOK_DATA_PROTECTİON_ENG.PDF, (ERİŞİM TARİHİ: 10.04.2022).

- AVRUPA KONSEYİ, ANLAŞMA DİZİLERİ NO. 223: EXPLANATORY REPORT TO THE PROTOCOL AMENDİNG THE CONVENTİON FOR THE PROTECTİON OF INDİVİDUALS WİTH EXPLANATORY REPORT REGARD TO AUTOMATİC PROCESSİNG OF PERSONAL DATA, 2018, (ÇEVRİMİÇİ), HTTPS://RM.COE.İNT/CETS-223-EXPLANATORY-REPORT-TO-THE-PROTOCOL-AMENDİNG-THE-CONVENTİON-FO/16808AC91A, (ERİŞİM TARİHİ: 15.04.2022).
- BİRLEŞİK KRALLIK VERİ KORUMA OTORİTESİ, CHİLDREN AND THE GDPR, 22 MART 2018, (ÇEVRİMİÇİ), HTTPS://İCO.ORG.UK/MEDİA/FOR-ORGANİSATİONS/GUİDE-TO-DATA-PROTECTİON/GUİDE-TO-THE-GENERAL-DATA-PROTECTİON-REGULATİON-GDPR/CHİLDREN-AND-THE-GDPR-1-0.PDF, (ERİŞİM TARİHİ: 09.04.2022).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ, GENEL YORUM NO 7, 2005, HTTPS://WWW.REFWORLD.ORG/DOCİD/460BC5A62.HTML, , (ERİŞİM TARİHİ: 05.04.2022).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ, GENEL YORUM NO 12, 2009, HTTPS://WWW2.OHCHR.ORG/ENGLİSH/BODİES/CRC/DOCS/ADVANCEVERSİONS/CRC-C-GC-12.PDF, , (ERİŞİM TARİHİ: 05.04.2022).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU HAKKINDA SIKÇA SORULAN SORULAR, ANKARA, MART 2018, HTTPS://WWW.KVKK.GOV.TR/ICERİK/4196/KİSİSEL-VERİLERİN-KORUNMASİ-KANUNU-HAKKİNDA-SİKCA-SORULAN-SORULAR, , (ERİŞİM TARİHİ: 12.04.2022).
- MADDE 29 VERİ KORUMA ÇALIŞMA GRUBU, OPİNİON 15/2011 ON THE DEFİNİTİON OF CONSENT, 13 TEMMUZ 2011, HTTPS://WWW.PDPJOURNALS.COM/DOCS/88081.PDF, , (ERİŞİM TARİHİ: 15.04.2022).
- MADDE 29 VERİ KORUMA ÇALIŞMA GRUBU, GUİDELİNES ON TRANSPARENCY UNDER REGULATİON 2016/679, 29 KASIM 2017, HTTPS://EC.EUROPA.EU/NEWSROOM/ARTİCLE29/İTEM-DETAİL.CFM?İTEM_İD=622227, , (ERİŞİM TARİHİ: 17.04.2022).

KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASI

Av. Selman BALTACI

1. GİRİŞ

Günümüzde, dünyanın ve ekonominin küreselleşmesi, iletişim araçlarının yaygınlaşması ve bilgi işlem teknolojilerinde ciddi gelişmelerin ortaya çıkmasıyla, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması ihtiyacı doğmuş bulunmaktadır. Ayrıca, uluslararası ticaret ve ekonominin önemli bir bölümü, kişisel veriye dayalı ticari faaliyetlerden oluşmaktadır ve bu sebeple, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının tamamen engellenmesi, bu faaliyetlerin de yürütülmesini imkânsız hale getirecektir. Dolayısıyla, küresel ekonomi ve iletişimin devamlılığı açısından, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının tamamen engellenmesi mümkün olmasa da, kişisel verilerin kişilik haklarından kabul edilmesi sebebiyle, veri güvenliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması için düzenlemeler getirilmiştir.

Bu doğrultuda gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta düzenlemelere gidilmiş, kişisel verilerin yurtdışına aktarılması belli şartlara tabii tutulmuştur. Böylelikle, kişisel verilerin güvenli şekilde yurt dışına aktarılmasının sağlanması ve veri sahiplerinin herhangi bir zarara uğramasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının net bir tanımı ya da hangi faaliyetlerin veri transferi olarak kabul edileceğine ilişkin net bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ("KVKK") 3. maddesinde yer alan tanımlar bölümünde veri aktarımı, kişisel verilerin işlenmesi başlığında sayılmış bulunmaktadır.

Bu makalede, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında, kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasına ilişkin düzenlemelerin üzerinde durulacak, Kanunda yer alan ayrımlar değerlendirilecek, 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ("GDPR – General Data Protection Regulation") uygulamaları ile karşılaştırması yapılacak ve uygulamada ortaya çıkan örneklerden bahsedilecektir.

2. KVKK KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN YURTDIŞINA AKTARILMASI

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, KVKK'nın 9. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu maddenin ilk paragrafında, kişisel verilerin yurtdışına aktarılabilmesi için genel şart öngörülmüş, kişisel verilerin ancak ilgili kişinin açık rızasının alınması halinde aktarılabileceği belirtilmiştir.

Öte yandan, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkrada belirtilen açık rıza alma yükümlülüğünün istisnaları düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle KVKK'nın 9/1 hükmünde belirtilen, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızasının alınması suretiyle yurt dışına aktarılması üzerinde durulacak, daha sonra ilgili hükmün istisnaları incelenecektir.

1.1 KVKK'nın 9/1 Hükmü Uyarınca Açık Rıza Alınması

Söz konusu maddede, "Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz." denilmektedir. Bu hüküm, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin bir genel şart teşkil etmektedir ve ilk bakışta kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için en pratik yöntem olarak görünmektedir. Zira bu hüküm uyarınca, veri sahibinin açık rızasının alınması halinde, ayrıca bir taahhütname verilmeksizin ya da kişisel verinin aktarılacağı ülkede yeterli koruma olup olmadığına bakılmaksızın, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması mümkün hale gelmektedir.

Ne var ki, bu yöntem oldukça pratik görünmesine rağmen, uygulamada ciddi zorluklarla karşılaşılabileceği göz ardı edilmemelidir. Öncelikle, bazı faaliyetlerde veri sahiplerinin hepsine tek tek ulaşıp açık rızalarının alınması, çok uzun ve yorucu bir süreç olabilmektedir. Öte yandan, alınan açık rızaların fiziksel olarak saklanması, tasnif edilmesi ve güncel tutulması da oldukça yoğun bir iş gücü gerektirmektedir. Kaldı ki, tahmin edileceği üzere veri sahipleri, açık rıza vermekten imtina edebilir veya daha önce açık rıza verdikleri halde, daha sonra açık rızalarını geri çekebilirler. Bu ihtimaller göz önüne alındığında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında veri sahibinin açık rızasının alınmasının her zaman mümkün olmayacağı ve açık rıza alınsa dahi uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılabileceği göz ardı edilmemelidir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu ("Kurum") tarafından, açık rıza alınması suretiyle kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin olarak, 25.02.2020 tarihinde veri sorumlusu Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Ltd. Şti. aleyhine önemli bir karar vermiş bulunmaktadır. Söz

konusu kararda, Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması konusunda Kanunun 9'uncu maddesinde yer alan yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından henüz belirlenmediği ve veri sorumlusunun yazılı taahhüdünün Kurum tarafından onaylanmadığına değinilmiş, bu sebeple veri sorumlusunun kişisel verileri yurtdışına aktarabilmesi için tek yolun, ilgili kişilerin açık rızasını almak olduğu açıkça belirtilmiştir. Bahse konu kararda, veri sorumlusunun yurt dışına aktarıma ilişkin usulüne uygun bir açık rıza alma yoluna gitmediği, yalnızca Amazon hizmetlerinin kullanılması suretiyle gizlilik bildiriminde yer alan hususların kabul edilmiş olduğu varsayımının Kanuna uygun bir açık rıza olarak nitelendirilemeyeceği kanaatine varılarak Kanun'un 12/1 hükmünden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali sebebiyle 1.100.000 TL, 10. maddesinde yer alan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle de 100.000 TL idari para cezası uygulanması yönünde hüküm tesis edilmiştir.[1]

Yukarıda kısaca özetlenen karar ile, sağlanacak hizmetin açık rıza şartına bağlanmasının, açık rızayı sakatlayacağı, bu durumun Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ve işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirlenmiş ve önemli bir husus açıklığa kavuşmuştur.

Karardan da anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında açık rıza alınması, genel bir hizmet şartı olarak öngörülememektedir ve dolayısıyla ciddi bir iş yükü ortaya çıkaracaktır. Bu sebeple, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 9. maddesinin sonraki hükümlerinde, bu genel şarta istisna getiren düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır.

2.2 KVKK 5/2 ve 6/3 Hükümlerinde Öngörülen Şartların Varlığı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 9/2 hükmünde, kişisel verilerin veri sahibinin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılması için ön şart olarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5/2 ve 6/3 hükümlerinde öngörülen şartlardan birinin varlığı aranmaktadır. Bu şartların bulunması halinde, kişisel veri aktarımının yapılacağı ülkede "Yeterli koruma bulunması" ve "Türkiye'deki ve yabancı ülkedeki şirketlerin yeterli korumayı taahhüt etmesi suretiyle kuruldan izin alınması" ihtimallerine dayalı olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir.

Bahse konu ikili ayrımın üzerinde durmadan önce, Kanun'un 5/2 ve 6/3 hükümlerinde öngörülen ve ön şart olarak karşımıza çıkan koşul-

1 Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkındaki başvuru ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/173 Sayılı Karar Özeti https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173

ların incelenmesi gerekmektedir. Kanun'un 5/1 hükmü uyarınca, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel şart, ilgili kişinin açık rızasının bulunmasıdır. Ancak, aynı maddenin sonraki fıkrasında, kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza gerekmeyen haller düzenlenmiş olup, kanunun 9/2 hükmünde yer alan ibare ile, bu şartlara atıf yapılmaktadır. Bu şartlar aşağıdaki gibidir;

- Kanunlarda açıkça öngörülmesi.
- Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Aynı şekilde, Kanun'un 6/2 maddesinde de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde genel şart, ilgili kişinin açık rızasının alınması olarak belirlenmiş, aynı maddenin 3. fıkrasında ise genel şarta istisna teşkil eden durumlar açıklanmış, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin, kanunda sayılan hallerin varlığı halinde işlenebileceği belirtilmiştir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin istisnai haller, kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin istisnai hallere atıf yapılarak belirlenmiş bulunmaktadır. Öte yandan, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde ve dolayısıyla yurt dışına aktarılmasında, Kurul tarafından belirlenen yükümlüklerin

yerine getirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, Kanun'un kişisel verilerin veri sahibinin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılması için öngördüğü gereklilikler bunlarla sınırlı değildir ve kişisel veri aktarımının yapılacağı ülkede yeterli koruma bulunması ve yeterli korumanın bulunduğuna dair taahhüt verilmesi şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır.

2.2.1 Kişisel Verilerin Aktarılacağı Ülkede Yeterli Koruma Bulunması

Kişisel verilerin aktarılacağı ülkede yeterli koruma bulunması ve Kanun'un 9/2 hükmünde sayılan ön şartın varlığı halinde, veri sahibinin açık rızası alınmaksızın kişisel verinin yurt dışına aktarılabileceği belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, aynı maddenin 3. fıkrasında, yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından ilan edileceği de ayrıca belirtilmiştir.

Ne var ki, Kurul tarafından henüz bu yönde bir liste yayınlanmamıştır. Bu sebeple, hali hazırda veri aktarımı yapılacak bütün yabancı ülkeler, yeterli korumanın bulunmadığı ülke statüsündedir. Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler Kurul tarafından ilan edildikten sonra, söz konusu ülkelere veri sahibinin açık rızası alınmaksızın veri aktarımı yapılabilecektir.

2.2.2 Yeterli Korumanın Taahhüt Edilmesi ve Kuruldan İzin Alınması

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında ikinci seçenek, Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlarının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurul'un izninin bulunmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, henüz Kurul tarafından yeterli korumanın bulunduğu ülkeler ilan edilmediği için, uygulamada genel olarak bu yol tercih edilmektedir.

Yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere kişisel veri aktarılmasına ilişkin olarak, tarafların ilgili ülkede yeterli koruma bulunduğunu taahhüt etmeleri gerektiği yukarıda belirtilmiş idi. Yeterli korumanın taahhüt edilmesine ilişkin ilk yöntem, taahhütname hazırlanarak Kurul'un onayına sunulmasıdır. Bu doğrultuda, Taraflarca hazırlanarak Kurul'un onayına sunulacak olan Taahhütnamelerde bulunması gereken asgari unsurlar Kurul tarafından belirlenerek, ilan edilmiş bulunmaktadır. Tarafların, söz konusu Taahhütnameyi, belirlenen şartlara uygun şekilde hazırlayarak Kurul'a sunmaları ve akabinde Kurul'dan onay alınması halinde, yurt dışına veri aktarımı yapılması mümkün hale gelecektir.

Bunun yanı sıra Kurul, özellikle çok uluslu şirketlerin yurt dışına veri aktarımını kolaylaştırmak için, yakın zamanda "Bağlayıcı Şirket Kurallarının" ("BŞK") hazırlanmasında mevcut olması gereken noktalara ilişkin kriterleri yayınlamış bulunmaktadır. Gerçekten de, bahse konu taahhütnameler, özellikle çok uluslu şirket toplulukları arasında gerçekleştirilen veri aktarımları hususunda yetersiz kalabilmektedir. Bu sebeple Kurul, taahhütname hazırlanmasının bir alternatifi olarak, Bağlayıcı Şirket Kurallarını belirlemiş bulunmaktadır.

Bağlayıcı Şirket Kuralları kısaca, çok uluslu grup şirketlerinin belirlediği, yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere veri aktarımı yapılırken tüm grup şirketlerinin uyması gereken veri politikaları olarak açıklanabilir. Kurul tarafından, 10.04.2020 tarihinde yapılan duyuruda, Bağlayıcı Şirket Kurallarında bulunması gereken temel hususlara ilişkin bir belge yayınlanmış olup, söz konusu doküman ile Bağlayıcı Şirket Kurallarında ilgili kişinin asgari olarak uygulanmasını isteme hakkı olan maddeler sayılmıştır;

- Genel İlkeler (m.4)
- İlgili Kişinin Aydınlatılması (m.10)
- Kişisel verinin silinmesini, yok edilmesini talep etme hakkı (m.7)
- İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkı (m. 11/1/g),
- Verinin aktarıldığı ülkede, Bağlayıcı Şirket Kurallarına uymayı engelleyen ulusal bir mevzuatın bulunup bulunmadığı ve bulunması halinde açıkça belirtilmesi,
- Veri sorumlusuna başvuru hakkının tanınması (m. 13),
- Kurum ile koordinasyon yükümlülüğü,
- Grup üyelerinden herhangi birinin, yabancı bir ülkede tabi olduğu ve Bağlayıcı Şirket Kuralları ile ilgili kişiye sağlanan teminatlar üzerinde önemli olumsuz etkileri olma ihtimali bulunan tüm yasal yükümlülüklerinin belirtilmesi,
- Bağlayıcı Şirket Kuralları yetkili otorite olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun bu konuda yetkili birimi olan Kurula şikâyet hakkını ve mahkemelere başvuru hakkının belirtilmesi, (m. 14).

Bahse konu duyuruda ayrıca, Veri Sorumluları İçin Bağlayıcı Şirket Kuralları Başvuru Formu da yayınlanmış olup, bu kapsama giren şirket-

lerin başvuru formunu, belirlenen şartlar dahilinde doldurarak Kurul'a Bağlayıcı Şirket Kuralları başvurusu yapması gerekmektedir.

Bağlayıcı Şirket Kurallarının Kurul tarafından onaylanmasını takiben, bahse konu Şirket yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere, veri sorumlusunun açık rızasını almaksızın veri aktarımı yapabilecektir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, Kanun'un 9/5 hükmü uyarınca, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel veriler, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

3. KİŞİSEL VERİLERİN YURTDIŞINA AKTARILMASINDA GDPR UYGULAMALARI

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, GDPR'ın 44, 45, 46, 47, 48, 49 ve 50. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda GDPR, kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasında, ikili bir ayrım düzenlemiş olup, bu düzenlemeler sırasıyla yeterlilik kararı ("adequacy decision"), uygun korumaya tabii transferler ("transfers subject to appropriate safeguards") şeklindedir. GDPR'ın 49. maddesinde, bu hususların yanı sıra, bu şartlardan hiçbirinin sağlanmadığı hallerde, üçüncü ülkelere veri aktarımı yapılmasına ilişkin istisnalara yer verilmiş bulunmaktadır.

İlk ayrımda belirtilen yeterlilik kararı GDPR'ın 45. maddesinde düzenlenmiş olup, yine aynı maddede belirtilen kriterler doğrultusunda, Avrupa Komisyonu tarafından güvenli kabul edilerek, ilan edilen ülkelere yapılan veri transferlerine ilişkindir. Söz konusu maddede, bir ülkenin güvenli ülke olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak, hukukun üstünlüğü, temel özgürlüklere ve insan haklarına ilişkin yaklaşım, güvenlik tedbirleri, kişisel veriler kapsamında bulunan mevzuat ve bu mevzuatın uygulanma kabiliyeti gibi kriterler doğrultusunda değerlendirme yapılacağı belirlenmiştir.

Yeterlilik değerlendirmesine ilişkin olarak, Güney Kore örneği incelenebilir. Avrupa Birliği ("AB") ile Güney Kore arasında gerçekleştirilen yeterlilik görüşmeleri başarıyla sonlandırılmış ve Avrupa Komisyonu tarafından Güney Kore Yeterlilik Kararı taslağı yayınlanmıştır.[2] Böylelikle, AB'den Güney Kore'ye serbest ve güvenli şekilde veri alışverişi yapılmasına yeşil ışık yakılmıştır. 27.09.2021 tarihinde ise Avrupa Veri Koru-

2 Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan Güney Kore Yeterlilik Kararı Taslağı: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_180366_dec_ade_kor_new_en.pdf

ma Kurulu ("EDPB"), tarafından Güney Kore Yeterlilik Kararı taslağına ilişkin görüş yayınlanmış ve taslağın bir bütün olarak uygun olduğunun belirtilmesinin yanı sıra, tamamlanması gereken ilave unsurlar olduğu belirtilmiştir.[3]

Öte yandan, bu noktada Schrems II kararından da bahsedilmesi yerinde olacaktır. Bu karar, güvenli ülke hususunun iyi anlaşılması açısından son derece önemli olup, yurtdışına veri aktarımına ilişkin oldukça ehemmiyetli sonuçlar doğurmuştur. Bahse konu kararda, Başvurucu tarafından Amerika Birleşik Devletleri'nde ("ABD") yeterli koruma sağlanmadığı iddiası ile, Avrupa Birliği'nde bulunan Facebook kullanıcılarının kişisel verilerinin ABD'ye aktarılmasının durdurulması talep edilmiştir. Komisyon bu talebi, ABD'nin yeterli koruma sağladığına ilişkin 2000/520 sayılı Güvenli Liman ("Safe Harbor") kararına dayanarak reddetmişse de Başvurucu bu kez İrlanda Yüksek Mahkemesine başvurmuş ve Mahkeme Güvenli Liman Kararının yorumlanması ve geçerliliği ile ilgili ön bilgilendirme yapması için Adalet Divanı'na başvurmuştur. Mr. Schrems başvurusunu yeniden düzenleyerek, Facebook İrlanda'dan ABD'ye yapılan veri aktarımlarının, Standart Sözleşme Maddeleri Kararı'nın[4] ekinde bulunan veri koruma maddelerine dayanılarak gerçekleştirildiğini, aktarılan verilerin ABD kanunlarına göre FBI, NSA, CIA gibi kamu kurumlarının erişimine açık olduğunu belirtmiştir.

Böylelikle, ABD'nin, Avrupa Birliğinden gerçekleşen veri transferlerine uygun koruma sağladığına yönelik Gizlilik Kalkanı (Privacy Shield) kararı da tartışmaya açılmış ve Adalet Divanı'nın Schrems kararını verirken, kişisel verilerin resmi otoritelere aktarılmasının temel haklara müdahale sayılmasına karar vermesi ile, Gizlilik Kalkanı AB'den ABD'ye yapılan veri aktarımlarına dayanak olmaktan çıkmıştır.[5]

İkinci ayrımda belirtilen uygun korumaya tabii transferler ise GDPR'ın 46. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu madde veri transferi yapılacak ülkenin 45. madde doğrultusunda güvenli ülke olarak kabul edilen ülkelerden olmaması halinde, veri işleyen veya veri sorumlusunun uygun güvenceleri sağlayacağına dair teminat vermesinin yanı sıra, ilgililerce icra

3 EDBP tarafından yayımlanan Güney Kore Yeterlilik Kararı Taslağına İlişkin Görüş: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-adopts-opinion-draft-south-korea-adequacy-decision_en

4 Standard Sözleşme Maddeleri Kararı: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32010D0087

5 Schrems II Kararı Tam Metin: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0311&from=EN

edilebilir ve etkin hukuki yolların tanınması halinde, başka ülkelere veri transferi yapılabileceğini düzenlemektedir. GDPR'ın 47. maddesinde düzenlenen bağlayıcı şirket kuralları da bu kriterlerden birisi olarak gösterilmiştir.

Bu iki şartın bulunmaması halinde dahi, GDPR'ın 49. maddesinde belirlenen istisnalar kapsamında yurt dışına veri transferi yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu istisnalar sınırlı sayıda belirlenmiş olup, sıklıkla kullanılan bazıları aşağıdaki gibidir;

- Veri sahibinin açık rızasının alınması,
- Veri transferinin veri sahibi ile veri sorumlusu arasındaki bir sözleşmenin kurulması veya sözleşme öncesi güvenlik önlemlerinin alınması için gerekli olması,
- Kamu menfaatinin korunması için veri transferinin gerekli olması,
- Hukuki taleplerin uygulanması, kurulması veya korunması için veri transferinin gerekli olması,
- Veri sahibinin fiziksel olarak açık rızasını vermesinin mümkün olmadığı hallerde, veri transferinin veri sahibi veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması için gerekli olması,

Görüldüğü üzere, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, GDPR ile paralel şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Özellikle, Kurul tarafından Bağlayıcı Şirket Kurallarına ilişkin kriterlerin belirlenmesi ile önemli bir eksiklik giderilmiştir.

4. SONUÇ

Makalemizde belirtildiği üzere, gerek Türk mevzuatında gerekse GDPR uygulamalarında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması çeşitli ayrımlara tabii tutulmuş bulunmaktadır. Türk mevzuatında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için, ilgili kişinin açık rızasının alınması genel şart olarak belirlenmiş olsa da bu uygulamanın her zaman kolay olmadığı ve pratikte uygulanabilir olmadığı durumlar bulunduğu göz önüne alınarak, güvenli kabul edilen ülkeler ve yeterli korumanın taahhüt edilmesi yöntemleri ile ana kurala istisnalar getirilmiştir.

Bununla birlikte, Kurul tarafından yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin ilan edilmesi ile söz konusu ülkelere ayrıca bir onay veya ilgili kişinin açık rızası alınmaksızın veri transferi yapılması mümkün olacaktır. Kaldı ki, yeterli korumanın taahhüt edilmesine ilişkin olarak bağlayıcı şirket kuralları yönteminin getirilmesi ile özellikle uluslararası grup şir-

ketlerinin yurt dışına veri aktarımı daha uygulanabilir hale gelmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekse bir başka mevzuat spesifik bir idari para cezası öngörmemiştir. Bu kapsamda, Kanun'da belirtilen gereklilikler sağlanmaksızın yurt dışına kişisel veri transferi yapılması halinde, Kanun'un 12. maddesinde belirtilen "veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin" ihlal edilmiş olacağı ve bu sebeple, 18/b hükmünde belirtildiği üzere 15.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar idari para cezasının uygulanabileceği söylenebilir.[6]

KAYNAKÇA

- Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkındaki başvuru ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/173 Sayılı Karar Özeti https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173
- Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan Güney Kore Yeterlilik Kararı Taslağı: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_180366_dec_ade_kor_new_en.pdf
- EDBP tarafından yayımlanan Güney Kore Yeterlilik Kararı Taslağına İlişkin Görüş: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-adopts-opinion-draft-south-korea-adequacy-decision_en
- Standard Sözleşme Maddeleri Kararı: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32010D0087
- Schrems II Kararı Tam Metin: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0311&from=EN

6 2022 yılı itibariyle para cezaları güncellenmiş olup, Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak para cezası 40.179 TL ila 2.678.863 TL arasında olacaktır.

ANAYASAL HAK OLARAK KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE DEVLET MÜDAHALESİNİN SINIRI

Av. Zeynep Sena SALTIK

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunmasının Anayasa'da[1] temel bir insan hakkı olarak düzenlenmesi ve buna dair bir yasal mevzuat oluşturulmasının temel amacı, kişisel verilerin basit bir veri nesnesine indirgenmesini engelleyerek kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin azami düzeyde bireyin kontrolünde olmasını sağlamaktır. Anayasa'da temel haklar kategorisinde düzenlenen kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, açık rızaya dayanmayan kişisel veri işleme faaliyetlerinin kanunilik ilkesine uygun olmasını ve bu çerçevede belirlilik, öngörülebilirlik ve orantılılık temel ilkelerine uyumlu olmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda kişisel veri işleme yetkisi içeren düzenlemelerin anayasallığını değerlendirmek üzere, çalışmamızda öncelikle kişisel verilerin korunmasının bir anayasal hak olmasının sonuçları incelenecek ve kamu kurumlarına verilen kişisel veri işleme yetkileri, Anayasa Mahkemesi'nin ("AYM") 2018/134, K. 2021/13 sayılı ve 03/03/2021 tarihli kararı çerçevesinde değerlendirilecek ve tartışılacaktır.

1. ANAYASA'DA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINI İSTEME HAKKI

1.1. Kişisel Veri Kavramının Türk Mevzuatındaki Yeri

Kişisel veri kavramı, ülkemizde ilk olarak 1985 senesinde yürürlüğe giren 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin imzalanması ile birlikte tanınmıştır.[2] Bununla birlikte kavramın uluslararası sözleşmelerden bağımsız olarak Türk iç hukuk mevzuatına ilk girişi, 2005 yılında yürürlüğe giren

1 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG. 20.10.1982/17844).

2 108 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış, 30.01.2016 tarihinde 6669 sayılı Kanun ile onaylanmıştır (R.G. 30.01.2016/29628), https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/ 2016/02/20160218-2.pdf (Erişim Tarihi: 30.04.2022).

Türk Ceza Kanunu'nun[3] ("TCK") kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135), kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme (m. 136) ve kişisel verileri yok etmeme (m. 138) suç tiplerini düzenlenmesi ile gerçekleşmiştir.[4] Bu hükümlerin yürürlüğe girmesinin akabinde 2010 yılında Anayasa'nın özel hayatın gizliliği kenar başlıklı 20. maddesine eklenen 3. fıkra ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, temel bir insan hakkı olarak benimsenmiştir.[5] Bu hüküm uyarınca kişisel verilerin işlenmesi yalnızca ilgili kişinin açık rızası veya kanunda öngörülen hallerde gerçekleştirilebilir. Ancak bu hükümlerin düzenlendiği tarihlerde yürürlükte bulunan hiçbir yasal düzenlemede kişisel verinin tanımına yer verilmemiş olup yalnızca TCK m. 135'in gerekçesinde *"gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi"* olarak açıklanmıştır.[6] Yasa niteliğinde olmayan bu açıklama uygulamada hangi eylemin cezalandırılacağı konusundaki kafa karışıklığını gidermeye yeterli olmamış ve hatta bu nedenle TCK m. 136'nın suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AYM'den iptali talep edilmiştir.[7]

Bu gelişmeler akabinde kişisel veri kavramı, mevzuata girişinden on bir yıl, anayasal hak olarak düzenlenmesinden altı yıl sonra, 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[8] ("KVKK") m. 3/2-f bendinde ilk defa *"belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* olarak tanımlanmış; böylece hem kişisel veri kavramının tanımı hem de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının hangi verileri kapsadığı konusundaki kavramsal belirsizlikler bir nebze açıklığa kavuşturulmuştur.[9] Bu tanım sayesinde anlaşılmaktadır ki, yalnızca belirli bir gerçek kişiye ilişkin olan veriler değil, dolaylı olarak bir

3 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG. 12.10.2004/25611).

4 Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2021, s. 357.

5 Anayasa m. 20/3: *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."*

6 Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), 12.05.2003, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf, Erişim tarihi: 28.04.2022.

7 Batman 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bu talebi üzerine AYM, kişisel veri tanımının 108 sayılı sözleşme ve sair uluslararası metinlerde bulunduğu gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. Bkz. AYM, E. 2015/32, K. 2015/102, 12/11/2015.

8 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (RG. 07.04.2016/29677).

9 Yasin Aydoğdu, *"Kamu İdaresinde Kişisel Verilerin Korunması"*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 278.

gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi mümkün olan, belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü veri de kişisel veri statüsünde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla isim, soy isim, kimlik numarası, adres, iletişim bilgileri olarak dar kapsamda tanımlanabilecek kişisel verilerin yanında, internet erişim *(IP)* verileri, internet sitesi çerezleri, kişinin hobi ve tercihleri gibi gerçek kişiye ulaştırması mümkün her türlü verinin kişisel veri kapsamında olduğu kabul edilmektedir.[10]

Anayasa ve KVKK, kişisel verilerin üzerinde gerçekleştirilebilecek tasarruflar için kişisel verilerin işlenmesi kavramını kullanmıştır.[11] Anayasa m. 20/3 hükmü, kişisel verilerin işleme faaliyetinin yalnızca açık rızaya veya kanuna dayandırılabileceğini belirterek hem özel kişilerin hem de kamu idarelerinin keyfi müdahalelerini engellemeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte kişisel verilerin korunması mevzuatı, kişisel verilerin işlenmesi faaliyetlerini düzenlemekte; bu faaliyetleri gerçekleştiren gerçek ve tüzel kişilere yükümlülükler yüklemektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğu, Anayasa ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal mevzuat çerçevesinde değerlendirilmelidir.

1.2. Kişisel Verilerin Korunmasının Anayasa'da Düzenlenmesinin Sonuçları

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa'nın özel hayatın ve aile yaşamının gizliliği başlıklı 20. Maddesinin alt fıkrasında düzenlenmesine karşın, bunlardan ayrı ve tek başına bir insan hakkıdır. Kişisel verilerin korunmasının çıkış noktası bireye ait özel hayatın gizliliğini korumak olsa da tek amacı bununla sınırlı değildir.[12] Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının temel amacı, kişisel veri işleme süreçlerinin bireyin kontrolünde olmasını sağlayarak bireylerin kendilerine ilişkin ve-

---

10 Bkz. AYM, E. 2013/122, K. 2014/74, T. 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, T. 2.10.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, T. 19.3.2015.

11 Bu kavram, kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması veya kullanılmasının engellenmesi işlemlerini ifade etmektedir. (KVKK m. 3/1-e)

12 Ayşenur Ocak, *"İnsan Hakları Açısından Devlet Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Açıklanması"*, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2020, s. 40; Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 119. Ayrıca kişinin özel hayatıyla ilişkisi olmayan bilgilerinin de korunduğuna ilişkin olarak bkz. AİHM, *Amann v. İsviçre*, B.N. 27798/95, 16/02/2000, para. 65.

rilerin akıbeti üzerinde karar verme hürriyetini korumaktır.[13] Bu doğrultuda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişisel veriler hakkında bilgi talep etme, verilere erişme, bunların düzeltilmesini yahut silinmesini isteme ve yetkisiz kişilerin verilere erişmemesi için önlemler alınmasını isteme haklarını da içermektedir.[14] Bu nedenle Anayasa m. 17'de düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkına doğrudan temas etmektedir.[15] Kişisel verilerin korunması, aynı zamanda Anayasa m. 22'de yer alan haberleşmenin gizliliği, m. 24 ve m. 25 uyarınca kişinin dini ve vicdani kanaatleri ile düşüncelerini açıklamaya zorlanmaması, m. 26 uyarınca düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti gibi birçok hak ile bağlantılı olup bunlara ilişkin normatif güvencelerin birbirine bağlı olarak sağlanması gerekmektedir.[16]

İnsana özgü temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da özel bir kategoride düzenlenmesinin amacı, bu haklara yapılacak müdahalenin belirli şartlar ve kurallar çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamaktır. Kişisel verilerin korunmasının bir anayasal hak olması, kişisel veriler üzerindeki faaliyetlerin belirli şartların varlığı durumunda ve belirli kurallar çerçevesinde gerçekleşmesini zorunlu kılmaktadır.[17] Nitekim, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının devlete yüklediği sorumluluk yalnızca bu hakkın bireylere tanınması şeklinde bir negatif yükümlülük boyutu taşımamakta, aynı zamanda kişisel verilerin Anayasa ve kanuna aykırı işlenmesinin önüne geçmek gibi pozitif yükümlülükleri de bünyesinde barındırmaktadır.[18]

---

13 Bunun için Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 1983 tarihli Nüfus Sayımı kararında "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (*informationalle Selbstbestimmung*)" kavramı kullanılmıştır. Küzeci, s. 76.

14 Oğulcan Özkan, *Kişisel Verilerin Korunması,* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 189-192. https://tez.yok.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 30.04.2022).

15 *"Kişisel verilerin korunması hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlanmaktadır."* (AYM E. 2014/87, K.2015/112, T. 08/12/2015, para. 164).

16 Şehriban İpek Aşıkoğlu, Avrupa birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 98; Sevgi Erarslan Türkmen, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 14-15.

17 Küzeci, s. 324.

18 Murat Volkan Dülger, *"İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması",* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 5, s. 107. Ayrıca bkz. AİHM, *I v. Finlandiya*, B.N. 20511/03, 17.07.2008, para. 45-48.

1. DEVLETİN KİŞİSEL VERİ İŞLEME YETKİSİ

1.3. Kamu İdarelerinin Yetkileri Kapsamında Kişisel Veri İşlemesi

Kişisel verileri işleme süreçlerinin büyük bir kısmı, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen faaliyetler kapsamında gerçekleştirilmektedir. Görevlerini yerine getirirken kişisel veri işleme gerçekleştirmekte olan Kamu kurum ve kuruluşları da özel hukuka tabi kişilerden farksız olarak KVKK'nın getirdiği yükümlülükler bakımından veri sorumlusu sıfatı ile sorumlu bulunmaktadır.[19] Veri sorumlusunun ilgili kişinin açık rızası olmadan kişisel verilerin işleyebilmesi için gereken koşullar KVKK m. 5 ve 6'da sayılmıştır. Kamu kurumları, açık rızaya dayanmayan kişisel veri işleme faaliyetlerini sair kanunlardan aldıkları yetkilere dayanarak gerçekleştirmekte ve dolayısıyla KVKK m. 5/2-a bendi ve özel nitelikli kişisel veriler için m. 6/3 fıkrasında belirtilen kanunlarda açıkça öngörülme hukuka uygunluk sebebine dayandırmaktadır.[20] Bununla birlikte gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetinin KVKK m. 5 hükmünde bulunan başkaca kişisel veri işleme şartları yahut KVKK m. 28'de bulunan istisna hallerine dayanması durumunda bu işleme faaliyetleri, dayandıkları şartlar ve gerçekleştirilme amacı açısından münhasıran incelenmelidir.[21]

Devlet Denetleme Kurulu, 2013 yılında kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak hazırladığı bir raporda kişisel verilerin toplanması konusunda pek çok kurumun birtakım kanuni düzenlemeler ile yetkili kılınmış olduğuna dikkat çekmiş; ancak bu yetkiler ile gerçekleştirilecek kişisel veri işleme faaliyetlerinin kapsamı, amacı, kişisel verilerin nasıl saklanacağı, hangi aktarım şartlarına tabii olacağı gibi unsurların belirlenmediği ve bu bakımdan bu düzenlemelerin yetersiz olduğunu tespit etmiştir[22]. Bu raporun düzenlenmesinden sonra KVKK'nın yürürlüğe girmesi dahil çeşitli gelişmeler ile kişisel verilerin işlenmesi için gerekli prosedürler genel olarak oluşturulmuş olsa da kişisel veri işleme yetkisi içeren düzenlemelerin belirli, net ve öngörülebilir şekilde anayasa ve kanun çerçevesinde tasarlanması, işleme faaliyetinin anayasa ve hukuka uygun olması için bir zorunluluk olmaya devam etmektedir.

---

19 Aydoğdu, s. 275.

20 Ocak, s. 41.

21 Dülger, s. 112-114.

22 T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, *"Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Durum Değerlendirmesi ile Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Gerçekleştirilen Denetim Çalışmaları"*, S. 2013/3, 2013, s. 790; Ocak, s. 44.

1.4. Kamu İdaresinin Kişisel Veri İşleme Yetkisinin Hukuka Uygun Olması

Kamu kurumlarına kişisel veri işleme yetkisi veren düzenlemelerin Anayasa m. 20/3 uyarınca ve Anayasa m. 2'de yer alan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kanunilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Bununla birlikte bu düzenlemelerin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirmesi halinde Anayasa m. 13 uyarınca temel haklara getirilecek sınırlamalar için öngörülen şartlara uygun olması gerekmektedir.[23]

Ayrıca, kişisel veri işleme faaliyeti hangi hukuki dayanağa dayanırsa dayansın KVKK m. 4'te belirlenen temel ilkeler ile uyum sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu hüküm uyarınca kişisel verilerin işlenmesinin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, işlenen verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması, işleme amacının belirli, açık ve meşru olması, işleme amacıyla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ve mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli süre kadar saklanması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmaksızın kişisel verilerin işlenebilmesine olanak tanıyacak şekilde tasarlanan düzenlemeler, domino taşı misali sonraki aşamaları devirerek uygulamada da usulsüzlük ve hukuksuzlukları beraberinde getirecektir. Bu kapsamda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya ve hukuka uygun olması için aşağıda detaylı olarak izah edilen sınırlar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

1.4.1. Kanunla Öngörülmüş Olma Koşulu

Anayasa m. 20/3 uyarınca kişisel verilerin açık rıza alınmadan işlenmesi, kanunda açıkça öngörülmesi halinde mümkündür. Temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlandırmaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için yapılan sınırlandırmanın Anayasa'da belirtilen amaçlara yönelik olarak kanun ile öngörülmüş olması, Anayasa m. 13 hükmünde de ilk şart olarak sayılmıştır.[24] Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasının temel bir insan hakkı olması, kişisel veri işleme faaliyetleri ile ilgili düzenlemelerin yalnızca kanunlar ile yapılabileceği gerekliliğini doğurmaktadır.[25] Kişisel verilere ilişkin kurallar, kanun haricindeki düzenleyici işlemler ile belir-

23 Dülger, s. 104.

24 Anayasa m. 13: *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

25 AYM, devlet tarafından bireyin açık rızası olmadan işlediği her kişisel verinin ne olursa olsun ilgili kişinin özel hayatına müdahale sayılacağını belirtmiştir. AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 8/12/2015, para. 170.

lenemez. Örneğin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na ("BTK") kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenleme yapma yetkisi veren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesi, AYM tarafından kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir.[26]

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa m. 13'ten kaynaklanan kanunla öngörülmüş olma kuralı, yeterli güvencelerin sağlanmasını, verilerin kaydedilme amaçlarının belirli ve kesin olmasını, bu amaçların yerine getirilmesi için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde saklanmasının temin edilmesini de içermektedir.[27] Bununla beraber kişisel verilerin işlenmesine yönelik düzenlemeler kamu kurumlarının keyfi uygulamalarına açık kapı bırakmayacak şekilde tasarlanmalıdır.[28] Bu çerçevede düzenlenen yasaların hukuka uygun ve anayasal olması için içeriğinin açık, net ve anlaşılır olması, tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya koyulması gerekmektedir.[29] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") de kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olması için buna ilişkin açık, net ve öngörülebilir kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğunu; ayrıca saklama, kullanım, erişilebilirlik ile verilerin bütünlüğünü ve gizliliğini korumaya yönelik prosedürlerin de net şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.[30]

Kamu idarelerinin kanunlardan aldıkları yetkilere dayanarak gerçekleştirdiği kişisel veri işleme faaliyetleri, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere KVKK m. 5/2-a ve m. 6/3 uyarınca kanunlarda açıkça öngörülmesi şartına dayanmaktadır. Bununla beraber söz konusu işleme, KVKK m. 5'te bulunan başkaca kişisel veri işleme şartları yahut KVKK m. 28'de bulunan istisna hallerine de giriyor olabilir. KVKK m. 5'te bulunan şartların varlığı durumunda açık rıza aranmaksızın kişisel veri işlenmesi mümkündür.[31] Aynı şekilde KVKK m. 28'de sayılan hallerden birinin varlığı durumunda, örneğin 28/1-ç uyarınca millî savunmayı, millî güvenliği,

---

26 AYM, E. 2013/122, K. 2014/74, T. 9/04/2014.

27 Aydoğdu, s. 274.

28 Ocak, s. 46; Ayrıca bkz. AİHM, *Yıldırım v. Türkiye*, B.N. 311/10, T. 18/03/2013, para. 31-37.

29 *"Kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir"* AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, T. 4/05/2017, para. 153.

30 David Harris, Michael O'boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, Law of The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2018, s. 539; AİHM, *Dimitrov-Kazakov v. Bulgaristan*, B.N. 48059/06- 2708/09, T. 10/08/2011.

31 KVKK m. 5/2'de açık rızanın istisnaları sayılmıştır: "*a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı*

kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında kişisel veri işlenmesi mümkün olacaktır.[32] Kişisel veri işleme faaliyeti bahsedilen hangi şart veya istisna kapsamına giriyorsa o kanun maddesine dayandırılacak ve bu şekilde Anayasa m. 20/3 uyarınca kanunla öngörülme kriterini karşılayacaktır. Ancak bu noktada adı geçen KVKK maddelerinin içerdiği "veri sorumlusunun meşru menfaati" gibi bazı ifadelerin de belirlilik ve öngörülebilirlik kriterini taşımaması sebebiyle tartışıldığını ve -AYM tarafından kabul edilmemiş olsa da- iptallerinin talep edilmiş olduğunu belirtmekte fayda vardır.[33] Ayrıca örneğin Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nün 47 numaralı başlangıç paragrafında veri sorumlusunun meşru menfaati hukuka uygunluk sebebinin kamu kurumları için geçerli olmadığı belirtilmiş ise de KVKK'da böyle bir güvence bulunmamaktadır.[34]

1.4.2. **Belirli, Açık ve Meşru Bir Amaca Yönelik Olması**

Anayasa m. 13 uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak Anayasa'da belirtilen meşru amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilebilir. Aynı zamanda kişisel veri işleme amacının belirli, açık ve meşru olması, KVKK m. 4/2-c bendinde kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun kabul edilmesi için zorunlu ilkelerden sayılmıştır.[35] İşlemenin amacı, kişisel veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi için çıkış noktası niteliğindedir; amaç belirli değil ise amacın meşruluğunun ve işlemenin diğer ilkelere uygunluğunun değerlendirmesi de sakatlanacaktır.[36]

Kişisel veri işleme amacının belirlilik kriterini karşılaması için işlemeden önceden belirlenmiş olması gerekir, daha sonra gerekli olabilme

veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması."

32 Küzeci, s. 324.

33 Bkz. AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, T. 28.09.2017.

34 General Data Protection Regulation (2016/679), https://gdpr-info.eu/recitals/no-47/, Erişim tarihi: 30.04.2022; Nevzat Ali Anı, *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 115, https://tez.yok.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 29.04.2022).

35 Özkan, s. 108; Ayrıca bu doğrultuda bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2020/212, T. 12.3.2020, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6892/2020-212 (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

36 Nafiye Yücedağ, "*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler*", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, s. 59.

ihtimali ile kişisel veri işlenmesi, amacın belirliliği ilkesine aykırıdır.[37] Bununla birlikte amacın *açık olması*, ilgili kişiye açıklanmış olmasını gerektirmektedir.[38] Amacın ilgili kişiye açıklanmamış olması işleme faaliyetini hukuken sakatlayacaktır; nitekim veri sorumluları KVKK m. 10'da düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü uyarınca ilgili kişiyi işleme amacı konusunda bilgilendirmelidir[39]. Amacın meşru olması ise, belirlenen kişisel veri işleme amacının genel anlamda hukuk normlarına uygun olmasını ve demokratik toplumda gerekli olmasını içermektedir.[40]

Kişisel verilerin işlenme amacının açık, belirli ve meşru olması, bireylerin kişisel verilerinin akıbeti hakkında karar verme (başka bir deyişle "bilgilerin geleceğini belirleme") hakkının da bir gereğidir; nitekim ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde açık rıza vermesi yahut veri işlemenin bir temel hakkını zedeleyip zedelemediğini anlaması, ancak kişisel verilerinin hangi amaçla işlendiğini öğrenebilmesi ile gerçekleşebilir.[41] Dolayısıyla kişisel verilerin toplama amacının açık ve belirli olması ilkesi, bu yetkinin tanındığı kanuni düzenlemelerde "gerekli görünen haller", "potansiyel araştırma faaliyetleri" gibi belirsiz ve kapsamlı ifadeler kullanılamayacağı sonucunu doğurmaktadır.[42]

1.4.3. Müdahalenin Ölçülü Olması

Kişisel verilere yönelik müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçütlere uygun ve bu ölçütlerle murat edilen amaçla orantılı olması da Anayasa m. 13 kapsamında anayasal bir zorunluluktur. Aynı zamanda KVKK m. 4/2-ç bendi uyarınca kişisel verilerin işlenmesinin belirli amaçlara bağlı ve ölçülü olması zorunluluğu, kişisel verilerin korun-

37 Anı, s. 93. Kişisel Verileri Koruma Kurulu da işlemin gerektirmediği kişisel verilerin işlenmesini amacın belirliliği ilkesine aykırı bulmuştur. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2019/188, T. 01.07.2019, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5506/ 2019-188 (Erişim Tarihi: 30.04.2022).

38 Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nün İngilizce metninde açık amaç için, *"explicit purposes"* ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadedeki *"explicit"* kelimesi, açığa çıkarmak, dışa vurmak anlamına da gelmektedir. Tüzüğün Almanca metninde de aynı şekilde amacın anlaşılır olmasını belirten *"eindeutig"* ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla belirli olan amacın açık olması şartı, amacın açıklanmasını da gerektirmektedir. YÜCEDAĞ, s. 53.

39 Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken işleme amacının açık ve belirli bir şekilde, genel ve muğlak ifadeler kullanılmadan ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2021/333, T. 5.4.2021; K. 2021/85, T. 3.2.2021; K. 2021/85, T. 3.2.2021; K. 2020/173, T. 27.2.2020; K. 2019/81, T. 25.3.2019, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

40 Dülger, s. 126.

41 Küzeci, s. 386.

42 Anı, s. 94-95.

masının temel ilkelerindendir. Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsur içermektedir.[43] Bu prensipler uyarınca hakka yapılan sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için gerekli olması, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, ayrıca getirilen sınırlama ile güdülen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir.[44]

Bu kapsamda yer alan elverişlilik unsuru, hedeflenen amacın gerçekleştirilmesi için elverişli yöntemlerin sınırının aşılmamasını; gereklilik unsuru ise işlemeye konu olan kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olması ve gerektiği kadar süre saklanmasını gerektirmektedir. Bununla beraber yalnızca elde edilmek istenen amacın gerektirdiği kadar kişisel veri işlenmelidir. Veri minimizasyonu *(data minimisation)* şeklinde adlandırılan bu ilke, kişisel verilerin zorunluluk ölçüsünde işlenmesini gerektirmekte, tabiri caizse gereksiz ve fazla veri işlenmesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır.[45] Kişisel verilerin işlenmesi, aktarılması, saklanması ve sair işlemler için sınırları belirsiz, geniş kapsamlı ve keyfiliğe açık kapı bırakan düzenlemeler orantısız müdahale teşkil edecektir.[46]

1. GÜNCEL AYM KARARI IŞIĞINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKINA DEVLET MÜDAHALESİNİN SINIRI

Kişisel verilerin korunmasının anayasal bir hak olarak düzenlendiği tarihten bu yana birçok mevzuat hükmü, yukarıda açıklamış olduğumuz ilkeler kapsamında AYM nezdinde norm denetimine konu edilmiş, birçok hüküm kişisel verilerin korunması hakkına uygunluk açısından değerlendirilmiştir. AYM'nin saydığımız ilkeler kapsamında verdiği birçok karar, kişisel verilerin korunması hakkına devlet müdahalesinin sınırlarını ortaya koymakta yardımcı olmaktadır. Ancak, AYM'nin kişisel verilerin korunması konusunda verdiği her kararda bu ilkeler aynı şekilde değerlendirilmemektedir. Bu açıdan AYM'nin güncel bir kararının burada irdelenmesi, kişisel verilerin koruması hakkına devlet müdahalesinin sınırlarının ve sakıncalarının ortaya koyulması açısından faydalı olacaktır.

---

43 Jülide Gül Erdem, *"Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 4, Ankara, 2013, s. 986.

44 Örneğin bir spor salonu girişinde salon üyelerinin kimlik tespiti için alternatif yollar var iken özel nitelikli kişisel veri olan parmak izi verisinin işlenmesi, amaç ile orantısız olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2019/81, T. 25.03.2019, K. 2019/165, T. 31.05.2019, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165 (Erişim Tarihi: 17.04.2022).

45 Özkan, s. 110. Ayrıca bkz. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5413/Islenme-Amacinin-Gerektirdiginden-Fazla-Kisisel-Veri-Islenmesi-Aktarilmasi-Veri-Minimizasyonu-Ilkesine-Aykirilik- (Erişim Tarihi: 07.07.2022).

46 Yücedağ, s. 54.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere bir anayasal hakka temas eden düzenleme ve sınırlandırmaların Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi için bu düzenleme ve sınırlamaların Anayasa ve KVKK'da öngörülen koşullar çerçevesinde geçerli olması gerekmektedir. Bu kapsamda yukarıda açıklamış olduğumuz kural ve ilkelerin her biri birbiri ile bağlantılıdır, dolayısıyla kanunilik şartlarının senkronize bir şekilde yerine getirilmesi, kişisel veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunun kaderini belirlemektedir. AYM kararlarına bakıldığında kişisel verilerin korunmasına getirilen sınırlamaların Anayasa'ya uygun olması için, yapılan düzenlemelerin verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren önlemleri ve özellikle süre, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki usullere ilişkin detaylı kuralları içermesi gerektiği görülmektedir.[47]

Örneğin AYM, 5651 sayılı Kanun'un m. 5/5 hükmünde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın[48] ("TİB") internet yer sağlayıcılardan gerekli gördüğü bilgileri dilediği usulde toplama yetkisini içeren düzenlemeye ilişkin yapılan incelemede, talep edilecek bilgilerin mahiyeti ile bu bilgilerin hangi koşul ve gerekçeler ile talep edilebileceğinin belirsiz olması dolayısıyla hükmün iptaline karar vermiştir.[49] Aynı şekilde başka bir kararında AYM, yine 5651 sayılı Kanun'da bulunan ve TİB'e herhangi bir gerekçe göstermeksizin kullanıcı trafik bilgilerini temin edebilme yetkisi veren m. 4/3 hükmünü, kişisel verilerin korunmasına orantısız müdahale teşkil etmesi sebebiyle iptal etmiştir.[50] Benzer bir şekilde, kamu personellerinin güvenlik soruşturmalarında kamu kurum ve kuruluşları ile yargı birimlerinden her türlü bilginin toplanmasına olanak sağlayan 4045 sayılı Kanun m. 1/2 fıkrasının kanunilik şartını taşımaması ve yeterli güvenceden yoksun olması gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.[51]

İnceleyeceğimiz 03/03/2021 tarihli ve E. 2018/134, K. 2021/13 sayılı AYM kararına konu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmü ile yuka-

---

47 AYM, *Fatih Saraman*, B.N.: 2014/7256, T. 27.02.2019, para. 83.

48 TİB'in görev ve yetkileri 15 Ağustos 2016 tarihinde BTK'ya aktarılmış olup mevzuatta TİB'e verilmiş yetkiler günümüzde BTK'ya aittir.

49 *"TİB'in hangi koşullarda ve hangi gerekçelerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamakta, belirli ve öngörülebilir olmayan düzenlemelerden dolayı kişisel verilerin korunması hakkı ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır."* AYM, E.2014/87, K. 2015/112, T. 8/12/2015, para. 168-170.

50 AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, T. 2.10.2014, para. 168-170.

51 AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, T. 19/2/2020. Ayrıca bu hüküm dolayısıyla verilen ihlal

rıda bahsi geçen ve iptal edilen hükümler son derece benzer olmasına karşın bahsetmiş olduğumuz unsurlar bu kararda birer iptal sebebi olarak değerlendirilmemiştir. İlgili AYM kararı, 23/7/2018 tarihli ve 14 numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde[52] ("CBK") bulunan sair hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talebine ilişkindir.[53] Başvuruda iptali talep edilen hükümlerden bir tanesi, ilgili CBK m. 17/2'de yer alan ve İletişim Başkanlığı'na görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri her türlü kamu kurum ve kuruluşu ile gerçek ve özel tüzel kişiden toplama yetkisi tanıyan hükümdeki *"gerekli gördüğü bilgileri"* ibaresidir. İptal başvurusunun dayanağı olarak ise, bahsi geçen ibaredeki bilgilerin kapsamında kişisel verilerin de bulunduğu ve bu kapsamda düzenlemenin yetki ve içerik bakımından Anayasa m. 2, m. 20 ve m. 104 hükümleri uyarınca anayasallık kriterlerini karşılamadığı öne sürülmüştür.

AYM, yaptığı inceleme sonucunda, anılan hükmün hiçbir şekilde kişisel verilere ilişkin bir düzenleme olmadığını, gerekli görülen bilgilerin istenmesindeki amaç, kapsam ve sınırın açık, belirli ve öngörülebilir olduğunu belirtmek suretiyle iptal başvurusunu reddetmiştir.[54] AYM'nin ret kararının temel çıkış noktası, ilgili madde metninde kişisel veriye temas eden herhangi bir nokta olmadığı kanaatidir.[55] Mahkeme'nin bu görüşünü değerlendirmek için öncelikle kişisel verilerin tanımı ve kapsamının ne olduğunu ve bir düzenlemenin hangi noktada Anayasa m. 20/3 alanına gireceğini incelememiz gerekmektedir.

Yukarıda değindiğimiz üzere kişisel veriler, mevzuatımızda kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kişisel verilerin tahdidi olarak sayımı mümkün değildir; nitekim başka verilerle birleştirildiğinde kişi ile ilişkilendirilme-

kararlarında da AYM, kanunilik ilkesinin karşılanmadığını ve kamu otoritelerinin keyfiliğine izin veren, orantısız bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Fatih Saraman*, para. 83; *Abdurrahim Kaya ve diğ*, B.N.: 2019/12271, T. 3/12/2020, para. 28; *Süleyman Akif Nazlıgül*, B.N.: 2018/31982, T. 15/6/2021; *Mehmet Emin Karahan ve diğ.*, B.N.: 2018/26461, T. 17/11/2021 para. 32.

52 İletişim Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, S. 14 (R.G.: 24/7/2018-30488), https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.14.pdf (Erişim tarihi: 29.04.2022).

53 AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, T. 03/03/2021.

54 a.g.k., para.39.

55 Aynı yönde benzer bir kararda da AYM, Elektronik Haberleşme Kanunu m. 60/11'de bulunan *"Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir."* şeklindeki yasa hükmünü de kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama getirmediğini kabul etmiş, Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bkz. AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, para. 41-61.

sini mümkün kılan her türlü veri kişisel veri niteliğinde olup bu kapsam oldukça geniştir. Bahse konu İletişim Başkanlığı Teşkilatı'na ilişkin CBK m. 17'de bulunan *"gerekli gördüğü bilgileri"* ifadesinde yer alan bilgilerin kapsamının madde metninde hiçbir şekilde sınırlandırılmadığı, kişisel verilerin bu bilgilerden istisna tutulmadığı, bu nedenle bu bilgilerin sınırsızca her türlü bilgiyi içerdiği görülmektedir. Hatta aynı maddenin üçüncü fıkrasında elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulacağı belirtilmiş; bu bilgiler arasında kritik verilerin de bulunma ihtimali halihazırda mevzuat metninde dile getirilmiştir.[56] Bununla beraber, hükümde İletişim Başkanlığı'nın toplayacağı bilgilerin görevleriyle sınırlı olacağı belirtilmiş ise de ilgili CBK m. 3'e bakıldığında, İletişim Başkanlığı'nın Türkiye Medya Veri Tabanını oluşturmak gibi geniş ve sınırları belirsiz görevlerinin olduğu ve ayrıca basın mensuplarına basın kartı düzenlemek gibi gerçek kişilerle doğrudan temas eden görevlerinin bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda **"**gerekli gördüğü bilgileri**"** şeklinde her türlü bilgiyi işaret eden bir ifadenin alt kümesinde kişisel verilerin bulunması, kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.[57]

CBK m. 17 dolayısıyla kişisel veri işlenmesi olasılığını göz önünde bulundurduğumuz zaman, bu hükmün kişisel veriler ile ve dolayısıyla Anayasa m. 20/3 hükmü ile temas etmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu noktada iptal başvurusunun dayanaklarından biri olan yetki aşımı gündeme gelecektir; nitekim Anayasa m. 104/17 uyarınca temel hak ve hürriyetlerin cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi mümkün değildir. Buna göre CBK'da yer alan düzenlemeler temel haklara ilişkin bir müdahale getirmese dahi bir temel hakka dair bir temas içeriyorsa m. 104 uyarınca yetki aşımı kapsamına girmekte olup iptali gerekmektedir.[58] Ancak AYM tarafından bahse konu CBK hükmünün kişisel verilere ilişkin olmadığına dair kanaati, kararın kaderini belirlemiş ve bu şekilde bir yetki incelemesine de gerek görülmemiştir.

CBK düzenlemesinin kişisel verilere ilişkin olduğu kabul edildiğine, hükmün içeriğinin -bir kanun olmasa da kanun gibi varsayılarak, yürüt-

---

56 İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK m. 17/3: "*Bu şekilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur.*"

57 Karara karşı oy veren Mahkeme Başkanı Zühtü Arslan da bu noktaya değinmiştir: "*Başkanlığa verilen görevlerin çok büyük bir kısmı şu ya da bu şekilde kişisel verilerin işlenmesini gerektirebilecek niteliktedir. Bu sebeple Kanun'da sayılan görevlerin yerine getirilmesi sırasında Başkanlığın kurum, kuruluş ve kişilerden talep edeceği bilgiler arasında kişisel verilerin bulunmaması mümkün değildir.*", Bkz. a.g.k., *Zühtü Arslan Karşıoy Gerekçesi*, para. 13.

58 a.g.k., *Emin Kuz Karşıoy Gerekçesi,* para. 7.

me düzenlemesi olduğu için daha sıkı bir şekilde- yukarıda bahsetmiş olduğumuz tüm şartlar açısından denetlenmesi gerekecektir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, bir kamu kurumunun *gerekli gördüğü* amaç için *gerekli gördüğü* bilgiyi, *gerekli gördüğü* kişi ve kuruluştan, *dilediği* zamanda ve *dilediği* usul çerçevesinde isteyebiliyor olması, kanaatimizce ilgili düzenlemenin belirliliğine ve öngörülebilirliğine dair şüphe uyandırmaktadır.[59] Halbuki yukarıda incelemiş olduğumuz tüm anayasal güvenceler ve kurallar kişisel verilere ilişkin her türlü işlemin detaylıca planlanmasını, işlemlerin şeffaflığını ve öngörülebilirliğini zorunlu kılmakta olup bu kuralların var oluş amacı, kişisel verilerin keyfi şekilde işlenmesinin önüne geçmektir. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz çeşitli AYM kararlarında da geniş kapsamlı ve belirsiz ifadelerin kişisel verilerin korunması hakkına orantısız müdahale teşkil ettiği dile getirilmiştir.[60]

Bununla birlikte ilgili CBK hükmü uyarınca İletişim Başkanlığı'nın bilgi talep ettiği kişi ve kuruluşlar, talep üzerine istenen bilgileri İletişim Başkanlığı'na iletmek ile yükümlü kılınmıştır. Ancak veri sorumlularının kişisel verileri aktarabilmesi için KVKK m. 8'de belirli şartlar öngörülmüş olup bu şartlar haricinde kişisel veri aktarımı hukuka uygun kabul edilmemiştir. Anılan madde incelendiği zaman söz konusu olayda kişisel verilerin aktarımının ancak KVKK m. 5/2 ve 6/3 uyarınca kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde mümkün olduğu görülmektedir. Bu durumda ilgili CBK hükmü uyarınca verileri İletişim Başkanlığı'na iletmek ile yükümlü olan veri sorumlularının hangi veri aktarım şartına dayanacağı sorusunun da boş bırakıldığı anlaşılmaktadır.[61]

SONUÇ

Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına getirilecek sınırlamalar ile kişisel veri işleme şartları Anayasa ve KVKK ile keskin bir şekilde belirlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan devletin kişisel veri işleme faaliyetinin dayanağını oluşturan mevzuat hükümlerinin de bu kural ve ilkelere uyumlu olarak düzenlenmesi, yukarıda bahsettiğimiz açıklamalar kapsamında zorunluluk teşkil etmektedir.

---

59 Karara karşı oy veren AYM üyeleri, *"gerekli gördüğü bilgiler"* ibaresinin kanunilik ilkesi kapsamında belirlilik kuralına uymadığını ve kuruma neredeyse sınırsız bir yetki tanıdığını dile getirmişlerdir. Bkz. a.g.k., *Zühtü Arslan Karşıoy Gerekçesi*, para. 29; *Engin Yıldırım Karşıoy Gerekçesi*, para. 13-14; *Emin Kuz Karşıoy Gerekçesi* para. 19.

60 Karara karşı oy veren mahkeme üyeleri de kararların çelişkili yönlerine ve yasa hükümleri için benimsenen tutumun 14 no'lu CBK hükümleri açısından değiştirilmiş olmasına dikkat çekmiştir. Bkz. a.g.k., *Zühtü Arslan Karşıoy Gerekçesi*, para. 21; *Engin Yıldırım Karşıoy Gerekçesi*, para. 10-11.

61 a.g.k., *Engin Yıldırım Karşıoy Gerekçesi,* para. 16.

Devletin kişisel veri işleme yetkisi çerçevesinde hususen incelediğimiz AYM kararı, bir kamu kurumu olan İletişim Başkanlığı'nın gerekli olan bilgileri her türlü kamu kurumu ile özel gerçek ve tüzel kişilerden toplama yetkisini düzenleyen bir CBK hükmüne ilişkindir. AYM, bu kararda her ne kadar bu hükmün kişisel veri işlemeye ilişkin olmadığı görüşü ile karar vermiş ise de, kanaatimizce bir kamu idaresinin toplayacağı "her türlü bilgi" arasında kişisel verilerin bulunmadığı görüşü, özellikle günümüz teknolojisinin de ilerlemesiyle oluşan olağanüstü bilgi akışı göz önüne alındığında yerinde değildir. Bu kapsamda kanaatimizce karara konu CBK düzenlemesi kişisel veriler ile doğrudan temas etmekte fakat yetki ve içerik bakımından Anayasa ve KVKK'da belirtilen şartları taşımamaktadır. Kararın incelemesiyle beraber vurgulamamız gerekir ki, kişisel veri işleme yetkisi veren mevzuat hükümlerinin geniş kapsamlı ve keyfi uygulamalara olanak verecek şekilde düzenlenmesi kabul edilmemelidir. Bu açıdan AYM'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak verdiği kararlar için yeknesak bir tutum belirlemesi önem arz etmektedir. Nitekim kişisel veri işleme faaliyetleri konusunda kapsamı belirsiz bir açık kapı bırakılması ve Cumhurbaşkanlığı'nca kişisel veriler ile ilgili düzenleme yapılmasının kabul edilmesi, kişisel verilerin korunmasının Anayasa'da temel hak olarak düzenlenmiş olmasını etkisiz hale getirecektir.

KAYNAKÇA

- ANI, Nevzat Ali. *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza,* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek. Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- AYDOĞDU, Yasin. *"Kamu İdaresinde Kişisel Verilerin Korunması",* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, ss. 263-293.
- DÜLGER, Murat Volkan. *"İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması",* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 5, ss. 71-143.
- ERDEM, Jülide Gül. *"Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri",* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 4, ss. 971-1005.
- HARRIS, David, Michael O'BOYLE, Ed BATES ve Carla BUCKLEY. Law of The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2018.
- KÜZECİ, Elif. Kişisel Verilerin Korunması, 4. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- OCAK, Ayşenur. *"İnsan Hakları Açısından Devlet Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Açıklanması"*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2020, ss. 37-74.

- ÖZKAN, Oğulcan. *Kişisel Verilerin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ŞİMŞEK, Oğuz. Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- TÜRKMEN, Sevgi Erarslan. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- YÜCEDAĞ, Nafiye. *"Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler"*, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, ss. 47-63.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, *"Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Durum Değerlendirmesi ile Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Gerçekleştirilen Denetim Çalışmaları"*, Sayı 2013/3, 2013.
- AİHM, *Amann v. İsviçre*, B.N. 27798/95, T. 16/02/2000.
- AİHM, *I v. Finlandiya*, B.N. 20511/03, T. 17/07/2008.
- AİHM, *Dimitrov-Kazakov v. Bulgaristan*, B.N. 48059/06- 2708/09, T. 10/08/2011.
- AİHM, *Yıldırım v. Türkiye*, B.N. 311/10, T. 18/03/2013.
- AYM, E. 2013/122, K. 2014/74, T. 09/04/2014.
- AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, T. 02/10/2014.
- AYM, E. 2014/180, K. 2015/30, T. 19/03/2015.
- AYM, E. 2015/32, K. 2015/102, 12/11/2015.
- AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 08/12/2015.
- AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, T. 04/05/2017.
- AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, T. 28.09.2017.
- AYM, *Fatih Saraman*, B.N.: 2014/7256, T. 27/02/2019.
- AYM, E. 2017/16, K. 2019/64, T. 24/07/2019.
- AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, T. 19/02/2020.
- AYM, *Abdurrahim Kaya ve diğ.*, B.N.: 2019/12271, T. 03/12/2020.
- AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, T. 03/03/2021.
- AYM, *Süleyman Akif Nazlıgül*, B.N.: 2018/31982, T. 15/06/2021.
- AYM, *Mehmet Emin Karahan ve diğ.*, B.N.: 2018/26461, T. 17/11/2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2019/81, T. 25.03.2019.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2019/165, T. 31.05.2019.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2020/173, T. 27.02.2020.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2020/212, T. 12.03.2020.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2021/85, T. 03.02.2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K. 2021/333, T. 05.04.2021.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2021/127
Karar Sayısı : 2022/85
Karar Tarihi: 30/6/2022

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Çanakkale İcra Hukuk Mahkemesi	(E.2021/127)
2. Gaziantep 3. İcra Hukuk Mahkemesi	(E.2022/2)
3. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi	(E.2022/23)
4. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi	(E.2022/24)
5. İzmir 6. İcra Hukuk Mahkemesi	(E.2022/26)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 9/6/2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle eklenen geçici 16. maddenin Anayasa'nın 13., 35., 36., 46. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talepleridir.

OLAY: Kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan tazminat davaları sonucunda verilen hükümlerin icrası için başlatılan icra takiplerinin durdurulması veya iptalleri talebiyle açılan davalar ile bu tür davalara ilişkin kararların istinaf incelemesinde itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu geçici 16. maddesi şöyledir:

"***Geçici Madde 16-*** *(Ek:9/6/2021-7327/21 md.)*

Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 4/11/1983 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiilî el konulması veya hukuki el atılması sebebiyle mülkiyet hakkından doğan taleplere dair bedel ve tazminata ilişkin davalarda verilen kararlar taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara ilişkin kararların icrasına ilişkin hükümlere göre yerine getirilir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, kesinleşmemiş mahkeme kararlarına dayanılarak başlatılan icra takipleri kesinleşmiş mahkeme kararı ibraz edilinceye kadar durdurulur. "

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

TEREKENİN BORCA BATIK OLMASI • HÜKMEN RET • MİRASÇILARIN EYLEMLERİ

ÖZET: Ölüm anında tereke borca batık ise miras reddedilmiş sayılır. Ancak terekeyi sahiplenen ya da sahiplendiğini gösterecek şekilde eylemleri bulunan mirasçılar terekenin borca batık olduğu ileri süremezler. Ancak bu noktada bazı işlemler yapılmış olan mirasçının hangi amaçla davrandığı da dikkate alınmalıdır. Murisin öldüğü tarihte borca batık olduğu anlaşılan terekenin cüzi bir borcunu ödemiş olan mirasçının terekeyi kabul ettiği sonucu ortaya çıkmaz.*

Y. HGK E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 T. 20.12.2013

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; terekenin borca batık olduğunun tespiti isteğine ilişkindir.

Davacılar, miras bırakan babalarından intikal eden mal varlığı bulunmadığını, terekeden tasarrufta bulunmadıklarını, mirasın açıldığı tarih itibariyle terekenin, borca batıklığı sabit ise karine olarak mirasçıların mirası reddetmiş sayılacağını ileri sürerek miras bırakanın öldüğü tarihte terekesinin borca batık olduğuna karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Davalı Hazine vekili; davanın süresinde açılmadığını, esastan da davanın yerinde olmadığını bildirip davanın reddine karar verilmesi istemiştir.

Mahkemece; miras bırakanın taşınır, taşınmaz hiçbir malı olmadığı gibi, herhangi bir işte de çalışmadığı, maaşının da bulunmadığı, ödemeden aczinin açıkça belli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan 01.10.2014 tarihli Yargıtay 8. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

Davalı Hazine vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuş, Yerel Mahkeme'ce; önceki karardaki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiş, direnme kararı davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tereke borcunun bir kısmının mirasçıların kendi malvarlığından ödenmesinin, terekeyi sahiplenme anlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunca işin esasına yönelik yapılan görüşme sonucu ilk oylamada nisap sağlanamaması üzerine yapılan ikinci görüşme sırasında, davacılardan E. A...'un yargılama aşmasında ergin olduğu, mahkemece ergin olan çocuğa tebligat yapıldıktan sonra Özel Daire bozma ilamına uyulup uyulmayacağı yönünde karar verilmesi gerekirken, bu husus yerine getirilmeden velayeti sona ermiş olan veliye tebligat yapılarak direnme kararı verilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu hususun işin esasının görüşülmesinden sonra görüşülüp görüşülemeyeceği ön sorun olarak ele alınmış, bu konuda nisap sağlanamaması üzerine yapılan son görüşmede Kurul çoğunluğunca bu hususun her aşamada görüşülebileceği oyçokluğu ile kabul edilmiş, bundan sonra yapılan görüşme sonucunda, her ne kadar davacılardan E. A..'a ergin olduktan sonra usulüne uygun olarak tebligat yapılmadan karar verilmiş ise de kararın davacı aleyhine olmadığı, ergin olmadan kanuni temsilcisinin dava açtığı ve onun adına beyanda bulunduğu, dosyanın geri çevrilmesi üzerine ergin olan Esra'ya gerekçeli kararın tebliğ edildiği, gözetildiğinde bu konuda usul bozması yapılmasının uygun olmadığı oybirliği ile kabul edilmiş işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Bilindiği üzere; TMK' nın 610/2. maddesinde "...Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan, ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez..." hükmü yer almaktadır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere; yasa koyucu mirasçılardan birinin tereke işlerine gereğinden fazla karışmasının mirası örtülü kabul anlamına geleceğini ve tıpkı açık kabulde olduğu gibi, ret hakkının bu mirasçı bakımından sona ereceğini düzenlemiştir.

Diğer taraftan, Hukuk Genel Kurulunun 08.02.1950 T. ve 140/20 sayılı kararında; "Bir muamelenin alelade idari muamelattan olup olmadığını tayin için bilhassa muameleyi yapan varisin maksadını nazara almak lâzımdır... Eğer bunun maksadı mirasçı sıfatıyla terekeden tasarruf olmayıp mücerret bilahare mirası kabul ettiği zaman ihmal yüzünden gelebilecek zararın önüne geçmek ise, yaptığı muamelenin alelade idari muamele olarak kabulü zaruridir. Ezcümle malların çalınmaması için tedbir ittihazı, malları deftere geçirmek, zamanaşımını kesmek için derhal dava açmak, bir otelin, gazinonun müşterilerinin dağılmaması için vergi vermek, davaya mani olmak için müstacel borçları ödemek alelade idarenin istilzam ettiği muamelattandır..." denilmek suretiyle mirasçının eyleminin tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilmesi için onun bu eylemde bulunurken hangi maksatla hareket ettiğinin belirlenmesi gerektiğini, mirasçının amacının mirasçı sıfatı ile terekede tasarruf değilse, eylemlerinin tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmeyeceği ve ret hakkının düşmesine sebebiyet verilmeyeceği benimsenmiştir.

Bunun yanında, doktrinde ileri sürülen güven nazariyesine göre; bir irade beyanının ya da iradi bir davranışın ne anlama geldiğini tespit etmek için, beyanda bulunan veya sözü edilen davranışta bulunanın iç iradesine değil, beyana yahut anılan davranışa muhatap olan karşı tarafın, dürüstlük kuralına göre, kendisince bilinebilen bütün hal ve şartlar gereği gibi değerlendirerek buna ne anlam vermesi gerektiğine bakılmaktadır

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olup, mirasçıların kendi malvarlığından ödenmiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, miras bırakanın öldüğü tarih itibariyle borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım borçlarının davacılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği, davacıların beyanlarının aleyhte yorumlanmaması gerektiği ve bu konuda bir araştırma yapılmasına da gerek olmadığı sonucuna varılmış, Yerel Mahkeme'ce davanın kabulüne karar verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğu Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluğunca benimsenmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, bir kısım üyelerce; Özel Daire bozma ilamının araştırmaya yönelik olduğu, esas yönünden değerlendirmenin ilgili dosyanın tetkiki sonucu verilmesinin yerinde olduğu, yerel mahkemenin direnme kararının bu nedenle usul ve yasaya uygun olmadığı ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca yukarıda belirtilen nedenlerle benimsenmemiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluğunca usul ve yasaya uygun olduğu benimsenen direnme kararının onanması gerekmiştir.

SONUÇ:

Davalı Hazine vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440/I maddesi uyarınca hükmün tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere yapılan görüşmeler sonucunda 20.12.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

TAKAS VE MAHSUP İDDİASI • KARŞI DAVA • DAVA ŞARTI

ÖZET: Mahsup bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı külfetlerin alacaktan indirilmesini ifade eder. Takas mahsup iddiası ile karşı dava açılması halinde de hukuki yarar şartı aranır. Davalının karşı alacağı davacının alacağından daha az ise karşı dava açmak yerine bu talebini asıl davada savunma olarak ileri sürülmelidir. Savunma olarak ileri sürülebilecek olan hususların ayrı dava konusu yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

Y. HGK E. 2017/2073 K. 2019/479 T. 18.04.2019

"…Dava, eser sözleşmesi ilişkisi kapsamında teminat olarak verilen ve icra takibine konu edilen çeklerden dolayı ifa nedeniyle borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkin olup mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre taraf vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddeleri uyarınca taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Yine, gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere; ispat yükü, hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kişiye düşer. Bu kabul, adi karine niteliğindedir. Nitekim; Dairemizin istikrar bulmuş içtihatlarında kabul edildiği üzere, bir sözleşme fesih ya da başka bir nedenle ortadan kaldırılmadıkça, o sözleşme kapsamında kalan işlerin, o sözleşmenin yüklenicisi tarafından yapıldığı kabul edilir. Ancak, sözleşme feshedilmiş ve işin üçüncü kişiye yaptırıldığı ileri sürülmüşse, bu kez karine, üçüncü kişi yararına oluşmaktadır. Elbette, her iki durumda da, bu karinelerin aksini ileri süren tarafın, bu savunmasını kanıtlanması mümkündür.

Somut olay incelendiğinde; taraflar arasında akdedilen dört ayrı sözleşmeden sadece 02.01.2009 tarihli "Rize ili Pazar ilçesi Hamidiye Mevkii 150 Yataklı Devlet Hastanesi İnşaatı" işinin elektrik ve mekanik tesisat işlerinin davalı tarafça taşeron olarak üstlenildiği sözleşme 21.12.2009 tarihli noter ihtarnamesi ile feshedilmiş, diğer üç sözleşme konusu işle ilgili olarak işlerin kesin kabulleri yapılarak binalar işletmeye açılmıştır. Kaldı ki, feshedilmiş sözleşme kapsamında verildiği ileri sürülen teminat çeki de, bu davanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle; sözü edilen üç sözleşme feshedilmeyip ayakta kaldığından bu sözleşmeler kapsamında kalan işlerin tümüyle taşeron tarafından ifa edildiği karine olarak kabul edilir. Bu karinenin aksini savunan davalı yüklenicinin, bu savunmasını yasal delillerle ispatlaması gerekir. Davalı taraf, 18.02.2009 tarihli noter ihtarnamesi ile eksik ve kusurlu işlerin tamamlanmasını davacı taşerondan istemiş olmakla birlikte, sonrasında bu işlerin taşeron tarafından tamamlanmadığına dair bir belge ya da tespit bulunmamaktadır. Davalı yüklenici şirketçe bir kısım sözleşme, ödeme evrakı ve teklif ile faturalar sunulmuşsa da, bu belgeler, her zaman temini mümkün belgeler olup, eksik ve kusurlu işlerin taşeron tarafından tamamlanmadığını, bu belgelerde adı geçen taraflarca tamamlandığını ispatlamaya, davacı taşeron yararına oluşan karineyi çürütmeye yeterli delil olarak kabul edilemez.

Açıklanan kurallar ve somut olayda gerçekleşen duruma göre, taraflar arasında akdedilmiş ve feshedilmemiş sözleşmeler kapsamında kalan işler tamamlanmış olup, davalı yüklenici tarafça eksik ve kusurlu işlerin davacı taşeron tarafından tamamlanmadığı savunması kanıtlanamadığından, bilirkişiler kurulu raporunda geçici ve kesin kabul

tutanaklarında belirlenen ve sonradan giderildiği anlaşılan eksik ve kusurlu işler bedelinin teminat çekleri bedelinden mahsubuna karar verilmesi doğru olmamıştır.

3-Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarına gelince; davalı yüklenici şirket, dilekçeler aşaması ve ön inceleme duruşmasından sonra bir kısım belgeler sunmuş ve bu belgeler kapsamında davacı taşeronun sorumluluğunda bulunan SGK işçi primlerini taraflarının ödediğini, bu ödemelerin davacı taşeronun alacağından mahsup edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu türden belgelerin sunulması takas def'i ya da mahsup itirazı niteliğinde olabilir. Ancak, meselenin doğru bir şekilde çözümlenmesi için birbirinden farklı kavramlar olan takas ve mahsup kavramlarının netleştirilmesi zorunludur.

Takas, bir miktar para ya da konuları itibariyle aynı türden malı birbirine borçlu olan tarafların, borçların muaccel olması ve takas itirazının dermeyan edilmesi kaydıyla, az olan borcun çok olana nazaran sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir. Takas, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hak olup, sözleşme niteliğinde bulunmadığından, takas iradesinin muhatabına ulaşmasıyla birlikte sonuç doğurmaya başlayacağı kabul edilir. Bu nedenle, takas iradesinin açıklanmamış olması ya da açıklansa bile karşı tarafa varmaması halinde borçların takasından söz edilemez. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, takas, borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Nitekim; uyuşmazlık tarihi itibariyle olaya uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Borçların Sükutu" başlığı altında, 118 vd maddelerinde aynı nitelikte düzenlemelere yer verilerek, takasın borcu sona erdiren nedenlerden biri olduğu açıkça kabul edilmiştir. Diğer taraftan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 139 vd maddelerinde de, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun takasa ilişkin hükümleri dili sadeleştirilmek suretiyle aynen korunmuştur.

Mahsup ise, bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak, alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı yükümlülüklerin alacaktan indirilmesidir. Mahsuplaşmada, takastan farklı olarak iki ayrı alacak bulunmamaktadır. Buna göre, alacak miktarından tenzil edilecek değer, karşı alacak olmayıp, gerçek alacağı bulmak üzere hesaplanan alacaktan indirilmesi gereken bir bedeldir. Bu nedenle, mahsupta hukuken karşılıklı alacaklılık ilişkisinden öte, alacağın gerçek miktarının tespiti için yapılan bir işlemin varlığı kabul edilmelidir. Mahsupta, doğmuş bir alacaktan söz edilemeyeceği için, mahsubun borcu sona erdiren bir neden olduğu da düşünülemez. Ayrıca, mahsup talebi hukuki niteliği itibariyle def'i olmayıp; itiraz niteliğinde olduğundan,

savunmanın genişletilmesi yasağına tabi kabul edilmez. Bu yönüyle, Dairemizin 23.05.2012 Tarih, 2011/7271-3753 Esas ve Karar sayılı ilamında gösterildiği üzere, mahsubun yargılama devam ettiği sürece karşı tarafın muvafakatı olmaksızın ileri sürülmesi mümkündür.

Dairemizin yerleşik uygulamalarında, aynı sözleşme ilişkisi nedeniyle taraflardan birinin katlandığı bazı yükümlülüklerin ya da elde ettiği bir kısım semerelerin diğer tarafın alacağından indirilmesi talebi, hukuki niteliği itibariyle, takas değil, "mahsuplaşma" olarak nitelendirilmektedir. (Emsal nitelikte karar olarak Dairemizin 26.11.2014 Tarih, 2014/857-6878 Esas ve Karar sayılı ilamı ile yine Dairemizin 28.02.2012 tarih, 2012/468-1180 Esas ve Karar sayılı ilamı) Somut olayda ileri sürüldüğü gibi, davacı taşeronun, sözleşmesine göre kendi yükümlülüğünde olan işçi primlerini ödemeyerek bu primleri yüklenicinin ödemek zorunda bırakıldığı yönündeki itirazının, maddi vakıa olarak yüklenicinin katlanmış olduğu mali yükümlülüğün taşeron alacağından tenzil edilmesi talebi niteliğinde olduğu, bu bakımdan; davalı savunmasının mahsuplaşma itirazı niteliğinde bulunduğu görülmektedir.

Davalı tarafça, yargılama sırasında cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen belgeler ve daha sonra ibraz edilen belgelerle davacı taşeronun sigorta prim borçlarının ödendiği ileri sürüldüğünden, taşeronun işçilerinin sigorta prim ödemelerinin yüklenici tarafından yapıldığı savunması, hukuki niteliği itibariyle, aynı hukuki ilişkiden doğup, sözleşmelerin 13. maddeleri kapsamında taşeronun yüklenmiş olduğu bir edimin yüklenici tarafından yerine getirildiğinin iddia edilmiş olmasına göre, mahsup itirazı niteliğindedir. Mahkemenin, bu belgelerin dilekçeler aşamasından sonra ileri sürüldüğü ve savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında kaldığı gerekçesiyle incelenmesinin mümkün olmadığı yönündeki gerekçesi, bu açıklamalar doğrultusunda yerinde değildir.

Mahkemece yapılacak iş; konusunda uzman bir bilirkişiden bu belgeler ve ödemelerin dayanağı olan hesaplarla yapılan ödemelerin kimin borcuna ilişkin olduğu konusunda rapor almak, sonucuna göre, davacı taşeronun yükümlülüğünde olup, davalı yüklenici tarafından yapıldığı tespit edilen bir ödeme bulunması halinde, bu ödemelerin mahsubundan sonra kalan miktar yönünden menfi tespit kararı verilmesinden ibarettir.

Kararın açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir,..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece bozma kararının 3. bendinde direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava menfi tespit istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili ile davalı şirket arasında "Sinop 500 Kişilik Öğrenci Yurdu İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işine dair taşeronluk sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin 9. maddesi gereği 500.000,00TL'lik teminat çeki verildiğini, yine yanlar arasında "Ankara Numune Hastanesine Bağlı Yenimahalle Devlet Hastanesi Ek Binası İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işine dair sözleşme imzalandığını, bu sözleşmenin 9. maddesi gereğince de 750.000,00TL bedelli teminat çeki verildiğini, müvekkilinin üzerine düşen edimleri eksiksiz şekilde yerine getirmesine rağmen teminat çeklerinin iade edilmediğini, çeklerin anlaşmaya aykırı olarak icra takibine konulduğunu ileri sürerek, Ankara 29. İcra Dairesinin 2010/3843 sayılı icra dosyası ile takibe konulan 30.01.2010 keşide tarihli 750.000,00TL ve 30.01.2010 keşide tarihli 500.000,00TL bedelli çekler nedeniyle borçlu bulunmadığının tespitine, takibin iptali ile %40 oranında tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; söz konusu çeklerin teminat çeki olmadığını, çeklerin davacının müvekkili şirkete olan borcu nedeniyle düzenlendiğini, süresinde ödenmemesi üzerine icra takibi başlatıldığını, çeklerin sözleşmeden kaynaklanan edimlerle ilgisi olmadığını, kaldı ki davacının müvekkili şirket ile yaptığı sözleşmeden kaynaklanan edimlerini de ifa edemediğini, müvekkili firmanın idareye karşı taahhütlerini yerine getirmek zorunda olduğundan, davacının yarım bıraktığı işleri üçüncü kişilere yaptırdığını ve zarara uğradığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; yanlar arasında "Sinop 500 Kişilik Öğrenci Yurdu İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işi ve "Ankara Numune Hastanesine Bağlı Yenimahalle Devlet Hastanesi Ek Binası İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işi kapsamında sözleşme yapıldığı, her iki sözleşmenin 9. maddesine göre davacı taşeronun 500.000,00TL ve 750.000,00TL bedelli teminat çeklerini açık tarihli düzenleyip yükleniciye verileceğinin, işin geçici kabulünün yapılmasından ve ilişiksiz belgesinin sunulmasından sonra taşerona iade edileceğinin kararlaştırıldığı, davacı hakkında 500.000,00TL ve 750.000,00TL bedelli iki ayrı çeke dayalı icra takibi başlatılmış ise de, takip dayanağı iki adet çekin sözleşmelerin teminatı

amacı ile verildiğinin kabulü gerektiği, 10.06.2013 tarihli bilirkişi raporunda Sinop 500 kişilik öğrenci yurdu inşaat işine ilişkin sözleşme kapsamında 3.554,24TL eksik ve ayıplı imalat bulunduğu, Ankara Numune Hastanesine Bağlı Yenimahalle Devlet Hastanesi ek binası inşaatı elektrik tesisatı ve mekanik tesisatı işine dair sözleşme nedeniyle 5.370,19TL eksik iş olduğunun belirlendiği, davalı vekilince davacı adına dava dışı üçüncü kişilere, davacının işçilerine ve davacı adına Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) ödemeler yapıldığı gerekçesi ile itiraz etmiş ise de iddia edilen bu ödemelerin cevap dilekçesinde ileri sürülmediği, savunmanın genişletilmesi halinde karşı tarafın açık muvafakati bulunmadıkça dikkate alınmayacağı ayrıca ödemelere ilişkin sunulan belgelerde ise yine davacı adına yapılmış bir ödeme bulunmadığı gibi ödemelerin davaya konu Sinop ve Ankara Yenimahalle'de bulunan imalatlarla da ilgili olduğunun anlaşılamadığı, davacının Sinop ve Ankara Yenimahalle'de sözleşme ile üstlendiği imalatların, işveren idare tarafından geçici ve kesin kabullerinin yapıldığı, idarece geçici kabul tutanağında belirtilen eksik ve kusurlu işlerden dolayı Sinop'taki imalatlarla ilgili 3.554,24 TL, Ankara Yenimahalle'deki imalatlarla ilgili 5.370,19TL değerinde eksik ve ayıplı işlerin bulunduğu, eksik ve kusurlu imalat bedellerinin düşülmesinden sonra, davaya konu çeklerin bakiyelerinin davacı taşerona iade edileceği gerekçesiyle, davacının 30.01.2010 keşide tarihli 750.000,00 TL bedelli çekin 744.629,81TL'lik kısmından ve 30.01.2010 keşide tarihli 500.000,00TL bedelli çekin 496.445,76TL'lik kısmından borçlu olmadığının tespitine, icra takibinin kötüniyetle yapıldığı ispatlanamadığından davacının kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, Özel Dairenin bozma kararının iki numaralı bendine uyulmasına, üç numaralı bendi yönünden ise oy çokluğu ile direnilmesine karar verilmiş, davacı taşeronun sorumluluğunda bulunan SGK işçi primlerinin ödendiği yönündeki savunmanın mahsup niteliğinde olduğu konusunda Özel Daire ile uyuşmazlık bulunmadığı, uyuşmazlığın SGK işçi primleri ödemesine ilişkin mahsup talebinin def'i niteliğinde mi yoksa itiraz niteliğinde mi olduğu noktasında toplandığı, mahsubun hukuki niteliğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda ve 6100 sayılı HMK'da bir düzenleme bulunmadığı, ancak HMK'nın 132/1-a maddesine göre takas veya mahsup ilişkisinin bulunması hâlinde bu hususun açılacak karşı davada ileri sürülmesi gerektiği, HMK'nın 133. maddesine göre ise karşı davanın cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içerisinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılabileceği, bu düzenlemeler dikkate alındığında mahsup

talebinin açılacak bir karşı davada esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmemesi hâlinde mahkemece resen dikkate alınamayacağı, buna göre mahsup talebinin itiraz olmayıp def'i olduğunun kabulü gerektiği, def'i ise esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmediği takdirde savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ayrıca mahsubun itiraz olup savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında kalmadan davanın her aşamasında ileri sürülebileceği kabul edilse dahi bozma kararında değerlendirilmemekle birlikte iddia edilen ödemelere ilişkin SGK'dan verilen müzekkere cevapları ile Sinop ve Ankara Yenimahalle'de bulunan imalatlara ilişkin davalı tarafça bir ödeme yapılmadığının da sabit olduğu, Özel Daire bozma kararının iki numaralı bendi dikkate alınarak değerlendirilme yapılması amacıyla bilirkişi incelemesi sonucu alınan raporda, dava konusu çeklerden dolayı davacının davalıya borcunun bulunmadığının belirtildiği, davacının sözleşmelerle kararlaştırılan yükümlülüklerini yerine getirdiği, eksik ve kusurlu işlerin taşeron tarafından tamamlandığı, aksi yöndeki savunmanın ispatlanamadığı gerekçesiyle her iki işe ilişkin davaya konu çekler yönünden davacının borçlu bulunmadığının tespitine, davacının kötü niyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Direnme kararı taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık,

Davalı tarafından davacı adına sigorta prim borçlarının ödendiği yönündeki mahsup savunmasının mahkemece dikkate alınmasının gerekip gerekmediği, mahsup savunmasının dikkate alınması gerektiğinin kabulü halinde, SGK primlerine ilişkin ödemelerin dayanağı olan hesapların incelenmesi suretiyle yapılan ödemelerin kimin borcuna ilişkin olduğu konusunda bilirkişi raporu alınarak, davacı adına davalının ödeme yaptığının tespiti hâlinde bu ödemelerin mahsubuna karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Davacı vekili ile davalı vekilinin temyiz itirazlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

I- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Bilindiği üzere, hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır (Hukuk Genel Kurulunun 02.04.2014 tarih ve 2013/19-627 E., 2014/439 K. sayılı kararı).

Yerel mahkemenin ilk kararında davacının kötü niyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, karar, davacı vekilince de temyiz edilmiş-

tir. Özel Dairenin 16.11.2015 tarih ve 2015/2802 E., 2015/5758 K. sayılı kararı ile birinci bentte taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine karar verildiği anlaşılmakla, mahkemece davacının kötü niyet tazminatı talebinin reddi yönünden verilen hüküm kesinleşmiş olmakla uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle davacı vekilinin bu yönlere ilişkin direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmadığından bu hususlar hakkında temyiz itirazlarının hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

II- Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle "mahsup" konusunda açıklama yapılmasında yarar vardır.

Mahsup, bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı külfetlerin bu alacaktan indirilmesini ifade eder. Örneğin bir malı sahibine iade ile yükümlü zilyedin o mal için yaptığı bazı masraflar, o maldan elde ettiği semerelerin bedeline mahsup edilir. Bunun gibi haksız fiilden zarar gören kimsenin bu fiilden elde ettiği bir menfaat olmuşsa, böyle bir menfaat uğranılan zarara mahsup edilir. Görüldüğü gibi bu olaylarda karşılıklı alacaklar bulunmamaktadır (Akman S./Burcuoğlu H./Altop A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 1013).

Mahsup yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olmayıp sadece alacağın gerçek miktarını belirlemek üzere yapılan bir işlemdir. Burada ayrı ve müstakil iki alacak bulunmamaktadır. Mahsup savunmasını, alacak miktarının indirilmesinde yararı olan herkes ileri sürebilir ve borcu sona erdiren durum olması nedeniyle hâkim tarafından resen nazara alınır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) "Karşı dava açılabilmesinin şartları" başlıklı 132/1. maddesi;

"Karşı dava açılabilmesi için;

a) Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması,

b) Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması, şarttır" şeklinde düzenlenmiştir.

Gerek iki dava arasında bağlantı bulunması hâlinde, gerekse takas veya mahsup iddiasıyla karşı dava açılması hâlinde, karşı dava açılmasında genel bir dava şartı olan hukuki yarar aranacaktır. Davalının alacağı, davacının alacağından daha düşük ise karşı dava açmak yerine talebini asıl davada sadece savunma olarak ileri sürmelidir. Savunma olarak ileri

sürülebilecek hususların ayrı dava konusu yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır (Pekcanıtez H./Özekes M./Akkan M./Korkmaz H.T.: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt II, İstanbul 2017, s. 1230).

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde, davacı taşeron yanlar arasında imzalanan "Sinop 500 Kişilik Öğrenci Yurdu İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işine ilişkin sözleşme kapsamında davalı yükleniciye verilen 500.000,00TL'lik teminat çeki ve yine yanlar arasında imzalanan "Ankara Numune Hastanesine Bağlı Yenimahalle Devlet Hastanesi Ek Binası İnşaatı Elektrik Tesisatı ve Mekanik Tesisat" işi ile ilgili sözleşme kapsamında verdiği 750.000,00TL bedelli teminat çeki nedeniyle borçlu olmadığının tespitini talep etmektedir.

Davalı yüklenici vekili, yargılama aşamasında 24.06.2013 tarihinde bilirkişi raporuna karşı verdiği dilekçesinde, davacının çalıştırdığı işçilerin sigorta primlerini ödemesi gerektiği hâlde ödemediğinden davacı adına SGK'ya ödeme yapıldığını savunmuş, yine 11.10.2013 tarihli dilekçe ekinde davacı adına sigorta primlerinin ödendiğine ilişkin tahsilat makbuzları ile havale yapıldığına ilişkin dekontları sunmuştur.

Davalı yüklenici tarafından davacının işçilerinin sigorta primlerinin ödendiği yönündeki savunması, yanlar arasında imzalanan sözleşmeler kapsamında davacı adına yapılan ödemelerin davacının alacağından indirilmesi yönünde mahsup savunması olup hâkim tarafından resen nazara alınması gerekmektedir.

Davalı yüklenici vekili, 11.10.2013 tarihli dilekçe ekinde davacı adına sigorta primlerinin ödendiğine ilişkin bir kısım tahsilat makbuzları ve havale yapıldığına ilişkin dekontları sunmuş olup, bu durumda mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak sunulan belgeler ve ödemelerin dayanağı olan hesaplarla yapılan ödemelerin kimin borcuna ilişkin olduğu konusunda rapor alınması, davacının edimi olduğu hâlde davalı yüklenici tarafından yapıldığı tespit edilen bir ödeme bulunması hâlinde, bu ödemelerin mahsubundan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

Hâl böyle olunca tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

III- Öte yandan temyize konu bozma kararının ikinci bendinde yer alan ve taraflar arasındaki feshedilmemiş sözleşmeler kapsamında kalan işler

tamamlanmış olup, davalı yüklenici tarafça eksik ve kusurlu işlerin davacı taşeron tarafından tamamlanmadığı savunması kanıtlanamadığından, bilirkişiler kurulu raporunda geçici ve kesin kabul tutanaklarında belirlenen ve sonradan giderildiği anlaşılan eksik ve kusurlu işler bedelinin teminat çekleri bedelinden mahsubuna karar verilmesi doğru olmadığı yönüne işaret eden bozma nedenlerine mahkemece uyularak bozma doğrultusunda işlem yapılmıştır.

Hâl böyle olunca, bozma kararının ikinci bendine uyularak oluşturulan yeni hüküm Özel Dairesince incelenmediğinden, bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

Diğer taraftan gerekçeli karar başlığında, dava tarihi 24.01.2011 olduğu hâlde 12.02.2016 olarak gösterilmesine ilişkin yanlışlık, mahallinde düzeltilebilir maddi hata niteliğinde bulunduğundan bozma nedeni yapılmamıştır.

SONUÇ

1- Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının hukuki yarar yokluğundan REDDİNE,

2- Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

3- Yukarıda (III) numaralı bentte açıklanan gerekçelerle uyulan kısım yönünden davalı vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **15. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.04.2019 gününde oy birliği ile karar verildi.

BOŞANMADA KUSUR • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Boşanma kararı verilebilmesi için az da olsa davalının da kusurlu olması gerekir. Evliliğin başından itibaren bağımsız ev temin etmeyen eşini kardeşleriyle birlikte yaşamak zorunda bırakan erkeğin diğer davranışları da dikkate alındığında daha fazla kusurlu olduğu kabul edilerek eşine karşı maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda olduğu sonucuna varılmalıdır.

Y. HGK E. 2017/1886 K. 2021/510 T. 20.04.2021

Davacı İstemi:

Davacı vekili 18.02.2013 tarihli dava dilekçesinde; tarafların 26.08.2012 tarihinde evlendiklerini, ortak çocuklarının bulunmadığını, davalının birlik görevlerini yerine getirmediğini, müvekkilinin hamilelik süreci ile ilgilenmediğini, eşini hastaneye dahi götürmediğini, gerekli kontrollerin yapılmaması nedeniyle bebeğin iki aylıkken alındığını, davalının kusurlu davranışları nedeni ile taraflar arasında her gün tartışma ve kavgaların yaşandığını ileri sürerek tarafların boşanmalarına, müvekkili yararına 500TL tedbir-yoksulluk nafakası ile 5.000TL maddi, 5.000TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

Davalı 29.03.2013 tarihli cevap dilekçesinde; tüm iddiaları inkârla, davacının halası ile hastaneye gittiğini, akşam geldiğinde hamile olduğunu söylediğini, eşinin hamileliğine çok sevindiğini, ... Polis Hastanesine ve Zeynep Kamil Kadın Doğum Hastanesine götürdüğünü, yapılan muayenelerde çocukta herhangi bir sağlık sorununun olmadığını, davacının annesinin kızını Sivas'ta hastaneye götürmek istediğini, kendisinin de kabul ettiğini, davacının bir hafta sonra arayarak çocuğu aldırdığını ve devamında "bu iş burada bitmiştir, beni unut" dediğini, barışmaya çalıştığını ancak davacının evine dönmediğini ileri sürerek boşanmayı kabul ettiğini ancak davacının kusurlu davranışları ve rızası dışında ortak çocuğun aldırılması nedeniyle yararına 30.000TL maddi, 50.000TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararı:

6. Sivas 2. Aile Mahkemesinin 04.06.2014 tarihli ve 2013/80 E., 2014/304 K. sayılı kararı ile; tarafların 26.08.2012 tarihinde evlenerek

İstanbul'da davalının beş kardeşiyle birlikte yaşamaya başladıkları, davalının davacıya bağımsız konut temin etmediği, kadın eşin evliliğin üçüncü ayında rahatsızlandığı, bu nedenle annesini arayarak Sivas'tan İstanbul'a yanına çağırdığı, davacının sağlık durumunun çok kötü olduğu, sürekli kanamasının olduğu, dudaklarının morardığı ve kasık ağrılarının bulunduğu, iki aydır bu sorunları olmasına rağmen davacı tarafından acil dışında bir doktora götürülmediği, davacının annesinin mecburen kızını alarak Sivas'a kadın doğum uzmanına götürdüğü, çocuğun anne karnında öldüğü, anneyi zehirlemeye başladığı, durumun davalıya bildirildiği ancak davalının "benim işim başımdan aşkın ben gelemem, ne ederseniz edin" dediği, sonrasında "çocuğumu aldırdın" diye suçlaması şeklinde gerçekleşen davranışlarıyla tam kusurlu olduğu, davalı tanık beyanlarının ise birbirleriyle çelişkili ve çocuğun kasıtlı olarak aldırıldığına dair aktarmalı söylemler içermesi karşısında davacının annesinin görgüye dayalı tanıklığına değer verildiği belirtilerek tarafların boşanmalarına, davacı yararına 400TL tedbir-yoksulluk nafakası ile 5.000TL maddi ve 5.000TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Yargıtay 2. Hukuk Dairesince 31.03.2015 tarihli ve 2014/21634 E. ve 2015/6041 K. sayılı kararı ile;

"...Hüküm davalı erkek tarafından kusur belirlemesi tazminatlar ve nafaka yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle karar tarihi 04.06.2014 olduğu halde gerekçeli kararın sonuç kısmında karar tarihi olarak 30.06.2014 olarak yazılmasının maddi hatadan kaynaklanıp yerinde düzeltilmesinin mümkün bulunmasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda birlik görevlerini yapmayan, eşini kardeşleriyle birlikte oturmaya zorlayan davalı erkek yanında, eşinin akıl sağlığı yönünden hasta olduğunu söyleyen annesinin eşi hakkındaki olumsuz söylemlerine sessiz kalan davacı kadın eşit kusurludur. Türk Medeni Kanununun 174/1-2. maddesi koşulları oluşmadığı halde, davalının ağır kusurlu olduğundan bahisle davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru değildir,.." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

8. Sivas 2. Aile Mahkemesinin 10.11.2015 tarihli ve 2015/288 E., 2015/525 K. sayılı kararı ile bozma öncesi kararda yer alan gerekçenin yanında; davacının görgüye dayalı tek tanığına karşılık davalının sekiz tanığının ifadesinin alındığı, davalı tanığı G'nin tarafları barıştırmaya yönelik ifadesinden davalının bir araya gelme isteğinde bulunarak yaşanan bütün olayları affettiği, yaşanan travmatik olayların ardından davacı ve annesi tarafından söylenen sözlerin Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre tepki niteliğinde kabul edilmesi gerektiği, tepki niteliğinde olduğuna kanaat getirilmese dahi, boşanmaya sebep olan olaylarda erkek eşin; bir eş ve baba olarak üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmediği, eşinin uzun süreden beri kanaması olmasına rağmen uzman bir doktora götürmediği, çocuk alındıktan sonra da mesaj göndererek davacıyı kovduğu, beş kardeşi ile birlikte aynı evde yaşamak zorunda bıraktığı, bağımsız konut temin etmediği dikkate alındığında ağır kusurlu olduğu, buna karşılık kadın eşin ise az kusurlu olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

9. Direnme kararı yasal süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

10. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleşen kusurlu davranışlarının tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, eşit kusurlu olup olmadıkları, burada varılacak sonuca göre davacı eş yararına maddi-manevi tazminat şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. ÖN SORUN

11. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce, mahkemece ilk kararda davalının tam kusurlu olduğu gerekçesiyle boşanmaya ve tazminatlara karar verilmişken Özel Daire bozma kararıyla kadın eşe yüklenen kusurlu davranışlar hakkında "tepki niteliğinde davranış, böyle kabul edilmese dahi, erkeğin yine de ağır kusurlu olduğu" gerekçesiyle davacı yararına tazminatlara hükmedilmesi karşısında, direnme adı altında verilen bu kararın yeni bir gerekçeye dayalı yeni hüküm niteliğinde olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmış, Kurul çoğunluğu tarafından bu ibarelerin yeni bir gerekçe niteliğinde olmadığı, bozma kararını karşılayan direnme gerekçesi niteliğinde olduğu gibi az kusurlu eş yararına da tazminat ödenmesine karar verilebileceği

dikkate alındığında sonucun değişmeyeceği gözetilerek ön sorun bulunmadığına karar verilmiş, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

IV. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili kanun maddeleri ve kavramların incelenmesinde yarar görülmektedir.

13. Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Evlilik birliğinin sarsılması" başlıklı 166. maddesinin bir ve ikinci fıkraları;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir." hükmünü taşımaktadır.

14. Genel boşanma sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü, somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş olması nedeniyle evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime çok geniş takdir hakkı tanımıştır. Bu bağlamda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açan davacının, davasının kabul edilerek, boşanma kararı elde edebilmesi için iki koşulun gerçekleştiğini kanıtlamış olması gerekir. Bunlardan ilkinde davacı; kendisinden, evlilik birliğinin devamı için gereken "ortak hayatın sürdürülmesi" olgusunun artık beklenmeyecek derecede birliğin temelinden sarsıldığını, ikinci olarak "temelden sarsılmanın" karşı tarafın kusurlu davranışları sonucu gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır.

15. Aynı Kanunu'nun "Maddi ve manevi tazminat" başlıklı 174. maddesinde "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir." hükmü düzenleme altına alınmıştır. Görülüyor ki hâkim, boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz veya az kusurlu bulunan eş yararına tazminat ödenmesine karar vermek yetkisine sahiptir.

16. Türk Hukuku'nda boşanmanın mali sonuçları açısından kusur ve nedensellik bağı kavramları önem arz etmektedir, zira boşanma nedeniy-

le tazminat ödenmesine karar verilebilmesi için; bir eşin "kusurlu davranışları" ile diğer eşte "tazminatlar yönünden zarar oluşumu" arasında "nedensellik bağı" olmasını gerektirir. Daha açık bir ifadeyle eşte oluşan zarar olgusu; boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleştiği kabul edilen kusurlu davranışlar nedeniyle oluşmalıdır. Hâkim; olayların alışılan akışına ve yaşam deneyimlerine göre, kusurlu eşin boşanmaya sebebiyet veren eylemlerinin, diğer eşte ağır zarar yaratması arasında uygun nedensellik bağını kurduğu takdirde tazminat ödenmesine karar verebilir.

17. Söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki "birlik artık sarsılmıştır" diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m. 2). Nitekim benzer ilkeye HGK'nın 04.12.2015 tarihli ve 2014/2-594 E., 2015/2795 K. sayılı kararında da değinilmiştir. Bu durumda kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m. 166/1) boşanmaya karar verebilmek için davalının az da olsa kusurlu olması gerekir.

18. Yargıtay boşanma davalarında temyiz incelemesi aşamasının daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla; her bir davada verilecek olan boşanma kararı, fer'îleri ve boşanmanın mali sonuçları yönünden yapılacak denetlemeye uygun şekilde, tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleşen kusurlu davranışları belirtildikten sonra eşlerin kusur durumlarının "kusursuz, az kusurlu, eşit kusurlu, ağır kusurlu veya tam kusurlu eş" şeklinde belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine Yargıtay, 03.07.1978 tarihli, 5/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da "kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayin hususunda önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu hususta bir içtihadı birleştirmeye gidilemeyeceğine" karar vererek her bir boşanma davasında tarafların boşanmaya esas teşkil eden kusur durumlarının kendine özgü ve o evliliğe münhasır olduğunu kabul etmiştir.

19. Eldeki davaya gelince; ilk derece mahkemesince boşanmaya sebep olan olaylarda davalı eşin tam kusurlu olduğu gerekçesiyle tarafların boşanmalarına, davacı yararına da TMK'nın 174. maddesi uyarınca maddi

ve manevi tazminat ödenmesine karar verilmiş; hükmün davalı tarafından temyizi üzerine Özel Dairece, gerçekleşen olaylara göre tarafların eşit kusurlu olduğu kabul edilerek, davacı yararına tazminata hükmedilmesinin doğru bulunmadığı gerekçesiyle karar bozulmuştur.

20. Dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tarafların 26.08.2012 tarihinde evlenerek İstanbul'da yaşamaya başladıkları, davalının evlendikten sonra davacıya bağımsız ev temin etmediği, beş kardeşi ile birlikte aynı evde yaşamak zorunda bıraktığı, davacının annesinin Sivas'ta yaşadığı, kadın eşin evlendikten kısa bir süre sonra hamile kaldığı ve ... Devlet Hastanesinin 31.10.2012 tarihli kayıtlarından da görüldüğü üzere ayaktan muayene şeklinde kadın doğum polikliniğine başvurusunun bulunduğu, sonrasında Zeynep Kamil Kadın ve Çocuk Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesine 11.11.2012 tarihinde "vajinal kanama" şikayeti ile başvuru da bulunduğu, hayatın olağan akışı ve yaşam deneyimi kurallarına göre hamilelik döneminde yaşanan böyle bir kanama şikayetinin ardından hastanın devamında gebelikle ilgili doktor ve hastane kayıtlarının bulunması gerekliliğine rağmen kadın eş hakkında böyle bir tedavi evrakının dosya içerisinde bulunmadığı, bu dönemde yaşadığı rahatsızlık nedeni ile davacının Sivas'ta yaşayan annesini yardım için yanına çağırdığı, tanık ...'ın; kızının yanına gittiğinde "davacının dudaklarının morarmış olduğunu ve vajinal kanamanın devam ediyor halde" olduğunu gördüğünü beyan ettiği, davalıya hastaneye gidilmesi gerektiğini söylediği, davalının ilgisizliği üzerine davacıyı memleketi olan Sivas'a götürmek zorunda kaldığı, burada yapılan muayene sonucunda bebeğin anne karnında öldüğü ve davacıyı zehirlemeye başladığını öğrendikleri, davalıya durumu bildirdiği, davalının cevaben "işim başımdan aşkın, ben gelemem, ne ederseniz edin" dediği, gebeliğin klinik olarak sonlandırılmak zorunda kalındığı, sonrasında davalının davacıya "gelin eşyalarınızı götürün, neyin var neyin yok al" şeklinde mesaj çektiği, yaklaşık bir ay sonra davalı ve ailesinin Sivas'a gelerek tarafları barıştırmaya çalıştıkları, barış müzakeresi anında kadın eşin bağımsız ev temin edilmesini istediği ancak davalının "senden vazgeçerim kardeşlerimden vazgeçmem" demesi üzerine tarafların barışmadığı ve o tarihten sonra bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Tüm bu olgular göz önüne alındığında erkek eşten kaynaklanan kusurlu davranışlara karşılık; kadın eşin kendi annesinin, davalı hakkındaki söylemlerine sessiz kaldığı, bu nedenle de tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleşen kusurlu davranışlarının birbirine denk olduğundan söz edilemez. Böyle olunca yerel mahkemece tespit edilen kusur belirlemesi ve buna bağlı kadın eş yararına maddi-manevi tazminat ödenmesine ilişkin verilen direnme kararı yerindedir.

21. Ne var ki, davalı vekilinin hükmedilen tazminatların miktarına ilişkin temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu konu hakkında gerekli inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

V. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Direnme uygun bulunduğundan, davalı vekilinin tazminatların miktarına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,**

Ancak karar düzeltme yolunun açık olması sebebiyle öncelikle mahkemesince Hukuk Genel Kurulu kararının taraflara tebliği ile karar düzeltme yoluna başvurulması hâlinde dosyanın Hukuk Genel Kuruluna, başvurulmaması hâlinde ise mahkemesince doğrudan Yargıtay 2. Hukuk Dairesine Gönderilmesine,

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20.04.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

BOŞANMADA KUSUR • KADININ DAVRANIŞLARI • BOŞANMA SEBEPLERİ

ÖZET: Somut olayda erkeğin eve sık sık alkollü gelerek kusurlu olduğu, kadının ise kayınvalidesini ağır küfürler ettiği ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşıldığına göre kadının daha fazla kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Boşanma davasından beş yıl önce vuku bulmuş olan olaylar boşanma sebebi yapılamaz.

Y. HGK E. 2017/2647 K. 2021/1161 T. 05.10.2021

Mahkeme Kararı:

6. (Kapatılan) Sincan 3. Aile Mahkemesinin 13.05.2014 tarihli ve 2013/299 E., 2014/296 K. sayılı kararı ile; boşanmaya sebep olan olaylar-

da erkeğin sıklıkla alkollü olarak müşterek konuta gelmesinin huzurluk yarattığı, kadını darp ettiği, buna karşılık kadının da sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiği, kocanın annesine yönelik hakaret ettiği, sık sık müşterek konutu terk etmek suretiyle birlikte yaşamaktan kaçındığı, gerçekleşen olaylara göre tarafların eşit kusurlu olduğu gerekçesiyle her iki davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına, velâyetlerin babaya verilmesine, çocuklar yararına iştirak nafakası hükmedilmesine yer olmadığına, kadın yararına 250TL tedbir-yoksulluk nafakası ödenmesine, tarafların yasal şartları oluşmayan tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Kararı:

7. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 01.04.2015 tarihli ve 2014/21391 E., 2015/6305 K. sayılı kararı ile;

"...Hüküm davalı-davacı tarafından, kadının davası, kusur belirlemesi, tazminat taleplerinin reddi 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, davalı-karşı davacının, kadının davasının reddi gerektiği yönündeki temyiz itirazları yersizdir.

2-Diğer yönlere ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Mahkemece, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı bu sonuca, tarafların eşit kusurlu tutum ve davranışları ile ulaşıldığı kabul edilmiş, buna bağlı olarak kadın lehine yoksulluk nafakası takdir edilmiş, kocanın tazminat talepleri ise reddedilmiştir. Kocanın eşit kusurlu kabul edilmesinin gerekçesi olarak, eve alkollü gelmesi, bu sebeple huzursuzluk çıkarıp, eşine fiziksel şiddet uygulaması gösterilmiştir. Fiziksel şiddet olayının beş yıl öncesine ait itekleme boyutunda kaldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu tarihten sonra evlilik uzunca süre devam ettiğine göre iteklemekten dolayı davalı-davacıya artık kusur atfı doğru değildir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden kadının sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kayınvalidesine "orospu, pislik" diyerek hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Tarafların gerçekleşen kusurlu tutum ve davranışlarına göre boşanmaya sebep olan olaylarda kadının, diğer eşe göre daha ziyade kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca da, ağır kusurlu olan kadının yoksulluk nafakası isteğin reddine, davalı-davacının Türk Medeni Kanununun 174/1-2. maddelerine dayalı maddi ve manevi tazminat isteklerinin kabulü ile uygun miktarda davalı-davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmolunması gerekirken, delillerin takdirinde yanılgıya dü-

şülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır,…" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

8. Ankara Batı 3. Aile Mahkemesinin 29.12.2015 tarihli ve 2015/879 E., 2015/1082 K. sayılı kararı ile bozma öncesi kararda yer alan gerekçenin yanında, bozma ilamının aksine şiddete rağmen tarafların aynı evde yaşamalarının aralarındaki ilişki ve iletişimden bağımsız olarak kadın açısından evliliğin çekilebilirliğini göstermediği gibi, af anlamına da gelmeyeceği, tanık Erdinç'in beyanına göre evliliğin sürekli olarak geçimsizlik içerisinde devam ettiği ve Canan'ın eşine katlanmak durumunda kaldığı, dolayısıyla kadının eşini affettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı, aksi hâlde eşlerin yaşanan her olaydan sonra müşterek yaşamlarına devam etmeleri hâlinde affetmiş sayılacakları, affetmemiş iseler müşterek yaşamı sona erdirmelerini istemenin taraflara boşanma davasını dayatmaktan başka anlam taşımayacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

9. Direnme kararı yasal süresi içinde davalı-karşı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

10. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadıkları, buradan varılacak sonuca göre Türk Medeni Kanunu'nun 174 ve 175. maddesinde yer alan tazminat ve yoksulluk nafakası koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

11. Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili kanun maddeleri ve kavramların incelenmesinde yarar görülmektedir.

12. Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Evlilik birliğinin sarsılması" başlıklı 166. maddesinin 1 ve 2. fıkraları;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir." hükmünü taşımaktadır.

13. Genel boşanma sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü, somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş olması nedeniyle evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime çok geniş takdir hakkı tanımıştır. Bu bağlamda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açan davacının, davasının kabul edilerek, boşanma kararı elde edebilmesi için iki koşulun gerçekleştiğini kanıtlamış olması gerekir. Bunlardan ilkinde davacı; kendisinden, evlilik birliğinin devamı için gereken "ortak hayatın sürdürülmesi" olgusunun artık beklenmeyecek derecede birliğin temelinden sarsıldığını, ikinci olarak "temelden sarsılmanın" karşı tarafın kusurlu davranışları sonucu gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır.

14. Belirtmek gerekir ki; söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki "birlik artık sarsılmıştır" diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m. 2). Nitekim benzer ilkeye HGK'nın 04.12.2015 tarihli ve 2014/2-594 E., 2015/2795 K. sayılı kararında da değinilmiştir. Bu durumda kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m. 166/1) boşanmaya karar verebilmek için davalının az da olsa kusurlu olması gerekir.

15. Yargıtay kararlarında boşanma davalarında temyiz incelemesi aşamasının daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla; her bir davada verilecek olan boşanma kararı, fer'îleri ve boşanmanın malî sonuçları yönünden yapılacak denetlemeye uygun şekilde, tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleşen kusurlu davranışları belirtildikten sonra eşlerin kusur durumlarının "kusursuz, az kusurlu, eşit kusurlu, ağır kusurlu veya tam kusurlu eş" şeklinde belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Yine Yargıtay, 03.07.1978 tarihli, 5/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da "kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayin hususunda önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu hususta bir içtihadı birleştirmeye gidilemeyeceğine" karar vererek her bir boşanma davasında tarafların boşanmaya esas teşkil eden kusur durumlarının kendine özgü ve o evliliğe münhasır olduğunu kabul etmiştir.

16. Yukarıda da belirtildiği üzere, TMK'nin 166. maddesinin birinci fıkrası uyarınca taraflar arasında geçen her olay boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayıp, bu olayların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet vermesi ve de çekilmez hâle getirmesi gerekmektedir. Kural olarak boşanma davalarında da eşlerin boşanma davasına konu ettiği olaylar sonrası barışmaları, barıştıklarını beyan ederek birbirilerine karşı yürüttükleri hukuki süreçleri sonlandırmaları veya somut olayda olduğu gibi gerçekleştiği iddia edilen olaylara rağmen evlilik birliğini makul bir süre daha sürdürmeye devam etmeleri hâllerinde artık o olaylar affedilmiş ya da en azından hoşgörü ile karşılanmış olması nedeni ile tarafların kusur belirlemesinde dikkate alınamaz.

17. Diğer yandan, boşanma, bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde olup, boşanma kararının kesinleşmesiyle evlilik birliği sona erer. Boşanmanın eşler bakımından kişisel ve malî olmak üzere bir takım sonuçlarının bulunduğu kuşkusuzdur. Yoksulluk nafakası ile maddi-manevi tazminat talepleri boşanmanın eşlerle ilgili malî sonuçlarındandır.

18. TMK'nın "Maddi ve manevi tazminat" başlıklı 174. maddesinde "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir." hükmü düzenleme altına alınmıştır. Görülüyor ki hâkim, boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz veya az kusurlu bulunan eş yararına tazminat ödenmesine karar vermek yetkisine sahiptir.

19. Maddi tazminat, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan talep ettiği tazminattır. Maddi tazminatın ön koşulu, talep edenin boşanma yüzünden mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmesi, boşanma ve maddi zarar arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Başka bir sebepten kaynaklı kayıplar maddi tazminat kapsamında yer alamaz. Mevcut menfaatlerin belirlenmesinde evliliğin taraflara sağladığı yararlar göz önünde bulundurularak tarafın maddi tazminat talebi değerlendirilir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde taraflar birliğin sağladığı menfaatlerden ileriye dönük olarak faydalanamayacaklardır. Beklenen menfaatler ise evlilik birliği sona ermeseydi kazanılacak olan olası çıkarları ifade eder.

20. Manevi zarar ise, insan ruhunda kişinin iradesi dışında meydana gelen acı, ızdırap ve elem olarak ifade edilmektedir. Bozulan mane-

vi dengenin yerine gelmesi için kanunun öngördüğü bir telafi şeklidir. 22.06.1966 tarihli, 1966/7 E. ve 1966/7 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere manevi tazminat bir yönüyle de insanlardaki kırgınlık ve kızgınlığı, hatta intikam duygusunu tatmin etme aracıdır. Amacı, olaydan duyulan acı, ızdırap, elem ve kızgınlığı kısmen olsun dindirmek, olayı unutturarak tekrar normal hayata dönüşü sağlamaktır.

21. Kişilik hakları, bir bütün olarak kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkili ve bu varlığın geliştirilmesini hedefleyen haklar ve özgürlükler olarak tanımlanır. Bu haklar; kişiliğe bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Kişilik haklarının mutlak bir hak oluşu, hak sahibine, bu hakka ve hakkın içerdiği değerlere herkesin saygı göstermesini isteme, kişisel değerlerin korunmasını herkesten isteme, yasaların, kamu düzeninin ve genel ahlak ile adabın çizdiği sınırlar içerisinde dilediği gibi kullanma hakkı verir. Kişilik hakkı kavramı; kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki haktır. Yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade eder. Bu varlıklara yönelen saldırılar ise kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğururlar. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenleme TMK'nın 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almakta; Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi ile bu düzenlemeler tamamlanmaktadır. Ancak bu genel korumanın dışında bazı kişisel değerleri koruyan özel hükümler de bulunmakta olup, TMK'nın 174/2. maddesi bu hükümlerden biridir.

22. Yoksulluk nafakası ise; TMK'nın 175. maddesine göre "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere yoksulluk nafakası isteminde bulunan tarafın kusurunun daha ağır olmaması gerekmektedir.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya gelince; tarafların 27.05.1999 tarihinde evlendikleri, bu evlilikten ortak iki çocuklarının bulunduğu, erkeğin eve sık sık alkollü gelmek suretiyle kusurlu olduğu, buna karşılık kadın eşin ise; tarafların ortak çocuğu C'nin beyanları ile sabit olduğu üzere, kayınvalidesine ağır küfürler ettiği ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu kusurlu davranışlar karşılaştırıldığında tarafların kusurlarının birbirine denk olduğundan bahisle, eşit kusurlu sayılamayacakları, boşanmaya sebep olan olaylarda kadının ağır, erkeğin ise az kusurlu olduğu hususu tartışmasız-

dır. Hâl böyle olunca tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü ile dosya kapsamına uygun düşmeyen bu kusur belirlemesine bağlı olarak kadın eş yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi ve ayrıca erkek eşin tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değildir.

24. O hâlde; aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

25. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı-karşı davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,**

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05.10.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

KİRACIDAN ALINAN TAHLİYE TAAHHÜDÜ • GEÇERSİZLİK İDDİASI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kira sözleşmesinin yapıldığı anda ya da sözleşmeden önce kiracıdan alınmış olan tahliye taahhüdü geçersizdir. Bu belgenin kira sözleşmesi yapılırken ya da daha önceki tarihte kiracıdan alındığını ispat yükümlülüğü davalı kiracıya aittir.

Y. HGK E. 2017/975 K. 2021/1108 T. 28.09.2021

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı ...'un dava konusu taşınmazda 05.03.2010 başlangıç tarihli kira sözleşmesi gereğince aylık 3.350TL kira bedeli ile kiracı olduğunu, davalının dört yıldır kiracı olarak bulunduğu işyerini son dönem başından sonra verdiği taahhütname ile 04.03.2014 tarihinde boşaltacağını kayıtsız ve şartsız olarak kabul ettiğini, yazılı taahhüdüne uymayan davalıya ... 1. Noterliğinin 06.03.2014 tarihli ve 2454 yevmiye numaralı ihtarname keşide edildiğini, davalının ihtar ve uyarılara rağmen yazılı taahhüdüne uymadığını ileri sürerek taahhüt nedeniyle kiralanandan tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili cevap dilekçesinde; davaya dayanak yapılan tahliye taahhüdünün davacı tarafça kira sözleşmesinin imza edildiği tarihten önce alındığını, davacının, taşınmazın kiracı sıfatıyla kullanılabilmesinin ön şartı olarak ileri sürdüğü taahhütnameyi müvekkiline manevi cebir altında imzalattığını, bu şekilde imza edilen taahhüt tarafların gerçek iradelerini yansıtmaktan uzak olduğundan geçerli olmadığını, davacının aynı taşınmaz ile ilgili olarak başka hukuksal nedene dayalı olarak ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinde müvekkili aleyhine tahliye davası açtığını ve kötü niyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 17.12.2014 tarihli ve 2014/256 E., 2014/963 K. sayılı kararı ile; gerek davacı vekilince dosyaya sunulan içeriği doldurulmuş 14.03.2013 tarihli tahliye taahhütnamesinin, gerekse

davalı vekilince dosyaya sunulan içeriği doldurulmamış ancak tarafların isim ve imzalarını taşıyan tarihsiz tahliye taahhütnamesinin basılı (matbu), bilgisayar çıktısı olarak düzenlenmiş olmaları ve imzaları taraflarca inkâr edilmeyen (asılları da bulunan) bu iki belgenin mevcut olması, diğer taraftan gerek davacı tanığı ...'in yeminli beyanı, gerekse davacı asilin duruşma sırasındaki isticvabında bizzat söylediği "tahliye taahhütnamesini sözleşmeyi yaparken aldığı, bu taahhütnameyi almadan sözleşme yapmadığı" yönündeki ifadesi karşısında, 14.03.2013 tarihli "tahliye taahhütnamesi" başlıklı belgenin, sözleşmenin yapıldığı 05.03.2010 tarihinde içeriği boş ve zemini basılı olarak düzenlendiği ve taraflarca altının imzalandığı, bu belgenin daha sonra davacı tarafça içeriğinin el yazısı ile doldurulduğu yönünde bir kanaat oluştuğu, bunun üzerine; davacı vekiline, dilekçesinde "her türlü yasal delil" ifadesi geçtiği için, karşı tarafa yemin teklif edip etmeyeceğinin sorulduğu, davacı vekilinin yemin teklif etmeyeceklerini belirttiği, bu durumda; "taraflar arasında düzenlenen tahliye taahhütnamesinin sözleşme yapıldığı sırada kiralayan tarafından kiracıdan alındığı" yönündeki karine ve bu konuda oluşan kanaat çerçevesinde, davacı tarafın "taahhütnamenin sonraki bir tarihte kiracı tarafından verildiği" yönündeki iddiasını kanıtlayamadığı, davaya konu tahliye taahhütnamesinin sözleşme başlangıcında alındığı ve bu yönüyle kiralayanın sözleşme yapmama baskısı altında alınan bir taahhütname niteliğinde olup hukuken geçersiz olduğu, dolayısıyla davada tahliye koşullarının oluşmadığı, davacı taraf davada haksız olup taşınmazın tahliye edilmesi nedeniyle konusuz kalan davanın esası hakkında herhangi bir karar verilmesine yer olmadığından yargılama giderlerinden davacı tarafın sorumlu olduğu gerekçesiyle dava konusu taşınmaz kiracı tarafından tahliye edildiğinden konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davacı tarafın davalının yargılama giderlerine mahkum edilmesi yönündeki talebinin reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuş, Yargıtay (Kapatılan) 6. Hukuk Dairesinin 26.03.2015 tarihli ve 2015/2042 E., 2015/3042 K. sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, bunun üzerine davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (Kapatılan) 6. Hukuk Dairesinin 16.11.2015 tarihli ve 2015/7313 E., 2015/9971 K. sayılı kararı ile; "...Davacı vekili dava dilekçesinde; 05.03.2010 başlangıç tarihli ve 2 yıl süreli sözleşme ile kiracı olan davalının 14.03.2013 tarihli tahliye taahhütnamesi ile kiralananı

04.03.2014 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt etmesine rağmen bu tarihte tahliye etmediğini belirterek tahliye taahhütü nedeniyle kiralananın tahliyesini talep etmiştir. Davalı vekili tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinin imzalanmasından önce boş ve tarihsiz olarak alındığını, davacının ön şart olarak taahhütnameyi imzalatmak istediğini belirterek manevi cebir altında alınan tahliye taahhütnamesinin geçersiz olduğunu ve davanın reddini savunmuştur. Mahkemece kiralananın yargılama sırasında tahliye edilmesi sebebiyle dava konusuz kaldığından davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davacının dava açmakta haklı olmadığı gerekçesiyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. ...nun 190. Maddesi uyarınca ispat yükü, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinden önce imzalatıldığını iddia eden davalı bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olup, mahkemece ispat yükümlülüğü ters çevrilerek yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı bu defaki incelemeden anlaşılmakla davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmiştir." gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 09.03.2016 tarihli ve 2016/85 E., 2016/356 K. sayılı kararı ile; davalının "tahliye taahhütnamesi" başlıklı, içeriği doldurulmamış ancak tarafların isim ve imzalarını taşıyan belge ve tanık delili ile "davacıya verilen tahliye taahhütnamesinin sözleşme ile birlikte başlangıçta içeriği boş olarak verilen bir belge olup sözleşme yapmama baskısı ile alındığı" yönündeki savunmasını büyük ölçüde kanıtladığı, davalı asilin isticvap beyanında ifade ettiği "sözleşme ile birlikte iki boş taahhütname imzalatıldığı, birinin kiracı olarak kendisinde kaldığı, diğerini kiralayana verdiği" yönündeki ifadesinin kabule şayan olduğu, 17.12.2014 tarihli duruşmada davalı vekilinin kendilerinde bulunan boş taahhütnamenin aslını sunduğu ve yapılan karşılaştırmada dosyadaki fotokopi belge ile aynı olduğunun gözlemlendiği, davacının elindeki taahhütnamenin matbu kısımları dışındaki boş yerlerinin sonradan kalemle doldurulduğu yönünde bir karine oluştuğunun kanaatine varıldığı, davacının, "sözleşme başlangıcında kiracıdan mutlaka tahliye taahhütnamesi aldığını ve bu belgeyi almadan sözleşme imzalamadığını" açıkça itiraf ederek davalının savunmasını doğruladığı, 14.03.2013 tarihli, boş kısımları kalemle doldurulmuş belgenin, sözleşme ile aynı tarihte değil de gerçekten belgede yazılı tarihte düzenlenip kiralayana verildiği yönündeki iddianın kanıtlanması ile ilgili olarak ispat yükünün yer değiştirdiği, davacı taraf dilekçesinde "her türlü yasal delil" diyerek yemin deliline de başvurduğu için duruşmada kendile-

rine karşı tarafa yemin teklif edip etmeyecekleri hususunun hatırlatıldığı, yemin teklifi yapmayacaklarını ifade etmeleri üzerine davalı savunması doğrultusunda karar vermek gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinden önce imzalatıldığını iddia eden davalının bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre ispat yükünün ters çevrilip çevrilmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için "taahhüt nedeniyle tahliye" davaları hakkında açıklama yapılmasında yarar vardır.

13. Tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye davaları 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un (6570 sayılı Kanun) 7. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmekte iken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 352. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre. "Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir." Görüldüğü üzere TBK'nın 352/1. maddesinde "boşaltmayı yazılı olarak üstlenme" kavramına yer verilmiştir. Kira sözleşmesinin yazılı tahliye taahhüdü ile sona erdirilmesi TBK öncesinde daha çok Yargıtay kararları ile şekillenmiştir.

14. Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "kiralananın teslim edilmesinden sonra" ifadesi, 6570 sayılı Kanun'un 7/1-a maddesinde bulunmayan ve Yargıtay içtihatları ile şekillenip hukuken geçerli hâle gelmiş olan yazılı tahliye taahhüdünün "kiralananın tesliminden sonra hüküm ifade edeceğine" dair Yargıtay uygulamasının kanunlaşması hâlidir (Kanık, HikmeT. Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, Ankara 2021, s. 1289). Tahliye taahhüdü yalnızca konut ve çatılı işyerleri kira sözleşmesine konu yerler için verilir. Konut ve çatılı işyerleri kira sözleşmesine konu yerler dışındaki taşınmazlar hakkında tahliye taahhüdünde bulunulamaz (Ceran, MithaT. Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davaları, Ankara 2019, s. 1002).

15. Taahhüt nedeniyle tahliye davalarına ilişkin bu açıklamalardan sonra ispat hukuku kavramı ve hukukî niteliği üzerinde durulması yerinde olacaktır.

16. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "İspat yükü" başlıklı 6. maddesinde; kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü tutulmuştur.

17. İspat yükünü düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 190. maddesi "(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

(2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir" şeklindedir.

18. Yukarıda belirtilen maddenin birinci fıkrasında, ispat yükünün belirlenmesine ilişkin temel kural vurgulanmıştır. Buna göre, bir vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükünü taşıyacaktır.

19. Her somut olaydaki maddi vakıaya göre lehine hak çıkaran taraf ve ispat yükü şekilleneceğinden, maddi hukuk kuralına ilişkin bu vakıaların doğru ve net bir şekilde belirlenerek ortaya konulması gerekmektedir. Maddede aksine düzenleme olmadıkça ibaresi eklendiğinden, kanunda ispat yükü ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verildiğinde, ispat yükü genel kurala göre değil de kanunda belirtilen özel düzenlemeye göre belirlenecektir.

20. Kural olarak, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran/iddia eden taraf, o vakıayı ispat etmeye mecburdur (TMK m. 6).

21. Kira sözleşmesinin yapılması sırasında tarihleri boş olan ve kiracı tarafından imzalanan tahliye taahhüdü alınması durumunda, bu belgenin kiralananın teslimi öncesinde tarihlerinin boş olarak verildiği ve anlaşmaya aykırı olarak sonradan tamamlandığına ilişkin savunmanın kanıtlanması gerekir. Bu şekilde yani düzenleme ve boşaltma tarihlerinin sonradan tamamlanması belgenin geçersizliğini gerekmediği gibi bu tarihlerin anlaşmaya aykırı olarak tamamlandığına ilişkin iddia kiracı tarafından ispatlanmalıdır (Kanık, s. 1293).

22. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; davacı vekili davalı ...'un dava konusu taşınmazda 05.03.2010 başlangıç tarihli kira sözleşmesi gereğince aylık 3.350TL kira bedeli ile kiracı olduğunu, davalının dört yıldır kiracı olarak bulunduğu işyerini son dönem başından

sonra verdiği 14.03.2013 tarihli taahhütname ile 04.03.2014 tarihinde boşaltacağını kayıtsız ve şartsız olarak kabul ettiğini, davalının yazılı taahhüdüne uymadığını ileri sürerek taahhüt nedeniyle kiralanandan tahliyesine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davaya dayanak yapılan tahliye taahhüdünün davacı tarafça kira sözleşmesinin imza edildiği tarihten önce alındığını, davacının, taşınmazın kiracı sıfatıyla kullanılabilmesinin ön şartı olarak ileri sürdüğü taahhütnameyi müvekkiline manevi cebir altında imzalattığını, bu şekilde imza edilen taahhüt tarafların gerçek iradelerini yansıtmaktan uzak olduğundan geçerli olmadığını, davacının kötü niyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş ise de yukarıda da belirtildiği üzere TMK'nın 6 ve HMK'nın 190. maddesi gereğince ispat yükü, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinden önce imzalatıldığını iddia eden davalı kiracı bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bu durumda mahkemece ispat yükümlülüğü ters çevrilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

23. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, 04.10.1944 tarihli ve 1944/20 E., 1944/28 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, ilk kira sözleşmesi ile birlikte verilmiş olan tahliye taahhüdünün serbest iradeye dayanmadığından geçerli olmadığının belirtildiği, kiraya verenlerin bu İçtihadı Birleştirme Kararını aşmak için düzenleme ve boşaltma tarihleri boş olan ve kiracı tarafından imzalanan tahliye taahhüdü aldıklarını, tahliye taahhüdü noterde düzenlenseydi ispat yükünün davalıda olacağını ancak tahliye taahhüdü adi yazılı olduğu için ispat yükünün davacıda olduğu, bu nedenle direnme kararının onanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

24. Hâl böyle olunca; mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

25. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.09.2021 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

BOŞANMADA KUSUR • ERKEĞİN DAVRANIŞLARI

ÖZET: Somut olayda; eşinin babasına gönderdiği mesajda küçük düşürücü beyanlarda bulunan, eşine hakaret eden eşinin iş yerine giderek huzursuzluk çıkaran eşini başkalarının yanında küçük düşüren erkek eşin daha fazla kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Y. HGK E. 2018/11 K. 2021/1362 T. 09.11.2021

6. İstanbul Anadolu 9. Aile Mahkemesinin 04.12.2014 tarihli ve 2013/586 E., 2014/920 K. sayılı kararı ile; davacı erkek eşin 12.05.2013 tarihinde ortak konutu terk ettiği ve eşine hakaret içerikli mesajlar gönderdiği; buna karşılık kadın eşin ise, evlilik içinde oluşan sorunları çözmek için konuşmadığı, konuştuklarında eşine hakaret ettiği, agresif davrandığı, evdeki eşyaları davalıya fırlattığı, evlilik süresince Nurdan isimli arkadaşıyla evlilik birliğinin sorumluluklarından uzak bir yaşam sürdüğü, eşinden ve evinden uzaklaştığı, davalı ile ortak evde yaşamıyormuşçasına hareket ettiği, telefonuna gelen video görüntülü mesajı sorduğunda göstermediği, hemen sildiği, açıklama yapmak zorunda olmadığını söylediği, s...olup hayatından çıkmasını istediği, işyerinde amiri durumunda olan kişi ile ast ve üst ilişkisini aşan mesajlaşmaları dolayısıyla güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, iş ve özel hayatında evli bir kadına yakışmayacak söz ve davranışlarda bulunduğu, böyle olunca boşanmaya sebep olan olaylarda kadının ağır, erkeğin ise az kusurlu olduğu gerekçesi ile tarafların TMK'nın 166/2. maddesi uyarınca boşanmalarına, erkek eş yararına 20.000TL maddi, 15.000TL manevi tazminat ödenmesine, kadının ziynet alacağı davasının kısmen kabulü ile 25.542TL bedelin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, kadının çekmiş olduğu kredi borcuna ilişkin davasının da kısmen kabulü ile 18.355TL alacağın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, kadının alacak istemine konu ettiği 11.200TL bedelin ise

evlilik birliği içerisinde evin geçimine ilişkin harcama olması nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Kararı:

7. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14.12.2015 tarihli ve 2015/9842 E., 2015/23918 K. sayılı kararı ile;

"...Hüküm davacı kadın tarafından, kusur belirlemesi, tazminatlar, ziynet eşyası alacağının reddedilen kısmı ve para alacağı talebi yönünden, davalı erkek tarafından ise, lehine hükmolunan tazminatların miktarı, kadının ziynet eşyası alacağının kabul edilen kısmı, kadının kısmen kabul edilen kredi borcunun ödenmesi talebi, yargılama giderleri ve vekâlet ücreti 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, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece, boşanmaya sebep olan olaylarda davacı kadın ağır kusurlu bulunarak, davacı kadının maddi ve manevi tazminat (TMK. md.174/1-2) isteklerinin reddine, davalının ise maddi ve manevi tazminat (TMK.md.174/1-2) isteklerinin kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davalı erkeğin eşine sürekli ağır hakaretler ettiği, eşinin işyerine giderek huzursuzluk çıkardığı ve eşinin başkaları yanında küçük düşmesine neden olduğu, davacı kadının ise eşine hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacı kadına kusur olarak yüklenen güven sarsıcı davranışa ilişkin olaydan sonra taraflar barışarak evlilik birliğini uzunca bir süre devam ettirmiş olup, davalı erkeğin, kadının bu davranışını affettiği, en azından hoşgörü ile karşılamış sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Affedilen veya hoşgörü ile karşılanan olaylar nedeniyle davacı kadına kusur izafe edilemez. Mahkemece kadına yüklenen diğer kusurlara ilişkin olarak ise, davalının soyut iddiaları ve tanıkların davalıdan aktardıkları beyanlar dışında dosyada bir delil bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu olaylara göre, boşanmaya sebep olan olaylarda davalı erkeğin davacı kadına nazaran ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminat (TMK. md.174/1-2) şartları oluşmuştur. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK.m.4, TBK. 50,51,52,58) dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi ge-

rekirken, delillerin takdirinde hataya düşülerek, hatalı kusur belirlemesinin sonucu olarak, davalı erkek yararına maddi ve manevi tazminata karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması Anayasa hükmüdür (md. 141/3). Mahkemenin, tarafların açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi hukuki dinlenilme hakkının da (HMK md.27) gereğidir. Yargı organları her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, sabit görülen maddi vakıaları ve bunlardan çıkardıkları sonuç ve hukuki sebepleri gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Somut olaya gelince; mahkeme gerekçeli kararında, davacı kadının ziynet alacağı ve diğer alacak taleplerinin neden kabul edildiğine ilişkin hiçbir gerekçe belirtmemiş, bu husus gerekçede tartışılmamıştır. Bu haliyle karar, ziynet alacağı ve diğer alacak talepleri yönünden yeterli gerekçeden yoksun olup, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 294/1-c maddesindeki unsurları içermemektedir. Bu bakımdan, ziynet alacağı ve diğer alacak taleplerine ilişkin istekler yönünden gerekçesiz karar oluşturulması da usule aykırı bulunmuştur,…" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

8. İstanbul Anadolu 9. Aile Mahkemesinin 02.06.2016 tarihli ve 2016/155 E, 2016/432 K. sayılı kararı ile bozma öncesi kararda yer alan gerekçenin yanında, kadının ziynet eşyası, kredi ve nakit para alacağına yönelik verilen ilk kararın yeterli gerekçe içermemesi nedeniyle bu yöne ilişkin bozma kararına uyulmasına ve ziynet alacağı davasına yönelik olarak erkeğin 23.03.2014 tarihli duruşmadaki ikrarı ve kadına iade edeceğine yönelik çektiği mesaj gerekçesi ile kısmen kabulüne, kredi borcuna ilişkin alacak yönünden ise kadının aile birliğinin idamesi sırasında bankadan kredi çekerek harcanan ve taksit ödemeleri devam eden 25.000TL kredi tutarının faiziyle birlikte 36.710TL olduğu, bu borcun taraflarca birlikte ödenmesi gerektiği gerekçesi ile kısmen kabulüne, 11.200TL bedelli alacağın ise kadının evliliğin idamesi için zorunlu yapılan harcamalara ilişkin olarak kazancından eşine göndermiş olduğu paradan kaynaklanması ve tarafların ekonomik gelirleri ölçüsünde harcamalara ortak katılımı gerektiği gerekçesiyle reddine karar verildiği açıklanmış, kusur belirlemesine ilişkin bozma kararına ise kadının eşine hakaret etmesi dışında evi ve eşiyle ilgilenmediği, evlilik sorumluluklarını yerine getirmediği, başına buyruk davranış biçimleri sergilediği, evli değil bekâr bir bayan gibi hareket ettiği, erkek arkadaşlarıyla eşinden habersiz içkili mekanlara gittiği, içki içtiği, saat 03:00'e kadar eğlendiği, sabaha karşı eve geldiği,

eşini hiçe saydığı şeklinde gerçekleşen kusurlu davranışların değerlendirilmediği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

9. Direnme kararı yasal süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

10. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanmaya sebep olan olaylarda davacının mı yoksa davalı tarafın mı ağır kusurlu olduğu, buradan varılacak sonuca göre 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 174. maddesinde yer alan maddi ve manevi tazminat taleplerinin hangi taraf yararına oluşacağı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

11. Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili kanun maddeleri ve kavramların incelenmesinde yarar görülmektedir.

12. Bilindiği üzere TMK'nın "Evlilik birliğinin sarsılması" başlıklı 166. maddesinin 1 ve 2. fıkraları;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir." hükmünü taşımaktadır.

13. Genel boşanma sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü, somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş olması nedeniyle evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime çok geniş takdir hakkı tanımıştır. Bu bağlamda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açan davacının, davasının kabul edilerek, boşanma kararı elde edebilmesi için iki koşulun gerçekleştiğini kanıtlamış olması gerekir. Bunlardan ilkinde davacı; kendisinden, evlilik birliğinin devamı için gereken "ortak hayatın sürdürülmesi" olgusunun artık beklenmeyecek derecede birliğin temelinden sarsıldığını, ikinci olarak "temelden sarsılmanın" karşı tarafın kusurlu davranışları sonucu gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır.

14. Belirtmek gerekir ki; söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da madem ki "birlik artık sarsılmıştır" diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m. 2). Nitekim benzer ilkeye HGK'nın 04.12.2015 tarihli ve 2014/2-594 E., 2015/2795 K. sayılı kararında da değinilmiştir. Bu durumda kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m. 166/1) boşanmaya karar verebilmek için davalının az da olsa kusurlu olması gerekir.

15. Yargıtay kararlarında boşanma davalarında temyiz incelemesi aşamasının daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla; her bir davada verilecek olan boşanma kararı, fer'îleri ve boşanmanın malî sonuçları yönünden yapılacak denetlemeye uygun şekilde, tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleşen kusurlu davranışları belirtildikten sonra eşlerin kusur durumlarının "kusursuz, az kusurlu, eşit kusurlu, ağır kusurlu veya tam kusurlu eş" şeklinde belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Yine Yargıtay, 03.07.1978 tarihli, 5/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da "kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayin hususunda önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu hususta bir içtihadı birleştirmeye gidilemeyeceğine" karar vererek her bir boşanma davasında tarafların boşanmaya esas teşkil eden kusur durumlarının kendine özgü ve o evliliğe münhasır olduğunu kabul etmiştir.

16. Diğer yandan, boşanma, bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde olup, boşanma kararının kesinleşmesiyle evlilik birliği sona erer. Boşanmanın eşler bakımından kişisel ve mali olmak üzere bir takım sonuçlarının bulunduğu kuşkusuzdur. Maddi ve manevi tazminat talepleri de boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarındandır.

17. Türk Medeni Kanunu'nun "Maddi ve manevi tazminat" başlıklı 174. maddesinde "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî

tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir." hükmü düzenleme altına alınmıştır. Görülüyor ki hâkim, boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz veya az kusurlu bulunan eş yararına tazminat ödenmesine karar vermek yetkisine sahiptir.

18. Maddi tazminat, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan talep ettiği tazminattır. Maddi tazminatın ön koşulu, talep edenin boşanma yüzünden mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmesi, boşanma ve maddi zarar arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Başka bir sebepten kaynaklı kayıplar maddi tazminat kapsamında yer alamaz. Mevcut menfaatlerin belirlenmesinde evliliğin taraflara sağladığı yararlar göz önünde bulundurularak tarafın maddi tazminat talebi değerlendirilir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde taraflar birliğin sağladığı menfaatlerden ileriye dönük olarak faydalanamayacaklardır. Beklenen menfaatler ise evlilik birliği sona ermeseydi kazanılacak olan olası çıkarları ifade eder.

19. Manevi zarar ise, insan ruhunda kişinin iradesi dışında meydana gelen acı, ızdırap ve elem olarak ifade edilmektedir. Bozulan manevi dengenin yerine gelmesi için kanunun öngördüğü bir telafi şeklidir. 22.06.1966 tarihli, 1966/7 E. ve 7. K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere manevi tazminat bir yönüyle de insanlardaki kırgınlık ve kızgınlığı, hatta intikam duygusunu tatmin etme aracıdır. Amacı, olaydan duyulan acı, ızdırap, elem ve kızgınlığı kısmen olsun dindirmek, olayı unutturarak tekrar normal hayata dönüşü sağlamaktır.

20. Kişilik hakları, bir bütün olarak kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkili ve bu varlığın geliştirilmesini hedefleyen haklar ve özgürlükler olarak tanımlanır. Bu haklar; kişiliğe bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Kişilik haklarının mutlak bir hak oluşu, hak sahibine, bu hakka ve hakkın içerdiği değerlere herkesin saygı göstermesini isteme, kişisel değerlerin korunmasını herkesten isteme, yasaların, kamu düzeninin ve genel ahlak ile adabın çizdiği sınırlar içerisinde dilediği gibi kullanma hakkı verir. Kişilik hakkı kavramı; kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki haktır. Yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade eder. Bu varlıklara yönelen saldırılar ise kişilik hakkının ihlali sonucunu doğururlar. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenleme TMK'nın 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almakta; Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi ile bu düzenlemeler tamamlan-

maktadır. Ancak bu genel korumanın dışında bazı kişisel değerleri koruyan özel hükümler de bulunmakta olup, TMK'nın 174/2. maddesi bu hükümlerden biridir.

21. Eldeki davaya gelince; yerel mahkemece erkeğin eşine hakaret ettiği ve ortak konutu terk ettiği, buna karşılık kadının da eşine hakaret ettiği, evlilik birliğinin sorumluluklarını yerine getirmediği, işyerinde amiri durumunda olan kişi ile ast ve üst ilişkisini aşan mesajlaşmaları dolayısıyla güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, iş ve özel hayatında evli bir kadına yakışmayacak eylemlerde bulunduğu gerekçesiyle kadının ağır, erkeğin ise az kusurlu olduğu belirtilerek boşanmaya karar verilmiştir. Özel Daire ise; davacı kadına kusur olarak yüklenen güven sarsıcı davranışa ilişkin olaydan sonra tarafların barışarak evlilik birliğini uzunca bir süre devam ettirdiği, dolayısıyla erkeğin, kadının bu davranışını affettiği, en azından hoşgörü ile karşıladığı, gerçekleşen olaylara göre erkeğin eşine sürekli ağır hakaretler ettiği, eşinin işyerine giderek huzursuzluk çıkardığı ve eşinin başkaları yanında küçük düşmesine neden olduğu, davacı kadının ise eşine hakaret ettiğinin anlaşıldığı, boşanmaya sebep olan olaylarda erkeğin ağır kadınınsa az kusurlu olduğunu kabul ederek boşanma nedeniyle kadın eş yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminat ödenmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

22. Toplanan delillerin değerlendirilmesinde; tarafların 17.07.2011 tarihinde evlendikleri, bu evlilikten ortak çocuklarının bulunmadığı, yerel mahkeme kararında kadına kusur olarak yüklenen mesajlar nedeniyle güven sarsıcı davranış eyleminden sonra taraflar arasında Beykoz Aile Mahkemesinin 15.07.2013 tarihli ve 2012/515 E., 2013/663 K. sayılı dosyası ile boşanma davasının görüldüğü, davanın 15.07.2013 tarihi itibari ile açılmamış sayılmasına karar verildiği, yerel mahkemece yapılan yargılamanın 13.02.2014 tarihli duruşmasında tarafların açılan dava ile ilgili olarak "Beykoz'daki dava açıldıktan sonra barışmıştık, huzurdaki davadan önceki süreçte tatile gidilmişti, barıştıktan sonra 9 ay kadar aynı müşterek konutu paylaşmıştık" şeklinde beyanda bulundukları, dolayısıyla kadının barışmadan önce gerçekleşen eylemlerinin eşi tarafından affedildiği, affedilen olaylarla ilgili olarak taraflara kusur yüklenemeyeceği, tarafların barıştıktan sonra dokuz ay süreyle evlilik birliğini sürdürdükleri, fiili ayrılığın ise erkeğin 12.05.2013 tarihinde ortak konutu terk etmesi ile başladığı, bu tarihten sonra yeniden bir araya gelmedikleri anlaşılmıştır. Somut olayda; tarafların boşanmaya sebep olan olaylardaki kusur durumlarının barışarak yeniden bir araya gelme tarihinden dava açılma tarihi olan 05.07.2013 tarihine kadar gerçekleşen olaylara göre tespit edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu döneme ilişkin olarak yapılan

yargılama ve toplanan delillerden; 02.05.2014 tarihli bilirkişi raporu ile de sabit olduğu üzere tarafların mesaj yolu ile karşılıklı olarak birbirlerine hakaret ettikleri, bunun dışında erkeğin 07.06.2013 tarihinde kadının Avustralya'da yaşayan babasına çektiği mesajla eşi hakkında küçük düşürücü sözler söylediği, mahkemece davacı ile aynı işyerinde çalışan iş arkadaşları Emel, Çiğdem ve Gülçin'in tanık olarak dinlendiği, bu tanıklardan Gülçin'in fiili ayrılığın başladığı gün hakkında, davalının sebepsiz şekilde eşyalarını toplayarak evi terk ettiği yönünde bilgi verdiği, Emel ve Çiğdem'in ise davalı ...'in kadının işyerine gelerek huzursuzluk çıkardığı ve eşini işyerinde küçük düşürdüğüne ilişkin olarak görgü sahibi oldukları anlaşılmaktadır. Tüm bu anlatılanların ışığı altında; davalı erkeğin eşine ağır hakaret ettiği, eşinin işyerine giderek huzursuzluk çıkardığı ve eşinin başkaları yanında küçük düşmesine neden olduğu, buna karşılık kadının da eşine hakaret ettiği açıktır. Gerçekleşen bu kusurlu davranışlar karşılaştırıldığında erkeğin eşine nazaran ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hâl böyle olunca kadın eşin ağır kusurlu olduğunun kabulü ile dosya kapsamına uygun düşmeyen bu kusur belirlemesine bağlı olarak erkek eş yararına tazminat ödenmesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

23. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; kadın eşin boşanmaya sebep olan olaylarda ağır kusurlu olduğu, zira erkek eşe yüklenen kusurlu davranışlara bakıldığında bu eylemlerin kadının gerçekleştirmiş olduğu kusurlu davranışların bir sonucu olduğu, dolayısıyla direnme kararının kusur belirlemesi ve buna bağlı tazminatlar yönünden gerekçesinin isabetli olduğu, mahkemece bu yönlere ilişkin olarak verilen direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

24. O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

25. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin kusur belirlemesi ve tazminatlara yönelik temyiz itirazının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince oy çokluğu ile **BOZULMASINA**,

Davacı vekilinin mahkemece uyulan yönlere ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın oy birliği ile **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,**

Ancak karar düzeltme yolunun açık olması sebebiyle öncelikle mahkemesince Hukuk Genel Kurulu kararının taraflara tebliği ile karar düzeltme yoluna başvurulması hâlinde dosyanın Hukuk Genel Kuruluna, başvurulmaması hâlinde ise mahkemesince doğrudan Yargıtay 2. Hukuk Dairesine Gönderilmesine,

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09.11.2021 tarihinde karar verildi.

BELİRLİ İŞ SÖZLEŞMESİ
•
REKABET YASAĞI

ÖZET: Rekabet yasağı sözlesmesinin, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlamalar içermesi ve süresinin de, özel durum ve koşullar dışında iki yılı asması durumunda uygulanacak hukukî yaptırım, rekabet yasağının hâkim tarafından kapsamı ve süresi bakımından sınırlanması şeklinde olmalıdır. Bu düzenleme ile yer, zaman ve konu (işin türü) bakımından sınırları çok geniş tutulmuş rekabet yasağı sözleşmelerine geçersizlik gibi ağır bir hukukî yaptırım uygulamak yerine, sözleşmenin kanuna uygun hâle getirilmesinin yolu açılmış olmaktadır.

Y. HGK. E. 2019/11-447 K. 2022/315 T. 10.03.2022

I. YARGILAMA SÜRECI

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren müvekkili şirket ile davalılardan S. arasında 10.03.2006 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunduğunu, sözleşmenin 10. maddesinde rekabet yasağı öngörülerek davalının sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle müvekkilinin faaliyet alanına giren iş yerlerinde çalışmamasının düzenlendiğini ve bunun ihlâli hâlinde son brüt aylığının on katı cezai şartın davalı tarafından kabul edildiğini, davalının müvekkili şirkette son olarak "gelişmekte olan ürün ve servisle uzmanı" olarak çalıştığını ve pozisyonu itibariyle müvekkilinin müşteri çevresine ve ticarî sırlarına nüfuz etme olanağı bulunduğunu, davalı tarafından iş sözleşmesinin sona erdirildiğini ve bu hususta taraflar arasında protokol imzalandığını, ancak davalının sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde müvekkili şirketin faaliyet alanında çalışan ve müvekkilinin rakibi olan diger davalı V. Telekomünikasyon A.Ş.'de çalışmaya başladığını, bu durumun sözleşmede yer alan rekabet yasağının ihlâli anlamına geldiğini ve 4857 sayılı İs

Kanunu'nun yeni işveren sorumluluğu başlıklı 23. maddesine göre cezai şarttan her iki davalının da müştereken ve müteselsilen sorumlu bulundugunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 40.000 TL cezai şartın yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar Cevabı:

5.1. Davalı V. Telekomünikasyon A.S. vekili; davalı S. tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, ayrıca iş sözleşmesinin karşılıklı olarak feshedildiğine ilişkin protokol imzalandığını, öte yandan rekabet yasağı sözleşmesinin yer bakımından sınırlama içermemesi nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur. 5.2. Davalı SD vekili; müvekkilinin iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı ve geçerli nedenlerle feshedilmediğini, bu nedenle cezai şart talep edilemeyeceğini, ayrıca müvekkilinin iş ve ticaret sırlarını işverene zarar verici nitelikte paylaşmasının söz konusu olmadığını, aksinin davacı tarafça ispat edilmesi gerektiğini ileri sürerek davanın reddini savunmustur.

Mahkeme Kararı:

6. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 11.11.2014 tarihli ve 2014 sayılı kararı ile; davalı V. Telekomünikasyon A.Ş.'nin sorumluluğunun sadece İş Kanunu'na dayandırıldığı ve bu davalının ayrıca bir haksız eyleminin olduğunun iddia edilmediği, dolayısıyla davacı ile diğer davalı arasındaki iş sözleşmesinde taraf olmaması nedeniyle bu davalıya husumet yöneltilemeyecegi, öte yandan davalı S.D.'in iş sözleşmesini sonlandırılmasından sonra davacı ile aynı alanda faaliyet gösteren davalı şirkette çalışmasının başlı başına haksız rekabet olusturmayacağı, davacı tarafından davalı işçinin hangi ticarî sırlara vakıf olmak suretiyle rakip şirketin menfaatine yarar sağladığının ispat edilemediği, sözleşmede rekabet yasağına yönelik olarak belli bir bölgenin belirlenmemiş olması nedeniyle anılan sözleşme hükmünün sözleşme tarihi itibari ile yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (818 sayılı BK) 348 ve 349. maddelerindeki emredici düzenlemeye ve Anayasa'nın çalışma özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle davalı S. aleyhine açılan davanın esastan, davalı V. Telekomünikasyon A.Ş. aleyhine açılan davanın pasif husumet nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmistir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karsı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 22.11.2017 tarihli ve 2016/13197 E., 2017/6476 K.sayılı kararı ile; "…1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin davalı V. Telekomünikasyon A.Ş. yönünden verilen kara-ra ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekilinin davalılardan S'ye yönelik temyiz itirazlarına gelince, taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmesi iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak yapmama (ileriye yönelik) edimini içeren akit niteliğindedir. Bu nedenle, uyusmazlığa yasaya aykırı davranıldığı iddia olunan tarihteki, bir başka deyişle davalı işçinin yeni bir ise girdiği tarihte yürürlükte bulunan Borlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta da, dava konusu eylemin 23.07.2012 tarihinde başka bir işe girmek suretiyle gerçeklestiği ileri sürüldüğüne göre uyuşmazlığa bu tarih itibariyle yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK 444 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir. Ayrıca, anılan maddeler uyarınca rekabet yasağının ihlali halinde zarar tehlikesinin varlığı yeterli olup, somut zararın gerçekleşmesi de gerekmez. O halde, mahkemece uyuşmazlığın 6098 sayılı TBK 444 vd. hükümlerine göre değerlendirilerek çözümü gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddi dogru görülmemiştir…" şeklindeki gerekçeyle davalı V. Telekomünikasyon A.Ş. yönünden verilen kararın onanmasına; davalı SD yönünden verilen kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

9. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 05.12.2018 tarihli ve 2018/349 E., 2018/1226K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesi gereğince 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı TBK) yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçeklesmişse, kural olarak o kanun hükümlerinin uygulanacağı, dolayısıyla 6098 sayılı TBK'nın kural olarak geçmişe etkili (makable şamil) olmadıgı, ancak sadece 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiyenin 6098 sayılı TBK hükümlerine tabi olduğu, bu kapsamda taraflar arasında 10.03.2006 tarihinde yapılmış olan iş sözleşmesindeki rekabet yasağının geçerlilik koşulları,-baska bir deyişle "bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıkları" bakımından sözleşmenin 818 sayılı BK'ya tabi olduğu, fakat ihlâlin 6098 sayılı TBK'nın yürürlük tarihinden sonra gerçeklestiği iddia olunduğundan ih-

lâlinin gerçeklesip gerçekleşmedigi ve ihlâlin sabit görülmesi hâlinde ihlâl eden aleyhine hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı hususunun ise 6098 sayılı TBK'ya tabi oldugu, o hâlde taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin rekabet yasağına ilişkin 10. maddesinde mahal sınırlamasının olmaması nedeni ile anılan maddenin 818 sayılı BK'nın emredici nitelikteki 349. maddesi gereğince geçerli olmadıgı, geçerli olmadıgı saptanan bir sözleşmeden dolayı meydana geldigi iddia olunan ihlâl sabit görülse bile ve bu ihlâl neticesinde 6098 sayılı TBK kapsamında zararın meydana geldiği ispat edilmek yerine zarar tehlikesinin varlığı sabit görülse bile sözleşme geçersiz olduğundan davacı lehine hak ve alacak doğurmayacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmistir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmistir.

II. UYUSMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında düzenlenen, işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu 10.03.2006 tarihli olması ve ihlâlin 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğünden sonra gerçeklestiğinin iddia edilmesi karşısında işçinin rekabet yasağı sözleşmesine hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı ve buradan varılacak sonuca göre rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

13. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresince işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Dürüstlük kuralı gereğince bu yükümlülük bazı durumlarda sözleşmenin sona ermesinden sonra da belli bir süre devam etmelidir. Zira işçinin çalışması esnasında elde ettiği bazı bilgileri iş akdinin sona ermesinden sonra kullanması işverenin haklı menfaatlerine zarar verebilir. Buna karsılık, Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan işçinin dilediği alanda "çalışma ve sözleşme özgürlüğü", onun hayatını kazanması yanında yine Anayasa'da öngörülmüş olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla (m. 5, 17) doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla iş sözleşmelerinde sözleşme sonrası rekabet yasağı kapsamında işverenin rekabet nedeniyle ortaya

çıkabilecek haklı menfaati ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün dengelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle hem 818 sayılı BK'da hem de 6098 sayılı TBK'da bu dengeyi sağlamaya yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır.14. Somut olaya uygulanması gereken 6098 sayılı TBK'nin 444/1 maddesi; "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, isverene karsı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, baska bir rakip isletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle baska türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir" hükmünü haizdir. Buna göre rekabet yasağı sözleşmesinden söz edilebilmesi için ilk olarak işçinin fiil ehliyetine sahip olması ve iş sözleşmesinin kurulması sırasında veya iş ilişkisi devam ederken işçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün yazılı olarak is sözleşmesine konulması veya bu konuda ayrı bir sözleşmenin (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılması gerekmektedir. Fiil ehliyetine sahip işçi tarafından yazılı olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için iki temel şartın daha birlikte yer alması gerekir.15. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesinin ilk şartı, işverenin bu sözleşme nedeniyle korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunmasıdır. Zira rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, işçinin işyerinde öğrendigi üretim sırlarını veya işverenin işleri hakkında ki bilgisini iş ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek tarzda kullanmasının önüne geçilmesidir. Bu husus 6098 sayılı TBK'nın 444/2 maddesinde "Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkişi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptıgı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulmasında işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin söz konusu olabilmesi için, işçinin işverenin üretim sırları, yaptığı işler ve müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağının bulunması ve bunun sonucunda işvereni önemli bir zarara uğratma ihtimalinin olması gerekir. Dolayısıyla rekabet yasağına iliskin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için iş ilişkisinin işçiye, "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptıgı işler" hakkında bilgi edinme imkânını sağlamasının yanında, aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması hâlinde iivereni önemli nitelikte bir zarara ugratabilecek mahiyette olması aranmaktadır. Ancak, rekabet yasağı ihlâlinden bahsedilebilmesi için zararın fiilen gerçeklesmesi gerekli olmayıp, yakın ve önemli bir zarar ihtimalinin varlığı yeterli olmaktadır.

16. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesinin bir diğer sartı

ise işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemiş olmasıdır. Zira sınırsız ve ucu açık bir rekabet yasağının, işçinin çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracagı ve işçinin geçim kaynagı olan emegini istihdam piyasasına sunamaması sonucunu doguracagı açıktır. 6098 sayılı TBK'nın 445/1 maddesi" Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düsürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dısında iki yılı asamaz" hükmünü haizdir. Buna göre rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğinin ölçüsüz ve hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde süre, yer ve konu (işin türü) bakımından uygun sınırlar içinde kararlastırılmış olması gerekir; aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir. Aynı husus 818 sayılı BK'nın 349. maddesinde; "Rekabet memnuniyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde sart edilmiş ise muteberdir" şeklinde ifade edilmistir.

17. Rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı sırada işçi fiil ehliyetine sahip değilse, yazılı şekil sartına uyulmamışsa, işçinin, isverenin müşteri çevresi, üretim sırları veya işyerinde yapılan işler hakkında bilgi edinme olanağı bulunmuyorsa ya da işverene önemli bir zarar verme ihtimali yoksa rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir. Öte yandan 818 sayılı BK'dan farklı olarak 6098 sayılı TBK ile rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürmesi yönünden hâkime kapsamı veya süresi bakımından rekabet yasağına müdahale ve sınırlama yetkisi verilmiştir. 6098 sayılı TBK'nın 445/2 maddesi; "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmis olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir" hükmüne haizdir. Buna göre rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlamalar içermesi ve süresinin de, özel durum ve kosullar dısında iki yılı aşması durumunda uygulanacak hukukî yaptırım, rekabet yasağının hâkim tarafından kapsamı ve süresi bakımından sınırlanması seklinde olmalıdır. Bu düzenleme ile yer, zaman ve konu (işin türü) bakımından sınırları çok geniş tutulmuş rekabet yasağı sözleşmelerine geçersizlik gibi ağır bir hukukî yaptırım uygulamak yerine, sözleşmenin kanuna uygun hâle getirilmesinin yolu açılmıs olmaktadır.

18. Hemen belirtilmelidir ki, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlügü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi; "Türk Borçlar Kanununun yürürlüge girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir" hükmünü haizdir. Buna göre bir sözleşmenin hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu sözleşme hangi Kanun yürürlükte iken gerçekleşmisse, kural olarak o Kanun hükümleri uygulanmalıdır. Dolayısıyla 818 sayılı BK döneminde yapılan bir rekabet yasağı sözleşmesi Kanun'un aradığı şartları taşımaması nedeniyle geçersiz ve hukuken bağlayıcı değilse bu sözleşmenin ihlâli 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşse dahi TBK'nın 445/2 maddesi ile düzenlenen hâkimin rekabet yasağına müdahale ve sınırlama yetkisi söz konusu olamaz. Zira 818 sayılı BK'da hâkime bu şekilde bir yetki tanınmadığı için rekabet sözleşmesi yapıldığı an geçersiz olur. Yapıldığı an geçersiz olan bir sözleşmenin ise TBK'nın 445/2 maddesi gereğince geçerli kabul edilip sınırlandırılması mümkün değildir. 19. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay degerlendirildiğinde; davacı şirket ile davalı S arasında 10.03.2006 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalandığı, sözleşmenin 10.maddesinde işçi yönünden sözleşme süresince ve sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı düzenlendiği anlaşılmaktadır. Taraflar arasında rekabet yasağı öngören sözleşmenin 10. maddesi; "Çalışan iş bu sözleşme süresince ve sözleşmeyi haklı nedenler olmaksızın feshetmesi veya işverence haklı veya geçerli nedenlerle feshine sebebiyet vermesi halinde, sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir yıl süre ile işverenin faaliyet alanına giren şirketlerde ve işverenin müşterisi veya ticari rakibi olan kişi ve kuruluşlar veya bunların temsilcileri, ortakları, yöneticileri yahut danışmanları nezdinde çalışmamayı, bu tür işleri kendi nam ve hesabına yapmamayı, bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde son brüt aylık ücretinin on katı tutarında cezai şart ödemeyi kabul eder" şeklindedir.

20. Taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde rekabet yasağına ilişkin olarak zaman ve konu (işin türü) sınırlaması öngörülmesine rağmen yer sınırlaması öngörülmemiştir. Bu itibarla sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BK'nın 349. maddesi gereğince taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı an geçersizdir. Dolayısıyla davalı S'in diğer davalı şirkette ise başladığı tarihte yürürlükte olan 6098 sayılı TBK hükümlerinin daha baslangıçta geçersiz olan bir

sözleşmeye uygulanması mümkün değildir. Başka bir deyişle 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Sekli Hakkındaki Kanun gereğince 818 sayılı BK döneminde imzalanan rekabet yasağı sözleşmelerine 6098 sayılı TBK hükümlerinin uygulanabilmesi için; yer, zaman ve konu (işin türü) bakımından sınırları belirli olan geçerli bir sözleşmenin olması gerekir.

21. Bu itibarla 818 sayılı BK döneminde geçersiz olan bir sözleşmeye 6098 sayılı TBK'nin 445/2 maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Mahkemenin bu yöne ilişkindirenme kararı usul ve yasaya uygundur.

22. O hâlde mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**, Harç pesin alındığından harç alınmasına yer olmadığına, 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.03.2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

ELEŞTİRİYE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
•
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

ÖZET: Dava konusu köşe yazıları bir bütün olarak ele alındığında, içerikleri ve yayınlandığı tarihler itibariyle konunun güncel olduğu, kamouyunun gündeminde olan ve siyasetçi kimliği taşıyan bir kişi olan davacı hakkındaki iddiaların görünür gerçeğe uygun olduğu, kamuoyunun bilgilendirilmesinin ön plânda tutulduğu, başlık ve içeriklerinde hakaret içeren bir ifadeye yer verilmediği, kullanılan başlık ve üslup okuyucunun ilgisini çekmeye yönelik bir gazetecilik tekniği olduğu gibi siyasilerin katlanması gereken eleştiri sınırlarını da aşmadığı anlaşıldığına göre söz konusu köşe yazılarının yukarıda vurgulanan AİHM içtihatları karşısında basın özgürlüğü kapsamında kaldığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Y. HGK E. 2017/1484 K. 2018/1347 T. 25.09.2018

Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 03.04.2012 tarihli ve 2011/229 E. 2012/77 K. sayılı kararın davacı vekili ile davalılardan ... ve .... Yatırım San. Tic. A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 19.12.2013 gün ve 2013/2423 E., 2013/20280 K. sayılı kararı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere göre davacının, davalı ...'ya yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının, davalı .... Yatırım San. Tic. A.Ş. ile davalı ...'ya yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıya dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı ... hakkında açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, diğer davalılar hakkında açılan davanın sübut bulmadığından reddine karar verilmiş; hüküm, davacı

ve davalılardan ... ve .... Yatırım San. Tic. A.Ş. tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı,.... Gazetesinde "Başbakan'ın....'ı Sildiği An" başlığı ile yer alan 24/05/2011 tarihli yazı ve "Başbakanı Şahit Olarak Yazacağım" başlığı ile yer alan 31/05/2011 tarihli yazı nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme, davacının milletvekilliği yapmış bir siyasetçi olduğunu, kamuoyunca başbakana yakınlığı ile bilindiğini, davacının konumu itibari ile davaya konu yazıları hoşgörü ile karşılaması gerektiğini, ayrıca yazı içeriklerinin hakaret içermediğini belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Davacının konumu itibari ile davaya konu yazıları hoşgörü ile karşılaması gerektiğini, ayrıca yazı içeriklerinin hakaret içermediğini belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Davacının konumu itibari ile davaya konu yazıları hoşgörü ile karşılaması gerektiğini, ayrıca yazı içeriklerinin hakaret içermediğini belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alın-

mış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur.

Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Dosya kapsamından; davaya konu edilen yazılarda, davacı ile başbakan arasında yaşandığı iddia edilen bir olayın anlatıldığı, bu olay sonrasında davacının listeye alınmadığının belirtildiği, ancak yazılara konu edilen iddiaların gerçekliğinin ispatlanmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde; yayınlanan yazılar, gerçek dışı haber niteliğinde olup kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.

Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, istemin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

3- Davalı ...'nun temyiz itirazına gelince; mahkemece, davalılara yönelik manevi tazminat istemi farklı hukuki nedenlerle karara bağlanmıştır. Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3/2.maddesi uyarınca farklı hukuki nedenlerle karar verilmesi durumunda; ret sebebi aynı olan davalılar yararına tek, farklı olan davalılar yararına ayrı ayrı vekâlet ücretine karar verilmesi gerekir. Davalı ... hakkındaki dava, husumet yokluğu nedeniyle reddedildiğine göre; onun yararına ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi gerekirken, tek vekalet ücretine karar verilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle oy çokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece bozma ilamının (2) numaralı bendi yönünden önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin Adalet ve Kalkınma Partisi üyesi ve Diyarbakır milletvekili olduğunu,.... Gazetesi'nin 24.05.2011 tarihli nüshasında davalılardan ... tarafından kaleme alınan "Başbakan'ın....'ı Sildiği An" başlıklı yazıda müvekkiline yönelik gerçek dışı, hayal ürünü ve tamamen iftiradan ibaret iddialara yer verildiğini, söz konusu köşe yazısında genel olarak müvekkili....'ın Sayın Başbakan'a Diyarbakır'da bazı isimlerin milletvekili adayı yapılmaması konusunda telkinde bulunduğu, teHD.itkâr ifadeler kullandığı, bu konuşma üzerine Sayın Başbakan'ın müvekkilini milletvekili aday listesine almadığı ve müvekkilinin aday yapılmamasını istediği kişilere de adaylık teklifi götürdüğü şekilde ifadelere yer verildiğini, söz konusu köşe yazısının basın özgürlüğü ve habercilik ilkeleri ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını, nitekim gazeteye gönderdikleri 25.05.2011 tarihli cevap ve düzeltme yazısında müvekkiline yöneltilen iddiaların gerçek dışı, hayal ürünü ve asılsız olduğunu belirterek metnin Basın Kanunu'nun 14. maddesi gereğince yayınlanmasını talep ettiklerini, bunun üzerine gazetenin 31.05.2011 tarihli sayısının 6. sayfasında ... tarafından kaleme alınan "Başbakanı şahit olarak yazacağım!" başlıklı yazıda iddianın sürdürüldüğünü, tüm bu iddiaların temel amacının toplumun yakından tanıdığı müvekkili hakkında çeşitli söylentiler çıkmasını sağlayarak onu toplum içinde zor duruma düşürmek ve kötülemek olduğunu, davalının iddialarını ispatla yükümlü bulunduğunu, dava konusu ifadelerin müvekkilinin kişilik haklarına yönelik ağır bir saldırı niteliğinde olduğunu ileri sürerek.... Gazetesi'nde yayınlanan 24.05.2011 tarihli "Başbakan'ın....'ı sildiği an!" başlıklı yazıda kullanılan ifadelerden dolayı 10.000,00 TL ve 31.05.2011 tarihli "Başbakan'ı şahit olarak yazacağım!" başlıklı yazıda kullanılan ifadelerden dolayı 10.000,00 olmak üzere toplam 20.000,00 TL manevi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar .... Yatırım Sanayi ve Tic. A. Ş. ve ... vekili; öncelikle Basın Kanunu'nun 13. maddesinde taHD.idi olarak sayılan tazminat davalarında hukuki sorumluluğu bulunan şahıslar arasında sorumlu müdürün bu-

lunmadığını, bu sebeple davanın müvekkili ... yönünden pasif husumet yokluğundan reddi gerektiğini, dava konusu köşe yazılarında davacının kişilik haklarını ihlal eden herhangi bir ifade bulunmadığını, genel seçimler öncesinde siyasi bir kişilik olan davacı hakkında yazı yazılmasının doğal olduğunu, bunun yanı sıra politikacıların haklarında yapılan sert eleştiri ve ithamlara da katlanmak zorunda olduğunu, köşe yazılarının haberlerden farklı olarak yazarın şahsi görüşleri ile yorum ve eleştirilerinden oluştuğu için haberlerden farklı değerlendirilmesi gerektiğini, ayrıca basının görevlerini yerine getirebilmesi için özgür olması gerektiğini, davaya konu yazının belirli kelime ve cümlelerine değil bütününe bakıldığında kişilik haklarını ihlal kastı taşımadığını, kullanılan başlık ve üslubun ise okuyucunun ilgisini çekmeye yönelik bir gazetecilik tekniği olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... yargılamaya katılmamış ve beyanda bulunmamıştır.

Mahkemece; davacının önceki dönem milletvekilliği de yapmış bir siyasetçi olduğu, ayrıca kamuoyunda Başbakan'a yakınlığı ile de bilindiği, toplum içinde bulunduğu konum itibariyle hakkında yayınlanan bu iki yazıyı hoşgörü ile karşılaması ve katlanması gerektiği, yani katlanma kapasitesinin herhangi bir kişiden çok daha yüksek olması gerektiği, kaldı ki her iki yazı içeriğinin de hakaret içermediği, gazetecilik mesleği gereği dikkati çekebilecek nitelikte başlıklarla verildiği, davacının kişilik haklarına ağır ve haksız bir tecavüzün varlığından bahsedilemeyeceğinden davanın sübut bulmadığı, davalılardan ... hakkındaki davada ise Basın Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası gereğince yazı işleri müdürü olan davalıya husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle davalı ... aleyhine açılan davanın pasif husumet ehliyeti bulunmadığından reddine, davalılar .... Yatırım A.Ş. ve ... aleyhine açılan davanın sübut bulmadığından reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili ile davalılardan ... ve .... Yatırım San. Tic. A.Ş. vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece bozma kararının 3 nolu bendi yönünden bozmaya uyulmuş, bozma kararının 2 nolu bendi yönünden önceki gerekçeler tekrar edilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davaya konu köşe yazılarında belirtilen davacı hakkındaki iddiaların gerçek dışı haber olup olmadığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil edip et-

mediği, buradan varılacak sonuca göre davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü açısından öncelikle konuyla ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için yasalar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir.

Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m.24), isme saldırı (TMK m.26), nişan bozulması (TMK m.121), evlenmenin butlanı (TMK m.158/2), boşanma (TMK m.174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma (818 sayılı BK m.47) durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 sayılı BK m.49) olarak sıralanabilir.

4721 sayılı TMK'nın 24. maddesi ile 818 sayılı BK'nın 49. maddesi diğer yasal düzenlemelere nazaran daha kapsamlıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24. maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Dava konusu yayının yapıldığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir."

hükümleri yer almaktadır.

TMK'nın 24 ve BK'nın 49. maddelerinde belirlenen kişisel çıkarlar, kişilik haklarıdır. Kişilik hakları ise, kişisel varlıkların korunmasıyla ilgilidir. Kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir.

Görüldüğü üzere BK'nın 49. maddesi gereğince kişisel hakları zarara uğrayanların manevi tazminat isteme hakları vardır.

Bu genel açıklamalardan sonra uluslararası metinlerde ifade özgürlüğünün nasıl yer aldığının da incelenmesinde yarar bulunmaktadır:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmünü içermektedir. Bu durumda, mahkemelerce önlerine gelen uyuşmazlıklarda usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Hâl böyle olunca, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) somut uyuşmazlığın nasıl düzenlendiğini ve sözleşmenin uygulanmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası; "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir." hükmünü içermekte olup hangi hâllerde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabileceği de aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her bireyin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırıcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran "bilgiler" ya da "düşünceler" için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri

olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olmaz (Handyside, parag. 49, başvuru no: 5493/72, 07.12.1976). AİHS'nin 10. maddesinde benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir (Pakdemirli/Türkiye kararı, başvuru no: 35839/97, 22 Şubat 2005).

İfade özgürlüğü geniş bir şekilde yorumlanmakta ise de, sınırsız olmadığı da Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Burada çözülmesi gereken temel sorun ifade özgürlüğü ile kişilik haklarına yönelik saldırı arasındaki sınırın hangi ölçütlere göre saptanacağıdır.

AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini aşağıdaki kriterleri uygulayarak tespit etmektedir:

1. Müdahalelerin yasayla öngörülmesi:

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yasayla öngörülme" ifadesinin, ilk olarak, itiraz konusunun iç hukukta bir dayanağı olması gerektiğini hatırlatır. Ancak söz konusu ifade hukuki normların ilgili kişinin erişiminde olmasını, sonuçlarının öngörülebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını gerektiren kanun niteliğine de atıfta bulunmaktadır (Association Ekin/Fransa, başvuru no: 39288/98; Ürper ve diğerleri/Türkiye kararı, başvuru no: 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07, 20 Ekim 2009).

2. Müdahalelerin meşru bir amaç izleyip izlemediği konusu:

Sözleşme'nin 10/2. maddesine göre, bu özgürlüklerin kullanılması "… demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Görüldüğü üzere yasayla düzenlemek şartıyla ve "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılabileceği kabul edilmekte olup sınırlama haklı olsa bile, bu kez sınırlamanın orantılılığı gündeme gelecektir (bkz. sınırlamanın orantısızlığı konusunda Pakdemirli/ Türkiye kararı). Kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi iyi sağlamak gerekmektedir. Özellikle siyasetçilerin

ve devlet görevlilerinin kişilik hakları ve şöhretleri söz konusu olduğunda bu dengede ifade özgürlüğünün ağır bastığı konusunda kuşku yoktur. Diğer bir deyişle, terazide bir yanda siyasetçilerin ve devlet görevlilerinin "kişilik hakları", diğer yanda "ifade özgürlüğü" bulunduğu durumlarda, tercihin daha çok ifade özgürlüğünden yana kullanıldığı söylenebilir (Osman Doğru, Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, Ankara 2013, s. 232).

3. Müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusu:

AİHM, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun temel yapılarından birini oluşturduğu ve toplumun gelişimi ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından biri olduğunu hatırlatır (Lingens/Avusturya, başvuru no: 9815/82, 08 Temmuz 1986). İfade özgürlüğü istisnalara tabi olsa da, bu istisnalar dar bir biçimde yorumlanmalı ve sınırlama nedeni ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır (Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, A Serisi no: 216, başvuru no: 13585/88, 26.11.1991).

Kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (Bkz., özellikle, Oberschlick/Avusturya (no:2), 1 Temmuz 1997 tarihli karar, Derleme 1997-IV, s. 1274-1275, § 29 ve adı geçen Lingens/Avusturya kararı, başvuru no: 9815/82, 08 Temmuz 1986, parag. 42).

Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 25.04.2018 gün ve 2017/4-1320 E., 2018/986 K.; 30.05.2018 gün ve 2017/4-1470 E., 2018/1144 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Basın özgürlüğü ise ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. AİHM basın ile ilgili kararlarında ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birisini oluşturduğuna değinildikten sonra basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulun-

duğu belirtilmektedir. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü kamuoyuna yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevi düşer. Basının bu görevi, kamuoyunun da bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tanımlanır (Handyside/Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Başvuru No: 5493/72, 49, Centro Europa 7 S.R.L. And Dı Stefano/İtalya, Başvuru No: 38433/09, 131).

O hâlde basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür, diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre basın ancak bu şekilde, kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevi yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi, demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır (Édıtıons Plon/Fransa, Başvuru No: 58148/00, 44; Bladet Tromsø And Stensaas/Norveç, Başvuru No: 21980/93, 59).

Burada şu hususun da ifade edilmesi gerekir ki, Sözleşme'nin 10. maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur. (Oberschlick/Avusturya, Başvuru No: 20834/92, 57). AİHM'nin yerleşik içtihadına göre; gazetecilik özgürlüğü ve mesleği, belirli ölçüde abartma, hatta kışkırtma unsurunu da içerir (Prager And Oberschlick/Avusturya, Başvuru No: 15974/90, 38).

Basının "başkalarının itibarını korumak" gibi çizilmiş sınırları aşmaması gerekmekle birlikte kamunun menfaatinin bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletmek yine basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür haber ve fikirleri iletme görevi yoktur, halkın da bunları edinme hakkı da vardır (Sunday Times/Birleşik Krallık, parag. 30, başvuru no: 6538/74, 26.04.1979).

Basın özgürlüğünün iç hukukumuzda nasıl yer aldığı konusuna gelince; 1982 Anayasası'nın "Basın Hürriyeti" başlıklı 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi basın özgürlüğünü düzenlemiş ve bunun sınırlarını göstermiştir.

5187 sayılı Kanunun 3. maddesinde;

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."

hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere; basın özgürlüğü, kişinin dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren olay ve olgular hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamayı amaçlar.

Bunun gereği olarak basın, haber toplamak, fikir ve kanaatleri izleyerek bunları çözümlemek, yorumlamak, eleştirmek ve sonuçta kamuoyunu ilgilendiren konularda doğru ve gerçeğe uygun haber vermek hakkına sahip ve bununla görevlidir. Eş söyleyişle denetim, uyarma, eleştiri ve gerçekleri açıklama, basının doğal görevleridir.

Yine basın özgürlüğü ile bağlantılı kavramlar olarak; Anayasa'da düşünce ve kanaat (m. 25); düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26) ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Demokratik yaşamın gelişmesinde, ulusal birliğin sağlanmasında, kamuoyunun sağlıklı bir biçimde oluşmasında, sosyal ve siyasal ilerlemede basının çok önemli bir fonksiyonunun bulunduğu açık ve kuşkudan uzaktır.

Doğaldır ki basının bu ayrıcalıklı konumu ve hukuk düzeninin kendisine tanıdığı özgürlük, tüm özgürlükler gibi yine hukuk düzenince çizilen sınırlara tabidir. Basın, yaptığı yayımlarda, gerek Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlükler" bölümünde yer alan ve gerekse de TMK'nın 24 ve 25. maddelerinde ve ayrıca özel yasalarda güvence altına alınmış olan, kişilik haklarına saygı göstermek, bunlara saldırı niteliği taşıyabilecek tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.

Bu cümleden olarak basın, belirli bir kişinin fikrini tartışmak zorunda kaldığı durumlarda bile, objektif bilgi vermekle ve eleştirmekle yetinmeli, olayları tahrif etmek veya kuşkuları yaymak gibi hukukun izin vermeyeceği yollara başvurmamalıdır. Özellikle de hakaret niteliğinde ya da yersiz, onur kırıcı söz ve deyimlerin kullanılmasından kaçınmalıdır.

Basının kamu görevi yapmasında göz önünde tutulan amaçla, kişilik haklarına verilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, yayımın hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Objektiflikten ayrılmak, haber sınırını aşmak, genişletici ve yanlış yorumlarda bulunmak, gerçek dışı haber ver-

mek, yersiz şekilde onur kırıcı sözler kullanmak, dürüstlük kurallarına aykırı davranmak, kişisel nedenlerle salt sansasyon için yayım yapmak hukuka aykırıdır.

Bu açıklamalardan sonra, denilebilir ki, basın özgürlüğünün kişilik haklarına üstün tutulabilmesi için haberin gerçeğe uygun olması, gerçeğe uygun yayımın haber niteliği taşıması, gerçeğe uygun haberlerin verilmesinde nesnel (objektif) ölçütlere uyulması, haberin veriliş biçimi yönünden özle biçim arasında ölçülülük bulunması gerekir. Bir yayımın hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi ancak açıklanan bütün bu koşulların birlikte varlığı hâlinde mümkündür. Yapılan bir yayım bu temel ilkelerden herhangi birine ters düşüyorsa hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.06.2015 gün ve 2014/4-33 E., 2015/1504 K., 08.05.2013 gün ve 2012/4-1162 E., 2013/631 K.sayılı kararları).

Önemle vurgulanmalıdır ki yayımlanmasında kamu yararı bulunan, gerçek ve güncel bir haberin veya eleştirinin, özle biçim arasında denge kurulmak suretiyle verildiği durumlarda manevi tazminat sorumluluğunun temel öğesi olan "hukuka aykırılık" gerçekleşmeyeceğinden basının sorumluluğu da söz konusu olamaz.

Basın objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle olay ve konu ile ilgili olan, görünen, bilinen her şeyi araştırma, inceleme ve olayları o anda belirlenen biçimi ile değerlendirme, yayma ve yayınlama yetki ve sorumluluğuna sahip olmakla birlikte, haberin verilişi sırasında özle biçim arasındaki dengenin bozulmaması gerekir.

Öte yandan haberde gerekli, yararlı ve ilgili olmayan nitelemeler ve yorumlar yapıldığı, haberin içeriğine uygun düşmeyen, tahrik edici, kamuoyunda husumet ve kuşku yaratıcı, güveni zedeleyici bir üslubun kullanıldığı durumlarda, özle biçim arasındaki denge bozulmuş sayılır. Bu da hukuka aykırılığın varlığını kabule imkân sağlar.

Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Bunun içindir ki basının yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylardaki hukuka aykırı olan eylemden farklılıklar taşır. İşte bu farklılık ve ayrık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Ne var ki, basının bu ayrıcalık taşıyan konumu ve özgürlüğü, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir. Bundan dolayıdır ki, yayınlarında kişilik haklarına saygı göstermesi ve gerek Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan ve gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24 ve 25. maddelerinde ve yine özel yasalarda güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunmaması yasal bir zorunluluk ve hukuki gerekliliktir.

Yine, basının manevi tazminat sorumluluğunun doğması 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58) maddesindeki koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Tüm bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında somut olay incelendiğinde;

Dosya kapsamından davacının dava tarihi itibariyle Adalet ve Kalkınma Partisi üyesi ve Diyarbakır milletvekili olduğu, ancak 12.06.2011 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde partisi tarafından milletvekili adayı olarak gösterilmediği, davalılardan .... Yatırım Sanayi ve Tic. A.Ş.nin imtiyaz sahibi olduğu.... Gazetesi'nin 24.05.2011 tarihli nüshasında davalılardan ... tarafından kaleme alınan "Başbakan'ın....'ı Sildiği An" başlıklı köşe yazısında davacının genel seçimlerde yeniden milletvekili adayı olarak gösterilmemesi ile ilgili bazı iddialara yer verildiği, davacı tarafça gazeteye gönderilen 25.05.2011 tarihli cevap ve düzeltme yazısı üzerine anılan gazetenin 31.05.2011 tarihli nüshasında davalı ... Atila tarafından yazılan "Başbakanı şahit olarak yazacağım!" başlıklı köşe yazısında da haberin doğru olduğunun ve iddiaları mahkemede ispatlayabileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu köşe yazıları bir bütün olarak ele alındığında, içerikleri ve yayınlandığı tarihler itibariyle konunun güncel olduğu, kamouyunun gündeminde olan ve siyasetçi kimliği taşıyan bir kişi olan davacı hakkındaki iddiaların görünür gerçeğe uygun olduğu, kamuoyunun bilgilendirilmesinin ön plânda tutulduğu, başlık ve içeriklerinde hakaret içeren bir ifadeye yer verilmediği, kullanılan başlık ve üslup okuyucunun ilgisini çekmeye yönelik bir gazetecilik tekniği olduğu gibi siyasilerin katlanması gereken eleştiri sınırlarını da aşmadığı anlaşıldığına göre söz konusu köşe yazılarının yukarıda vurgulanan AİHM içtihatları karşısında basın özgürlüğü kapsamında kaldığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, dava konusu köşe yazıları ile davacının hedef olarak gösterildiği, duyumlara dayanan

iddiaların doğruluğunun kanıtlanamadığı, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği belirtilmişse de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiştir.

Hâl böyle olunca, yerel mahkemenin yukarıda belirtilen gerekçeyle yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik bulunmayıp, direnme kararı bu nedenle yerindedir.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 25.09.2018 tarihinde oy çokluğuyla ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

HİLE İDDİASI • TANIK DELİLİ

ÖZET: Hile iddiasının tanık delili dahil her türlü delil ile ispatlanması mümkündür.

Y. 1. HD. E. 2021/85 K. 2021/2308 T. 15.04.2021

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, 1 parsel sayılı taşınmazda adına kayıtlı dükkanı davalı kardeşine satma konusunda anlaştıklarını, tapuda devir işlemini yaptıklarını ancak davalının ilk zamanlarda oyalayarak, daha sonrada parayı vermeyeceğini söyleyerek hile ile kendisini dolandırdığını belirtip tapu iptali ve tescil isteminde bulunmuştur.

Davalı, devrin tapuda resmi şekilde yapıldığını, davacının memur önünde parayı aldığı-nı ikrar ettiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, iddianın kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar Daire-ce"...davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek ya-zılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir." gerekçesi ile bozulmuş, dahili davalı-lar vekilinin karar düzeltme isteği üzerine bu kez Dairece"...davacının davayı açarken tanık deliline dayandığı ve tanık isimlerini bildirdiği, ne var ki mahkemece davalı tarafın tanık dinlenmesine muvafakat etmediği gerekçesiyle tanıkların dinlenmediği anlaşılmaktadır. Oysa ki....hile iddiasının tanık dahil her türlü delille ispat edilmesi mümkündür...tarafların bildirdikleri ve bildirecekleri delillerin eksiksiz toplanması, taraf tanıklarının dinlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." gerekçesi ile daire kararı kaldırılarak, yerel mahkeme kararının bo-zulmasına karar verilmiş, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda dava-nın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi ... 'nın raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Hükmüne uyulan bozma kararında, gösterildiği şekilde işlem yapılarak karar verilmiştir. Dava-cının yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle, usul ve yasaya ve bozma kararının ge-rekçelerine uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı 4.90 TL. bakiye onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 15/04/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TARAFLARIN ELLERİNDEKİ BELGELER
•
İBRAZ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET: Dosya fotokopisi sunulmuş olan belgenin aslının davalıda olup olmadığı konusunda mahkemece HKM'nin 219. ve 220. maddeleri gereğince işlem yapıldıktan sonra toplanan delillere göre hüküm kurulmalıdır.

Y. 1. HD. E. 2021/1376 K. 2021/2651 T. 28.04.2021

Bilindiği gibi taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda deliller kural olarak taraflar-ca ikame edilir. Bu usuli yük belgelerin ibrazında önemli bir rol oynar. Zira, bir vakıadan kendi lehine sonuç çıkaran tarafın o vakıayı ispatlayabilmek için ihtiyaç duyduğu belge karşı tarafın elinde ise, bu belgenin ibrazında hukuki yarar mevcut olacaktır. Ancak dayanılan belgenin kar-şı tarafın elinde olduğunun inandırıcı şekilde ortaya konulması gerekir. Belgenin karşı tarafın elinde olduğu iddia ve ispat edilmeden ibraz talebinin karşı tarafa yöneltilmesi ve onun cevabının değerlendirilmesi mümkün değildir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesinde;

" (1) Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar..." yine 220. maddesinde;

" (1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uy-gun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğu-nu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla an-

laşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir bel-genin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilme-diğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret gös-termez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir." düzenlemelerine yer verilmiştir.

Somut olayda; davacı 7.1.2009 tarihli fotokopi belgenin aslının davalıda olduğunu ileri sürmüş, davalı ise bunu inkar etmiştir. Mahkemece dinlenen davacı tanıkları ifadelerinde, davacı ... ile davalı ... arasında imzalanan 07.01.2009 tarihli fotokopi niteliğindeki belgenin aslının davalı ...'da bulunduğunu beyan etmişlerdir.

Hal böyle olunca; taraflar arasında imzalanan 07.1.2009 tarihli belgenin aslının davalı ...'da bulunup bulunmadığı hususunda mahkemece HMK'nun 219 ve 220. maddeleri gereğince toplanan ve toplanacak delillerin değerlendirilmesi ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar ve-rilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı olduğu üzere hüküm te-sisi doğru değildir.

Davacının açıklanan nedenlerden ötürü yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 373/1. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi ka-rarının **ORTADAN KALDIRILMASINA**, İlk Derece Mahkemesi kararının aynı Kanunun 371/1-a maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren Bakırköy 1. Asliye Hukuk Mahkeme-sine, kararın bir örneğinin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Hukuk Dairesine gönde-rilmesine, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 28/04/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İNANÇLI İŞLEM • DAVADAKİ BEYANLAR • KÖTÜ NİYET İDDİASI

ÖZET: İnançlı işlemle taşınmazların devredildiği ilk el dava dilekçesinde beyan edilen hususların doğru olduğunu kabul ettiğine göre inançlı işlemin ispatlanmış olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu taşınmazları ilk elden devralmış olan ikinci el ilk elin boşandığı eski eşi olduğundan olayları bilmediğini iddia edemez. Kötü niyet iddiası bir itiraz olup iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Y. 1. HD. E. 2020/1034 K. 2021/2648 T. 28.04.2021

Dava, inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacı, engelli olduğunu, engelli bakım ücreti alabilmek için adına kayıtlı taşınmazın bulunmaması gerektiğinden 8 parça taşınmazını vekil kıldığı davalı gelini ... aracılığıyla oğlu olan davalı ...'e aralarında imzaladıkları 10.03.2013 tarihli protokol gereğince satış suretiyle temlik ettiğini, ...'in de bu taşınmazlardan 248, 104 ada 312 ve 119 ada 8 parsel sayılı taşınmazları eşi olan diğer davalı ...'ya devrettiğini, davalıların boşandıklarını, taşınmazların davalı ...'ya devredildiğini boşanma ile öğrendiğini, engelli bakım ücreti bağlanmış ise de daha sonra şartları taşımadığı gerekçesiyle ödenen ücretlerin iadesinin istendiğini, davalı ...'nın işlemleri bilen kişi olduğunu ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemiştir.

Davalı ..., davayı kabul ettiğini, dava dilekçesinde yazılı tüm hususların doğru olduğunu beyan etmiştir.

Davalı ..., iddiaların gerçeği yansıtmadığını, davanın haksız ve yersiz olduğunu, diğer davalı ile aralarında imzaladıkları boşanma protokolünün mahkemece onaylandığını belirtip davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesince, davacının inançlı işlem iddiasını yazılı delille kanıtlayamadığı, yemin deliline de dayanılmadığı gerekçe-siyle davanın reddine karar verilmiş, davacı vekilinin istinaf başvurusu, ...Bölge Adliye

Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince, 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b-1. maddesi uyarınca esastan reddedilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden, davacının, 11.03.2013 tarihli vekaletname ile vekil kıldığı davalı ... aracılığıyla 189, 444, 622, 581 ve 108 ada 29 parsel sayılı taşınmazları ile 248, 582 ve 104 ada 312 parsel sayılı taşınmazlardaki paylarının tamamı olmak üzere toplam 8 parça taşınmazını 12.03.2013 tarihinde oğlu olan davalı ...'e satış suretiyle temlik ettiği, ...'in de bu taşınmazlardan çekişme konusu olan 189, 248 ve 104 ada 312 parsel sayılı taşınmazları 30.09.2015 tarihinde eşi olan diğer davalı ...'ya devrettiği, 08.08.1994 tarihinde evlenen davalıların 08.02.2017 tarihinde anlaşmalı olarak boşandıkları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı İnançları Birleştirme kararı uyarınca, inançlı işleme dayalı iddianın, şekle bağlı olmayan yazılı delille kanıtlanması gerekeceği kuşkusuzdur. Şayet, ispat külfeti kendisinde olan tarafın yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışmalar gibi birtakım belgeler var ise bunların yazılı delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın her türlü delille kanıtlanmasının olanaklı hale geleceği sabittir. Şayet, yazılı delil başlangıcı sayılacak böylesi bir olgu da bulunmuyor ise iddia sahibinin son başvuracağı delilin karşı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğu da şüphesizdir.

Öte yandan; hukukumuzda diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları, satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlama düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988. ve 989. maddelerinin ve tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir.

Öte yandan, bir Devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise, bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke TMK'nın 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğün-deki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1.fıkrasında "Bir ayni hak yolsuz olarak tesçil edilmiş ise bunu bilen veya bilme-

si gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür.

Ancak, tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden, iktisapta bulunan kişinin iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse, diğer yanda ise kendisi için maddi hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan ayni hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta şeklen iyi niyetli gözükeni değil gerçekten iyi niyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim bu görüşten hareketle, "kötü niyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı" ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşler de aynı doğrultuda gelişmiştir.

Somut olayda, davacı tarafından inançlı işlemin yazılı delili olduğu bildirilen 10.03.2013 tarihli belge verilen kesin süre içerisinde sunulmaması nedeniyle 6100 sayılı HMK'nın 140/5. maddesi gereğince delil olarak kabul edilmese de inançlı işlemin tarafı olan ilk el ..., 05.10.2017 tarihinde yapılan ön inceleme duruşmasında dava dilekçesinde belirtilen tüm hususların doğru olduğunu belirterek davayı kabul beyanında bulunmuştur. Kayıt maliki olmayan davalı ...'in kabul beyanı davayı sona erdirecek nitelikte değil ise de, inançlı işlemin varlığına ilişkin açık ikrar bulunduğuna göre bunun ayrıca yazılı delille ispatı istenemez.

Öte yandan, davalı ..., diğer davalı ...'in boşandığı eşi olduğu için durumu bilen veya bilmesi gereken kişi konumunda bulunduğun-dan TMK'nın 1023. hukuki koruyuculuğundan yararlanamaz.

Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Davacının yerinde görülen temyiz itirazının kabulü ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1 maddesi uyarınca Ada-na Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi kararının **ORTADAN KALDIRILMA-**

SINA, ilk derece mahkemesi kararının yuka-rıda yazılı nedenlerden dolayı 6100 HMK'nın 371/1-a maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** dosyanın kararı veren Mersin 6. Asliye Hukuk Mahkemesine, kararın bir örneğinin Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesine gönderilmesine, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 28/04/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HUKUK MAHKEMESİ'NDE AÇILAN DAVA • SAVCILIK DOSYASINDAKİ İFADE • İKRAR

ÖZET: Hukuk mahkemesinde görülen bir davanın konusu hakkında taraflardan birinin savcılık dosyasındaki ifadesi ikrar niteliğinde olup bu beyan hukuk Mahkemesinde de kesin delil teşkil eder.

Y. 1. HD. E. 2020/1033 K. 2021/6370 T. 03.11.2021

Davacı, özel ticari sebeplerden dolayı 1 ve 2 numaralı bağımsız bölümlerini davalı yeğenine ileride geri almak üzere bedelsiz olarak devrettiğini, nitekim davalının bu durumu savcılık dos-yasındaki ifadesinde de ikrar ettiğini ileri sürerek, tapu iptali ve tescil istemiştir.

Davalı, davacının hacizden korunmak için altı adet bağımsız bölümünü devrettiğini, buna karşı-lık davacının eşinin kendisinden boş bir imzalı senet ve vekaletname aldığını, dava dışı vekilin kendisinden habersiz olarak dört adet bağımsız bölümü davacıya devrettiğini, ayrıca boş se-nedin üzerini doldurarak alacaklılarına verdiğini, davacı ile aralarında bir inanç sözleşmesi bu-lunmadığını ve iddianın yazılı delille ispatı gerektiğini ayrıca kabul anlamına gelmemek kaydıyla boş senedin de tarafına iadesi gerektiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesince, davacının iddiasını tanık delili ile ispatlayamadığı, yemin deliline de dayanmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin verilen karara karşı davacının istinaf başvu-rusu Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi tarafından kabul edilerek, davalının sav-cılık dosyasındaki ifadesinde taşınmazların hacizden korunmak amacıyla kendisine devredildiği yönünde ikrarda bulunduğu, davalının savunmasında geçen bonoya ilişkin beyanlarının ayrı bir davanın konusunu oluşturduğu

ve inançlı işlem iddiasının davalının ikrarı ile sabit olduğu gerek-çesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla Tetkik Hakimi ...'un raporu okundu. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellik-le delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalının yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı 15.182,40 TL. bakiye onama harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 03/11/2021 tarihinde kesin olmak üzere oybirliğiyle karar verildi

BAŞKA DAVADAKİ TARAF BEYANLARI
•
MAHKEME İÇİ İKRAR • KESİN DELİL

ÖZET: Taraflardan birinin başka bir mahkemede açılmış olan davadaki ikrarı mahkeme içi verilmiş ikrar olup görülmekte olan davada da kesin delil teşkil eder.

Y. 1. HD. E. 2020/2346 K. 2021/6634 T. 09.11.2021

Parsel sayılı taşınmazlarını diğer mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla ve mu-vazaalı olarak oğulları, davalılar ... ve ...'e satış suretiyle temlik ettiğini, eski ... parsel sayılı taşınmazın ifrazından sonra oluşan parselin de ...'in çocukları olan diğer davalılar'a devredildiğini, muvazaanın varlığının derecattan geçerek kesinleşen ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/390 Esas, 2008/536 Karar sayılı ilamı ile sabit olduğunu ileri sürerek, tapu kayıtlarının iptali ile miras payı oranında adına tescilini istemiştir.

Davalılar, davacının miras payını miras bırakanın sağlığında alıp, miras bırakan tarafından davalılara yapılan temliklere razı olduğunu ve bu hususu davacının ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi-nin 2006/390 Esas sayılı dosyasında davalı tanığı sıfatıyla verdiği beyanıyla ikrar ettiğini, da-vanın temelsiz ve hukuka aykırı olarak açıldığını belirtip, davanın reddini savunmuşlardır.

İlk Derece Mahkemesince, davacının ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/390 Esas sayılı dosyasındaki beyanının mahkeme içi ikrar, kesin delil niteliğinde olduğu, buna göre davacının mirasbırakandan miras payını aldığı ve yapılan devre rıza gösterdiği gerekçesiyle davanın red-dine karar verilmiş, karara karşı davacı vekilinin istinaf kanun yoluna başvurması üzerine, ... Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince, davacı tarafça, maddi hataya dayalı olduğu iddia edilmeyen ikrara rağmen dava açılmasının TMK'nın 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusu 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b-1. maddesi uyarınca esastan reddedilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 09.11.2021 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili Avukat ... geldi, davetiye tebliğine rağmen temyiz edilen davalılar ... Biçer vd. vekili Avukat gelmedi, duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruş-manın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen ra-por okundu, dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellik-le delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davacının yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı 4,90 TL bakiye onama harcının temyiz edenden alınmasına, 09/11/2021 tarihinde kesin olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

KANUNİ VEKALET ÜCRETİ
•
TAKAS VE MAHSUP

ÖZET: Vekille takip edilen davalarda dava sonunda tarifeye dayanılarak kanun gereğince takdir olunan vekalet ücreti avukata aittir bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas mahsup edilemez.

Y. 2. HD. E. 2012/24998 K. 2013/11002 T. 18.04.2013

Taraflar arasındaki "boşanma" ve "karşı boşanma" davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davalı-karşı dava-cı (kadın) tarafından, kocanın boşanma davası, kusura ilişkin gerekçesi, iştirak nafakasının miktarı, kendi tazminat talepleri, kişisel ilişki, yargılama giderleri ve vekalet ücreti yönünden; davacı-karşı davalı (koca) tarafından da, katılma yoluyla vekalet ücreti yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Hükmü süresinde temyiz etmemiş olan davacı-karşı davalı (koca) vekili, davalının temyiz dilekçesine verdiği cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde bu-lunmuş ise de; bu yolla temyizinin incelenebilmesi için, diğer tarafın temyiz dilekçesinin tebli-ğinden başlayarak on gün içinde temyize cevap verilmiş olması zorunludur (HUMK.md.433/2). Davalı-karşı davacı (kadın) vekilinin temyiz dilekçesi, koca vekiline 03.9.2012 günü tebliğ edildiği halde, davacı-karşı davacı (koca) vekili, yasal on günlük süreden sonra, 20.09.2012 tari-hinde temyize cevap verdiğine göre, katılma yoluyla temyiz süresi aşılmıştır. Bu sebeple da-vacı-karşı davalı koca vekilinin temyize cevap dilekçesinde yer alan temyiz isteğinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

2-Davalı-karşı davacı (kadın)'ın temyiz itirazlarına gelince;

a-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre,davalı-karşı davacı (kadın)'ın aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

b-Davalı-karşı davacı (kadın) davada kendisini vekille temsil ettirmiştir. Vekille takip edilen davalarda, dava sonunda tarifeye dayanılarak Ka-

nun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez (1136 s. Avukatlık K.md.164/5). Vekalet ücretinin taraf lehine hükmedilecek olması, bu ücre-tin avukata ait olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu bakımdan davalı tarafından açılan karşı bo-şanma davası kabul edildiğine göre, davada kendisini vekille tespit ettiren davalı-karşı davacı (kadın) yararına vekalet ücreti tayini zorunludur. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

c-Davalı-karşı davacı (kadın) tarafından yapılan yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmesi gerekirken, kendi üzerinde bırakılması da usul ve yasaya aykırıdır (HMK.md.326/1).

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. maddenin (b) ve (c) bentlerinde gösterilen sebep-lerle **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 2. maddenin (a) bendinde gösterilen sebeple **ONANMASINA**, davacı-karşı davalı (koca)'nın tem-yiz isteğinin yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple REDDİNE, temyiz peşin harcının istek halin-de yatıranlara geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.18.04.2013

EVLİLİĞİN TEMELİNİ SARSAN OLAYLAR • KUSUR • ASGARİ ÜCRET • YOKSULLUK NAFAKASI

ÖZET: Evliliğin devamı sırasında affedilen ve hoş görülen olaylar boşanma davasında karşı taraf kusurlu olarak ileri sürülemez. Eşine sürtük kaltak diyerek hakaret eden s..tir ol git yüzüğünü bırakıp eşyalarını da alıp git diyerek evden kovan ben on tane karı bulurum ancak bir tane ana bulamam dediği anlaşılan erkeğin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda kusurlu olduğu anlaşılmıştır. Askeri ücretle çalıştığı anlaşılan kadın lehine yoksulluk nafakası hükmedilmelidir.

Y. 2. HD. E. 2019/5103 K. 2019/12386 T. 17.12.2019

Mahkemece, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğu gerekçe-siyle davalı-karşı davacı kadının tazminat talepleri reddedilmiştir. Oysa ki, ilk derece mahkemesince kadına yüklenen "Elindeki bıçak ile davalıya saldırma" vakıasından sonra evlilik birliği devam etmiştir. O halde davacı erkeğin, kadının bu kusurlu davranışını affettiği ve en azından hoşgörü ile karşıladığının kabulü gerekir. Affedilen ve hoşgörülen olaylar karşı tarafa kusur olarak yüklenemez. Mahkemece tespit edilen ve gerçekeleşen olaylara göre eşine "Sürtük, kaltak" şeklinde hakaret eden,' "S...tir ol git, yüzüğünü bırakıp eşyalarını da alıp git" diyerek evden kovan, eşini kastederek tanık...'ye "Nerede kaldığı, ne yaptığı belli değil, ben 10 tane karı bulurum, ancak bir tane ana bulamam" dediği anlaşılan erkeğin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda ağır kusurlu olduğu anlaşılmıştır. Hal böyle iken; tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi ve bu hatalı kusur belirlemesine bağlı olarak, kadının maddi ve manevi tazminat isteklerinin reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

c-Mahkemece davalı-karışı davacı kadının çalışması nedeniyle sabit geliri olduğu ve boşanma yüzünden yoksulluğa düşmeyeceği gerekçesi ile yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, kadının yargılama aşamasında asgari

ücretle işe başladığı, yalnız yaşadığı, kira giderinin bulunduğu ve adına kayıtlı herhangi bir malvarlığının olmadığı, buna karşılık davalı erkeğin ise. polis memuru olduğu ve 2.800 TL maaş aldığı ve arkadaşları ile birlikte kiralık evde oturduğu anlaşılmıştır. Asgari ücret seviye-sindeki gelirin kişiyi yoksulluktan kurtarmayacağını açıklayan HGK 24.12.2014 gün 2013/2-1364 esas ve 2014/1082 sayılı kararı doğrultusunda, asgari ücret seviyesinde gelir elde eden davalı karşı davacı kadın yararına yoksulluk nafakası koşulları gerçekleşmiş olup, elde ettiği gelir kadını yoksulluktan kurtaracak düzeyde değildir. Mahkemece davalı karşı davacı kadın lehine Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi gereği uygun bir miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken, yazılı şekilde isteğin reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün, yukarıda 2/b-c bentlerde gösterilen sebeplerle; İstanbul Böl-ge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi 06.02.2019 tarih, 2017/2734 esas ve 2019/173 sayılı kararının, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1. maddesine göre **KALDIRILMASINA;** Bakırköy 4. Aile Mahkemesi 15.12.2016 tarih, 2015/347 esas ve 2016/902 sayılı kara-rının **BOZULMASINA;** yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple dilekçenin **REDDİNE**, bozma ve dilekçenin reddi kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 2/a bent-te gösterilen sebeple **ONANMASINA,** duruşma için takdir olunan 2.037 TL vekalet ücretinin Sinan'dan alınıp Elçin'e verilmesine, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilme-sine, dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğinin ise ilgili bölge adliye mahke-mesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

TAKAS HAKKININ KULLANILMASI
•
TAKAS HAKKININ NİTELİĞİ

ÖZET: Takas hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlunun takas hakkını kullanma isteğini alacaklıya bildirmesi gerekir. Takas bir sözleşme olmadığı için karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir. Takas bir defi olup cevap dilekçesi ile birlikte beyan edilmelidir. Cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla da takas defi'inin ileri sürülmesi mümkündür.*

Y. 2. HD. E. 2020/3254 K. 2020/5432 T. 05.11.2020

Türk Borçlar Kanunu'nun 139. maddesi uyarınca, iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alaca-ğını borcuyla takas edebilir. Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir.

Takas borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Kanun takas için bir irade açıklaması aramak-tadır. Takası gerçekleştirmek için irade açıklamasına takas beyanı denir. Bu beyan bir taraflı bir hukuksal işlemdir. Bu işlem bir yenilik doğuran hakka dayanır. Tarafların biri, borcu ile alacağını takas ettiğini karşı tarafa bildirerek, bu hakkını kullanmış olacaktır (BK. m. 122/1). Takas hukuki niteliği itibari ile bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlu-nun takas hakkını kullanma isteğini, alacaklıya bildirmesi gerekir. Takas bir sözleşme olmadığı içi karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Takas aynı zamanda borcu sona erdirdiği için bir ta-sarruf işlemidir.

Davalının, dava dayanağı olayı ve borcun varlığını inkâr etmeden, borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkan veren hakka defi denir. Def iler, davada ileri sürülmedikçe hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmaz-lar. Takas bir defidir. Bu itibarla, ileri sürülmedikçe kendiliğinden dikkate alınamaz.Takas, kar-şılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi, defi olarak da ileri sürülebilir. Takasın defi olarak ileri sürüldüğü davada, takas ve mahsup sonucu kalan ve hüküm altına alınan miktar üzerinden yargılama harcı alınacak, takas ve mahsup defi sebebi ile reddedilen miktar üzerinden ileri süren

* Dergimizin 2022/4. sayısından yayımlanan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

yararına vekâlet ücreti ve yargılama ‘giderine karar verilecektir.

Defiler, dava dilekçesine cevap verilirken ileri sürülmelidir. Aksi halde, davalı “Savunmanın genişletilmesi yasağı” ile karşılaşabilir. Ancak karşı tarafın açık muvafakati ile veya ıslah yo-luyla iddia ve savunmaların genişletebilir yahut değiştirebilirler. (HMK m. 141/1) Cevap dilek-çesinin ıslahı yoluyla takas ve mahsup definin ileri sürülmesi hukuken mümkün olup, karşı tarafın muvafakatine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Cevap dilekçesinin ıslah edilmesi harca da tabi değildir.

Somut olayımızda mahkemece davalının cevap dilekçesinin ıslahı niteliğindeki 27.02.2017 ta-rihli dilekçe ile takas ve mahsup talebinde bulunduğu halde, davalının ıslah dilekçesi karşı tara-fa tebliğ edilmediği, 7.3.2017 tarihli celsede taraflara ıslah dilekçesi ile ilgili beyanları sorulma-dığı gibi davalı tarafça ileri sürülen takas ve mahsup defi kapsamında inceleme yapılmaksızın hatalı değerlendirme ve eksik inceleme ile takas talebinin icra mahkemesinin yetkisinde bu-lunduğundan bahisle bu konuda dava açmakta muhtariyetine şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

2-Kabule göre de; davacının eşya alacağı davasının kısmen kabulü ile 500 TL nin dava tarihin-den itibaren işleyecek faizi ile davalıdan tahsiline karar verildiği halde bu talebin kısmen kabulü ve kısmen reddi nedeniyle kabul edilen ve reddedilen alacağın miktarını aşacak şekilde her iki taraf yararına 1.980,00 TL maktu vekalet ücretine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir (AAÜT 13/2).

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere **BOZULMASINA** oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

MENFİ TESPİT DAVASI
•
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI

ÖZET: Menfi tespit davasında borçlu lehine tazminata hükmedilebilmesi için takibin kötü niyetle yapılmış olması gerekir. Alacağının bulunmadığını bildiği veya bilmesi gereken durumda olduğu halde icra takibi yapmış olan alacaklı kötü niyetli kabul edilir.

Y. 3. HD. E. 2021/1026 K. 2021/11649 T. 18.11.2020

Davacı, dava dışı ... ile birlikte ... Köyü ... mevki 332 ada 4 parsel sayılı taşınmazı davalıdan satın aldığını, ancak gayrimenkulün vasfı nedeni ile paylı olarak tescilinin yapılamadığını,bu nedenle taşınmazın kendisi adına tescil edildiğini, kendisinin payına düşen satım bedelini ödedi-ğini,dava dışı ...'nin kendisine düşen parayı ödemediğini belirterek davalının bakiye satış bede-linin ödenmediği iddiası ile Fethiye 1. İcra Müdürlüğünün 2012/3006 esas sayılı dosyası ile hakkında icra takibi başlattığını takip dayanağı belgede oynama yapıldığını,belgede yer alan "23.500,00 TL borcum kalmıştır" açıklamasının altında yer alan imzanın kendisine ait olmadığı-nı ileri sürerek borçlu olmadığının tespitine, icra takibinin iptaline ve davalının %20 oranın-da kötü niyet tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne ilişkin karar taraflarca temyiz edilmesi üzerine, Yargı-tay 13. Hukuk Dairesinin(kapatılan) 14/05/2018 tarih 2015/38869-2018/5757 sayılı ilamı ile "...hükümde talep aşımı yapıldığını,mahkemenin talepten başka bir şeye karar vermesi müm-kün olmadığı.." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozma üzerine yapılan yargılama neticesinde davanın kısmen kabulü ile davacının Fethiye 1. İcra Müdürlüğünün 2012/3006 esas sayılı takip dosyasında davacının 22.500,00 TL'lik miktar yönünden borçlu olmadığının tespiti ile fazlaya ilişkin taleplerin reddine, davacı-nın kötü niyet tazminat talebinin kabulü ile kabul edilen 22.500,00 TL'nin %20 oranına

tekabül eden 4.500,00 TL kötü niyet tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar veril-miş;hüküm,davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, İcra ve İflas Kanununun 72. maddesine dayalı menfi tespit davasıdır. İcra ve İflas Kanununun 72. maddesinin 5.fıkrasına göre; "Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırşa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz." Kötüniyet tazminatı, takibe girişmek-te kötüniyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir. Anılan Yasa hükmüne göre,alacaklının anılan tazminata mahkum edilebilmesi için açıkça takibin kötüniyetle yapılmış olması koşuluna bağlanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki alacaklının icra takibini kötüniyetli olarak yaptığı hususu, borçlu tarafından kanıtlanmalıdır. Öğretiye ve Yargıtay uygulamasına göre, alacağının bulunmadığını bildiği veya bilmesi gereken bir durumda olduğu halde, icra takibine girişen alacak-lı, kötüniyetli kabul edilir.

Açıklanan bu yasal durum ve ilke çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde davacı, davalının icra takibinde kötüniyetli olduğunu yasal delillerle kanıtlayamamış olup, dosya içeriğinde de kötüniyetin varlığını açıkça ortaya koyacak bir yöne rastlanmamıştır.

Hal böyle olunca, mahkemece, davacının bu istemi hakkında ret kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, usulün 438/7. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddi-ne,ikinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın hüküm fıkrasının ikinci bendinin yerine "davacının kötüniyet tazminat talebinin reddine" ibarelerinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş

bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan harcın davalıya iadesine, 6100 sayılı HMK'nin geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nin 440.maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18/11/2020 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTAL DAVASI • İCRA İNKAR TAZMİNATI • VEKÂLET ÜCRETİ • FAİZ BAŞLANGICI

ÖZET: İtirazın iptali davasında icra inkar tazminatına hükmedebilmesi için borçlunun takibe itiraz etmesi alacağın dava edilerek haklı çıkılması ve ayrıca likit ve belli olması gerekir. Burada borçlunun kötü niyetle itiraz etmiş olması şart değildir. Borçlunun kendisi ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise alacağın likit ve belli olduğu kabul edilmelidir. Bu duruma göre sözleşmeye dayanan dava konusu vekâlet ücreti alacağının likit olduğunu kabul edilmelidir. Sözleşmede aybeay ödenecek olan ücretlerin ayın hangi gününde ödeneceği belirlenmiş ise borçlu söz konusu ödeme tarihinde temerrüde düşeceğinden faizler de ödeme günlerinden itibaren başlayarak hesaplanacaktır.

Y. 3. HD. E. 2020/6303 K. 2021/8555 T. 16.09.2021

Davacı; avukat olduğunu, Çorum 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/189 Esas sayılı ve bu dosya ile birleşen 2007/55 Esas sayılı dosyalarında davalıların vekili olarak görev yaptığını, söz konusu davaların halen Çorum 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2013/18 Esasında kayıtlı olup kendisi tarafından takip edildiğini, Çorum Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/195 Esas sayılı dosyasında da davalı-lar vekili olarak görev yaptığını, davalılar ile arasında düzenlenen 09.03.2007 tarihli avukatlık ücret sözleşmesine göre davalıların 25.03.2017 tarihinden başlamak üzere aylık 5.000 TL olmak üzere 40 taksit olarak toplam 200.000 TL'yi ödemeyi kabul ve taahhüt ettikleri halde herhangi bir ödeme yapmadıklarını, 2007 yılından bu güne kadar bahsi geçen dosyaları yoğun bir emek ve mesai harcayarak takip ettiğini, davalıların vekalet ücretini ödememeleri

üzerine icra takibi başlattığını ancak davalıların itirazı üzerine takibin durduğunu ileri sürerek takibe vaki itirazın iptaline, takibin devamına ve davalıların icra inkar tazminatına mahkum edilmesini talep etmiştir.

Davalılardan ... ve Serbülent cezaevinde tutuklu oldukları sırada, mal varlıkları üzerindeki tedbir ve hacizler nedeniyle oldukça zor şartlar altında bulunmaları nedeniyle ağır şartlar ve bedelleri sorgulamadan sözleşmeyi imzaladıklarını, gabin nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu, gerek yakınları gerekse kendileri tarafından davacıya yüklü miktarda ödeme yaptıklarını ancak makbuz almadıklarını, davacının halen vekillik görevinin devam ettiğini, sözleşmede ücretin ne zaman ödeneceğinin belli olmadığını, alacağın muaccel hale gelmediğini savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Davalı ... Tekstil Gıda Elk. San. ve Tic. Ltd. Şti (Eski ünvanı... Gıda Elektronik San. Tic. Ltd. Şti) ..... Ltd. Şti.'nin hisselerinin şirketin eski ortakları ... ve...tarafından 2008 yılında devralındığını, daha sonra şirket ünvanının şimdiki ismi ile değiştirildiğini, şirketin söz konusu hukuk davalarından ancak davacı tarafından yapılan icra takibi ile haberdar olduğunu, ceza dosyasında ise şirketin taraf olmadığını, davacının söz konusu davaların varlığından, hangi aşamada olduğundan hiç bir şekilde şirket ortaklarına bilgi vermediğini, meslek kurallarına aykırı hareket ettiğini, davacının haklı olarak azledildiğini, davanın dayanağı olan sözleşmenin bağlayıcılığı olmadığı gibi, sözleşmenin Avukatlık Kanununa da aykırı olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

İlk derece mahkemesince; davacının, davalıların zimmet ve dolandırıcılık iddiasıyla açılan ceza dosyası ile dava değeri 750.000 TL olan bir hukuk davasında sözleşme gereği avukatlık hizmeti vermiş olduğu görülmüş olup ortada gabin olmadığı, borç altına giren şirketin, ünvanını değiştirerek borçtan kurtulamayacağı, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmakta olup belirlenen 200.000 TL'lik bir ücret mevcut olduğu ve davacı avukatın sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüğü yerine getirdiği gerekcesiyle davacının davasının kısmen kabulü ile takip dosyasına davalılar tarafından yapılan itirazın iptali ile 160.000 TL asıl alacak yönünden takibin devamına, takip tarihinden önce işlemiş faiz yönünden davanın reddine, davacının icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş; karara karşı taraf vekillerince istinaf yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesince; inceleme konusu kararın usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu gerekcesiyle istinaf başvurularının ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiş; hüküm, süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı bilgi ve belgelere, özellikle temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararında yazılı gerekçelere göre, davalıların temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı vekilinin icra inkar tazminatına ilişkin temyiz itirazının incelenmesinde,

Avukatlık ücreti, avukatın vekalet hizmetine karşılık olarak avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılabilir ise de, ücret tarifesindeki asgari miktarın altında kalan bir ücret karşılığında iş ve dava kabulü de ayrıca yasaklanmıştır (Avukatlık Kanunu md. 163/1,2,3). Öte yandan avukatlık ücreti belli bir miktarı da kapsamalıdır. Şu kadar ki hasılı davaya iştirak olmamak, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmibeşi aşmamak kaydıyla dava olunan veya hükmolunan şeyin belli bir yüzdesinin de avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması mümkündür (Avukatlık Kanunu md. 164/1, 2, 3). Bu durumda dava olunan veya hüküm altına alınan şeyin değeri ile avukatlık ücreti arasında herhangi bir bağlantı kurulmamaktadır. Bu koşullar altında avukatlık ücreti belli bir miktarı kapsamak üzere serbestçe kararlaştırılabilir.

Davacı ile davalılar ve dava dışı müteveffa ...arasında 09/03/2007 tarihinde düzenlenen avukatlık ücret sözleşmesinin 1 nolu bendinde; "Avukata verilen belirtilen işten ötürü kendisine aylık 5.000 YTL verilecektir. Her ayın 25'ine kadar aylık ücretler ödenmesi gerekmektedir. Aylık azami 40 ay olarak ödenecektir. Ödenecek miktar 200.000 YTL'dir" ifadesi mevcuttur.

Yapılan ücret sözleşmesindeki maktu ücret, likittir. İİK'nun 67.nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi, alacaklının alacağını mahkemede dava ederek haklı çıkması yasal koşullardandır. İcra inkar tazminatı, aleyhindeki icra takibine itiraz eden ve işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır. Borçlunun itirazının kötüniyetli olması ise yasal koşul değildir. Ayrıca alacağın likit ve belli olması da gerekir. Alacağın gerçek miktarı belli, sabit veya borçlu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurlar bilinmekte ya da bilmesi gerekmekte, böylece borçlu tarafından borcun tutarının tahkik ve tayini mümkün ise alacağın likit ve belirli olduğunun kabulü zorunludur. Açıklanan bu yasal kurallar ve ilkeler ışığında; dava konusu vekalet ücreti alacağının likit olduğunun kabulü zorunlu olup, ilk derece mahkemesince asıl alacak üzerinden davacı lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacı vekilinin işlemiş faiz yönünden temyiz itirazlarına gelince;

Temerrüt (gecikme) faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.6.1997 tarihli ve 1997/11-278 - 529 sayılı ilamı). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 101/2 maddesi hükmü gereği (6098 sayılı TBK'nun 117.maddesi) borcun ifa olunacağı gün sözleşme ile belli edilmiş ise ihtar şartı aranmadan bu günün bitmesi ile borçlu mütemerrit olur.

Somut olayda; taraflar arasında imzalanan avukatlık ücret sözleşmesinde; her ayın 25'ine kadar aylık ücretlerin ödenmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Bu durumda davalıların her ayın 25'inde temerrüde düşeceği kabul edilmelidir.

O halde mahkemece; BK'nın 101/2 (TBK'nın 117) maddesi uyarınca bu edimin ifası yönünden borçluların ayrıca ihtarla temerrüde düşürülmesine gerek bulunmadığından, belirlenen taksitler yönünden her ayın 25'inden itibaren faiz hesabı yaptırılmak suretiyle davacının takip tarihinde ne kadar işlemiş faiz talep edebileceği belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile işlemiş faizi ile ilgili talep yönünden davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

İlk derece mahkemesi kararının, yukarıda birinci ve ikinci açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmiş olduğundan, HMK'nın 373/1 maddesi uyarınca, işbu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararının da kaldırılmasına karar verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının reddine; ikinci ve üçüncü bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 373/1 maddesi uyarınca, temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA,** aynı Kanunun 371. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 8.197,20 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalı .... Tekstil Gıda Elkt. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne, 8.197,20 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalılar ... ve diğerlerine yükletilmesine, dosyanın ilk derece mahkemesi-

ne, kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 16/09/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI
•
İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: İtirazın iptali davasında icra inkar tazminatına hükmedebilmesi için borçlunun takibe itiraz etmesi alacağın mahkemede dava edilerek haklı çıkılması ve ayrıca alacağın likit ve belli olması gerekir.

Borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise alacağın likit ve belli olduğu kabul edebilmelidir. Burada borçlunun kötü niyetle itiraz etmiş olması da şart değildir.

Y. 3. HD. E. 2021/1700 K. 2021/11540 T. 17.11.2021

Davacı; davalı kurumdan 17/04/2007 tarihli sözleşme ile bir konut satın aldığını, sözleşmedeki "iade yetkisini" kullanarak satın aldığı konutu davalı kuruma iade ettiğini, taşınmazın bedelinin ödenmemesi üzerine icra takibi başlattığını, söz konusu takipte ödenmesi gereken kira bedeli düşüldükten sonra anapara alacağını davalıdan talep ettiğini, borçlunun 28.463,19 TL'yi kabul ettiğini, ancak 5.363,92 TL için kısmi itirazda bulunduğunu ileri sürerek; takibe vaki itirazın iptali ile davalının icra inkar tazminatına mahkum edilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; davanın kısmen kabulü ile takip dosyasındaki 3.876 TL'lik kısma yönelik itirazın iptaline, icra takibinden sonra ödenen tutar olan 28.463,19 TL'nin tahsil aşamasında değerlendirilmesine, %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline dair verilen hüküm, davalı tarafça temyizi üzerine, Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 08/10/2018 tarihli ve 2016/3163 E. 2018/9080 K. sayılı kararıyla; "....İtirazın iptali davası açılmadan önce borcun kısmen ödendiği hallerde, alacaklının ödenen kısım yönünden dava açmakta hukuki yararı olmadığından, bu miktar yönünden itirazın iptaline karar verilemez. Bu nedenle icra takibinden sonra ancak itirazın iptali davası açılmadan önce borçlu tarafından yapı-

lan 28.463,19 TL'lik ödemenin de TBK'nun 100. maddesi hükmü çerçevesinde hesaplamada dikkate alınarak, kalan miktar olan 1.516,81 TL (29.980-28.463,19) üzerinden itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken açıklanan husus gözardı edilerek, 3.876 TL'lik kısmın itirazının iptaline ve icra takibinden sonra ödenen tutarın tahsil aşamasında dikkate alınmasına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle, davalı tarafın sair temyiz itirazları incelenmeksizin bozulmuştur.

Bozma kararına uyan mahkemece; davanın kısmen kabulü ile davalının takip dosyasındaki 1.516,81 TL'lik kısma itirazının iptaline, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-5219 ve 5236 sayılı yasalar ile HUMK'nın 427. maddesinde öngörülen kesinlik sınırı 01/01/2019 tarihinden itibaren 3.200 TL'ye çıkarılmıştır.

Davalı yönünden hüküm, karar tarihi itibariyle kesin niteliktedir. Kesin olan kararların temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01/06/1990 tarihli ve 1989/3 E. 1990/4 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay'ca da temyiz isteminin reddine karar verilebilir. Açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz dilekçesinin miktar itibariyle reddi gerekir.

2- Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

3- İİK'nın 67 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce; icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi ve alacağını mahkemede dava ederek haklı çıkması gerekir. Burada borçlunun kötü niyetli itiraz etmiş bulunması yasal koşullardan değildir. İnkar tazminatı, aleyhinde yapılan icra kovuşturmasına itiraz edip duran ve işin itirazla çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı öngörülmüş bir yaptırımdır. Bunlardan ayrı, alacağın likit ve belli olması gerekir. Daha geniş bir açıklama ile borçlu tarafından alacağın gerçek miktarı belli, sabit ve belirlenmek için bütün unsurlarının bilinmesi mümkün nitelikle olması yeterlidir. Borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise, alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur. Öte yandan, alacağın muhakkak bir belgeye bağlı olması da şart değildir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında takip konusu alacak değerlendirildiğinde; davalı ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilecek konumda bulunduğundan, alacağın likit ve muayyen nitelikte olduğunun kabulü ile davacı icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir.

Buna göre; mahkemece, kabul edilen kısım üzerinden davacı lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde icra inkar tazminatı talebinin reddedilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Ne var ki, yapılan bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün düzeltilerek onanması HUMK'nın 438 inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğidir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz dilekçesinin miktar itibariyle reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, üçüncü bentte açıklanan nedenlerle, hüküm fıkrasının (2) numaralı bendi çıkartılarak yerine "2-Hükmedilen asıl alacağın %40'ı oranında hesaplanan 606,72 TL icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine," cümlesinin yazılması suretiyle düzeltilmesine, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan temyiz harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 6100 sayılı HMK'nın Geçici Madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440 ıncı maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 17/11/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • KÖTÜ NİYET TAZMİNATI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: İtirazın iptali davasıda borçlu davalı leyine kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için takibin haksız olması yanında takibin kötü niyetle yapılmış olması gerekir. Bu noktada ispat külfeti davalı borçluya aittir

Y. 3. HD. E. 2021/2424 K. 2021/11976 T. 24.11.2021

Davacı; davalıya 20/09/2011 tarihinde 10.050TL, 24/05/2012 tarihinde 5.000TL, 30/10/2012 tarihinde 600TL olmak üzere toplam 15.650TL borç para verdiğini, söz konusu ödemeler için davalıdan belge aldığını, sözlü olarak talep edilmesine rağmen borcun ödenmemesi üzerine başlatılan takibe davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına, icra inkar tazminatı ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı; davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece; davanın kabulüne dair verilen hükmün davalı vekilince temyizi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 12/12/2018 tarihli, 2016/12000 Esas 2018/12059 Karar sayılı kararıyla, "İspat yükü davacıdadır. Davacı iddiasını HMK 202. maddesi kapsamında her türlü delillerle ispatlayabilecektir. Hal böyle olunca, somut olayda ispat yükünün davacıda olduğu dikkate alınmak sureti ile davacının tüm delilleri birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir." gerekçesiyle hüküm bozulmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda mahkemece, davanın reddi ile davalı lehine % 20 icra inkar tazminatının davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davacı vekilinin, kötüniyet tazminatı yönünden temyiz itirazı yönünden;

İ.İ.K'nın 67/2. maddesinde itirazın iptali davasında alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması halinde alacaklı aleyhine tazminata hükmedileceğini hükme bağlamaktadır. Anılan kanun hükmü uyarınca borçlu davalı lehine tazminata hükmedilebilmesi için davacı alacaklı tarafından yapılan icra takibinin haksız olmasının yanı sıra takibin kötü niyetle yapılması şarttır. Eldeki davada davacının kötüniyetli olduğu ispat edilememiştir. Hal böyle olunca davacının kötü niyetinden söz edilemez ve onun aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilemez.Mahkemece değinilen bu yön gözardı edilerek davacı aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olmakla bozmayı gerektirir.

Ne var ki, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması HUMK'nın 438/7 maddesi hükmü gereğidir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasında yer alan "Davalı lehine, %20 icra inkar tazminatının davacıdan alınarak davalıya verilmesine," cümlesinin çıkarılarak yerine "Davalının kötüniyet tazminatı talebinin reddine," cümlesinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın Geçici Madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440. maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 24/11/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUN KALMA DAVASI
•
DAVACI EŞİN YENİDEN EVLENMESİ

ÖZET: Ölen eşin desteğinden yoksun kalınmasından dolayı açılan destekten yoksun kalma davası devam ederken davacı eşin tekrar evlenmesi halinde yeniden evlenme tarihine kadar olan süre için maddi zarar hesabı yapılmalıdır.

Y. 3. HD. E. 2021/5045 K. 2021/12939 T.14.12.2021

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ölüm hâlinde ölenin desteğinden faydalananlar, bu yüzden yoksun kaldıkları faydayı tazminat olarak sorumlusundan talep edebileceklerdir.

Ölenin desteğinden faydalananların ölüm nedeniyle uğradıkları zararı sorumlulardan tazmin etmelerini sağlayan hukuki kurum ise destekten yoksun kalma tazminatıdır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06/03/1978 tarihli ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde; "Destekten yoksun kalma tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının, desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" hususu vurgulanmıştır.

Ölüm olmasaydı ileride kurulacak ilişkinin bir destek ilişkisi olacağı kesin ise, destekten yoksun kalma tazminatı istenebilir.

Var olan desteklik kanıtlandıktan sonra destek tutarının hesaplamasında göz önünde tutulan kriterlerin tamamı dikkate alınarak faraziye hesaplama yapılmaktadır. Bu tazminat ile güdülen amaç; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/05/1984 tarihli ve 1984/9-301 E., 1984/619 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi destek yaşamış olsaydı, yardım ettiği kimseye yapabileceği yardım tutarını sağlamaktır. Bu hesaplama yapılırken, destekten yoksun kalan eşin yeniden evlenme olasılığı, zararı azaltan durumlardan sayılmakta, olasılığın oranına göre tazminattan indirim yapılması, ancak davacı eşin evlenmesi gibi eylemli olarak bakım ihtiyacı

son bulmuşsa, destekten yoksun kalma tazminatı evlenme tarihine kadar hesaplanması gerekmektedir.

Somut olayda; eşi olan desteğin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı talep eden davacı eş ...'in yargılama devam ederken 16/12/2013 tarihinde evlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda eşi öldükten sonra yeniden evlenen davacı ...'in destek gereksinimi evlendiği tarihte sona ereceğinden, destekten yoksun kalma tazminatının yeniden evlendiği tarihe kadar hesaplanması gerekmektedir

O halde, ilk derece mahkemesince; davacı eş ... için yeniden evlenme tarihine kadar destek miktarının belirlenmesi gerekirken, desteğin (...'nin) bakiye ömrü dikkate alınarak eşine destek olacağına ilişkin tazminat hesabı yapan bilirkişi raporu doğrultusunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

İlk derece mahkemesi kararının, yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmiş olduğundan, işbu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararının da kaldırılmasına karar verilmiştir.

SONUÇ:

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı tarafın sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 373 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA**, aynı Kanun'un 371 inci maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 14/12/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

VEKALET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Dava konusu uyuşmazlık, vekalet ilişkisinden kaynaklı alacağın tahsili talebine ilişkindir. Vekalet ücretine dayanak Bingöl Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/814 E sayılı dava dosyasının incelenmesinde, davalı tarafından 22.03.2004 tarihli vekaletname ile davacı ve dava dışı avukatın birlikte vekil tayin edildiği, davanın davacı avukat tarafından açılarak takip edildiği, davacı avukatın duruşmaların çoğuna katıldığı anlaşılmış olup, eldeki davada davacı vekil talebini davalıya karşı ileri sürebilir.

Y. 3. HD. E. 2021/1229 K. 2021/12993 T. 14.12.2021

YARGITAY KARARI

Davacı, serbest avukatlık yaptığını, davalı tarafından Bingöl 2. Noterliği'nin 23/02/2004 tarihli vekaletnamesi ile yetkilendirildiğini, vekaletnameye istinaden 02/10/2007 tarihinde Bingöl Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/814 Esas sayılı dosyası ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescili davası açtığını, davanın halen derdest olduğunu, davalının 05/02/2015 tarihinde vekillikten haksız olarak azlettiğini, vekalet ücretinin ödenmediğini, davanın 2007 yılından itibaren devam ettiğini, yaklaşık 8 yıllık vekillik sürecinin olduğunu ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalarak 82.745,65 TL vekalet ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, dayanak dosyanın takibi için dava dışı Av. ... ile anlaştıklarını, davacının ise adı geçen avukatın yanında sigortalı olarak çalışan avukat olduğunu, ...'nun vekalete davacınınn adının da eklenmesini istediğini, bu şekilde davacıya vekalet vermiş olduğunu, asıl avukat olan Av. ...'nun Erzurum iline giderken yolda geçirdiği trafik kazası geçirdiğini, bu kazanının kendisine ait dava ile ilgili yolculuk sırasında geçekleştiğini iddia ederek kendisine karşı tazminat davası açtığını, tazminat davası açması üzerine Av. ...'nu azlettiğini, bunun sonucu olarak da davacıyı da azletmek duumunda kaldığını, savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece; Tüketici Mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin bozma ilamına uyularak davacının iç ilişkide diğer avukata karşı ileri sürmesi gereken talebini davalıya karşı ileri sürmesinin hakkaniyete uygun olma-

dığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu uyuşmazlık, vekalet ilişkisinden kaynaklı alacağın tahsili talebine ilişkindir. Vekalet ücretine dayanak Bingöl Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/814 E sayılı dava dosyasının incelenmesinde, davalı tarafından 22.03.2004 tarihli vekaletname ile davacı ve dava dışı avukatın birlikte vekil tayin edildiği, davanın davacı avukat tarafından açılarak takip edildiği, davacı avukatın duruşmaların çoğuna katıldığı anlaşılmış olup, eldeki davada davacı vekil talebini davalıya karşı ileri sürebilir.

O halde mahkemece, işin esasına girilerek yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nın 428 inci maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun Geçici Madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14/12/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

HALKA MAL OLMUŞ KİŞİ

ÖZET: Halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden devlet adamları, milletvekilleri, yüksek yargıçlar, ünlü sanatçı ve sporcular, diplomatlar, yazarlar gibi kişilerin tahammül edecekleri eleştiri sınırlarının diğer kişilere göre daha tahammüllü olacağı açıktır. Bu kişiler belirli olaylar nedeniyle toplumun ilgisini üzerlerine toplayan ve kendileri için halkın bilgi edinme ihtiyacının doğduğunun kabulü gerekir.

Y. 3. HD. E. 2012/4744 K. 2012/12413 T. 16.05.2022

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.Davacı vekili dava dilekçesinde; İnşaat Yüksek Mühendisi olduğunu ve uzun yıllardan beri de siyasetle ilgilendiğini ve halen ... ' de ... Milletvekili olarak bulunduğunu, aynı zamanda Çevre Komisyonu Başkanlığı yapan ve tüm kamuoyunca tanınan değerli bir şahsiyet olduğunu, kitaplarında ve makalelerinde yazılarında tarafsızlığı, demokrasiye bağlılığı ve demokrasi anlayışı ile ülkenin bütünlüğü ve üniter yapısını her zaman savunan bir kişi olduğunu, davaya konu hakaret içeren sözlerin yer aldığı 19 Kasım 2010 ... Gazetesi' nde yeni bir başka davaya konu, ... Gazetesinin asılsız haberine dayanılarak, gazeteciler tarafından ... Genel Başkanı Sayın ...' na, müvekkiline atfedilen sözlerle ilgili, görüşünün sorulması üzerine; davalının, davacıya atfen, " Kişilik Sorunu Var " şeklinde söz söylemek suretiyle hakaret edildiğini, müvekkilinin herhangi bir kişilik sorunu/bozukluğu bulunmadığını, müvekkilinin söylemediği sözlerden dolayı, ... Gazetesinin yaydığı haberin ertesinde, haberin, hakikati yansıtmadığı ve bu nedenle müvekkilinden özür dilediğini belirtir bir düzeltme yayınladığını, bir sonra da ... Gazetesinin aynı haber nedeniyle düzeltmeye yer verdiğini, bu gelişmelere rağmen davalının, sarf etmiş olduğu sözlerle ilgili bir düzeltme yapmadığı gibi, müvekkiline de şahsen ulaşıp durumu açıklamadığını, bu durumun da, davalının sözlerinin sadece, gazete haberlerine dayanarak sarf etmediği ve iyi niyetli olmadığına delalet teşkil ettiğini,davalının hakaret içerikli bu sözlerinin her yönü ile hukuka aykırı olduğunu, dava konusu sözlerin hakaret içer-

diğini belirterek, 5.000 TL manevi tazminatın, dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının beyan ettiği sözler nedeniyle, basın mensuplarınca müvekkiline soru sorulması üzerine, müvekkiline ait olduğu iddia edilen sözleri söylediğini, davacı tarafından söylendiği iddia edilen sözler nedeniyle, dava konusu ifadelerinin davacının sözlerinin karşılığı olup, hakaret içeren ve tazminatı gerektiren herhangi bir ifade olmadığı açıktır.Dava konusu edilen konuşmanın, hukuka uygun olmakla birlikte, aksi kabul edilecek olsa bile, talep edilen manevi tazminat miktarının fazla olduğunu, davacının kişilik haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların, haksız ve hukuki temelden yoksun olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.Mahkeme; "davacıya atfen, ... Gazetesinde ve ... Gazetesinde çıkan sözler üzerine, gazetecilerce, davalıya soru sorulması üzerine, davalının, "kişilik sorunu olanlara yanıt vermem doğru olmaz", demek suretiyle, davacıya söz söylediği, davalının gazetecilerce sorulan, soruların gerçek olup olmadığını veya söylenen sözlerin ne kadarının doğru olduğunu araştırıp sormadan, davacının kişilik sorunu olduğunu iddia ederek, hakaret ettiği, bu sözlerin kamuoyu önünde ve kamu görevi yapan Milletvekiline karşı bir başka Milletvekili tarafından söylenmiş olması, eleştiri sınırları içerisinde değerlendirilmediği" gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.Halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden devlet adamları, milletvekilleri, yüksek yargıçlar, ünlü sanatçı ve sporcular, diplomatlar, yazarlar gibi kişilerin tahammül edecekleri eleştiri sınırlarının diğer kişilere göre daha tahammülü olacağı açıktır. Bu kişiler belirli olaylar nedeniyle toplumun ilgisini üzerlerine toplayan ve kendileri için halkın bilgi edinme ihtiyacının doğduğunun kabulü gerekir.

Siyasetçinin fiil ve davranışları kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Ancak, korumanın getirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır.Davalı tarafından söylenen sözlerin amaç ve sonucu ile hakaret kastının varlığını oluşturacak nitelikte değil, siyasi üslup ile tenkit niteliğinde olduğunun belirlenmesine göre manevi tazminat tayin ve taktirinin gerekmediği vicdani kanaatinin hakim olduğu düşüncesi oluşmuştur.Dava, kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı, manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacının siyasi konuşma, basında yeralan davalının demecinin eleştiri sınırları içinde yer alması sebebiyle incelemenin Anayasanın Temel Hak

Ve Özgürlükler bölümünde yeralan ve gerekse Medeni Kanunun 24 ve 24/a maddesinde güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunmadığı yolunda değerlendirme yapılmıştır.Bu durumda, davalının yaptığı söz konusu konuşmanın tarafların sıfatı nazara alındığında konuşmanın bütünü itibariyle değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda karşı eleştiri niteliğindeki sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında düşünce açıklaması niteliği taşıdığı kişilik hakkına saldırı oluşturmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır. Şu durum karşısında, mahkemece davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirir.Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 16.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TALEPLE BAĞLILIK • KANUN YARARINA BOZMA

ÖZET: Davacı davada, tüketici hakem heyeti kararının iptali, hakkında başlatılan takip nedeniyle borçlu olmadığının tespiti ve hakkında başlatılan icra takibinde ödediği bedelin istirdatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece, 13.02.2020 tarihli ön inceleme duruşma tutanağında da uyuşmazlık tespitinde "eldeki davanın süresinde olup olmadığı, hak düşürücü sürenin bulunup bulunmadığı, bu suretle Eskişehir İl THHB'nin 15/04/2011 tarih 07/01 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olup olmadığı, iptalinin gerekip gerekmediği ile davacının istirdat isteminin yerinde olup olmadığına ilişkin olduğu" şeklinde belirlenmiştir. Bu durumda hakim taleple bağlı olup, davacının her bir talebi hakkında tek tek değerlendirme yapıp hüküm kurması gerekir.

Y. 3. HD. E. 2021/7051 K. 2021/12882 T. 13.12.2021

YARGITAY KARARI

Davacı, Eskişehir 1. İcra Müdürlüğü'nün 2011/13048 esas sayılı dosyası ile davalı tarafından hakkında icra takibi başlatıldığını, yasal süre içinde borca itiraz ettiğini, ancak davalı tarafça Eskişehir İl Tüketici Hakem Heyetine başvurularak itirazın kaldırılmasının talep edildiğini, hakem heyetince verilen 11/04/2011 tarih ve 07/01 sayılı karar ile itirazın kaldırılması talebinin reddine ve icra takibinin devamına şeklinde infazda tereddüt oluşturacak bir karar verildiğini, bu kararın kendisine tebliğ edilmediğini, karardan 15/11/2019 tarihinde haberdar olduğunu, kararın çelişkili ve infazının mümkün olmadığını, icra müdürlüğüne sunulan karar ile takibe devam edilerek cebri icra teHD.idi altında 5.091,82-TL ödediğini, icra dosyasının halen derdest olduğunu, icra dosyasının incelenmesinde takip konusu malların kendisine teslim edildiğine dair belge veya sözleşme olmadığını, davalı tarafından hazırlanan ve geçerliliği bulunmayan adi nitelikli belge ile icra takibi yapıldığını belirterek Eskişehir İl Tüketici Hakem Heyeti'nin 11/04/2011 tarih ve 07/01 karar sayılı kararınını iptali ile borçlu olmadığının tespitine, davalıya ödenen 5.091,82-TL'nin tahsil edildiği tarihlerden itibaren ayrı ayrı işleyecek avans faizi ile iadesi-

ne, %20 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece; tüketici hakem heyeti kararının 11/04/2011 tarihli olduğu, kararın tebliğine ilişkin belgelere davanın açıldığı tarih itibariyle ulaşılamadığı, karar doğrultusunda davacı aleyhine Eskişehir 5.İcra Müdürlüğünün 2011/13048 E. Sayılı dosyasında icra takibine devam edilip davacıdan 06/08/2018 tarihinden itibaren tahsilatların yapıldığı, davacının aynı zamanda icra dosyasına vekili tarafından 17/10/2019 tarihinde vekalet sunulduğu, aşamalarda da taleplerde bulunulduğu, heyet kararından haberdar olunan tarihin son olarak 17/10/2019 tarihi olduğu, eldeki davanın açıldığı 18/11/2019 tarihi itibariyle hak düşürücü süre içinde heyet kararına itirazda bulunulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve davacı tarafından karar istinaf edilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2020 tarihli ve 2020/1802 Esas ve 2020/1450 Karar sayılı ilamı ile TKHK'nın 70/5. maddesi uyarınca, tüketici hakem heyeti tarafından verilen kararlara karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesince verilen hüküm ve kararlar yasal olarak kesin nitelikte olduğundan HMK'nın 352. maddesi gereğince davacının istinaf dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığının 23/09/2021 tarihli yazısında; davacının talebinin anılan tüketici hakem heyeti kararının iptali, menfi tespit ve devam eden takip neticesinde ödenen bedelin istirdatı olduğu gözetilmeden sadece tüketici hakem heyeti kararının iptaline yönelik değerlendirme yapılarak karar verilmiş olması menfi tespit ve istirdat istemlerine yönelik herhangi bir inceleme ve değerlendirmede bulunulmamış olmasının usul ve yasaya aykırı bulunduğu ileri sürülerek; kararın, 6100 sayılı HMK'nın 363 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun yararına bozulması talep edilmiştir.

Dava, davalı tarafından hakkında başlatılan takip nedeniyle borçlu olmadığını tespiti, icra dosyasında tahsil edilen bedellerin istirdatı ve takibin devamına dair verilen tüketici hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, davacının her bir talebi hakkında değerlendirmede bulunup hüküm kurulup kurulmadığı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinde; hükümde, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerinin yer alacağı belirtildikten sonra, hükmün sonuç kısmında,

gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Davacı davada, tüketici hakem heyeti kararının iptali, hakkında başlatılan takip nedeniyle borçlu olmadığının tespiti ve hakkında başlatılan icra takibinde ödediği bedelin istirdatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece, 13.02.2020 tarihli ön inceleme duruşma tutanağında da uyuşmazlık tespitinde "eldeki davanın süresinde olup olmadığı, hak düşürücü sürenin bulunup bulunmadığı, bu suretle Eskişehir İl THHB'nin 15/04/2011 tarih 07/01 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olup olmadığı, iptalinin gerekip gerekmediği ile davacının istirdat isteminin yerinde olup olmadığına ilişkin olduğu" şeklinde belirlenmiştir. Bu durumda hakim taleple bağlı olup, davacının her bir talebi hakkında tek tek değerlendirme yapıp hüküm kurması gerekir. O halde mahkemece, davacının menfi tespit ve istirdat talepleri hakkında da inceleme yapılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yalnızca hakem heyeti kararına itirazı konusunda inceleme yapılarak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan, Adalet Bakanlığının bu yöne ilişen kanun yararına temyiz talebinin kabulü gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Adalet Bakanlığının HMK'nın 363 üncü maddesinin birinci fıkrasına dayalı kanun yararına temyiz talebinin kabulü ile kararın sonuca etkili olmamak üzere **KANUN YARARINA BOZULMASINA**, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca gereği yapılmak üzere bozma kararının bir örneğinin ve dava dosyasının Adalet Bakanlığına gönderilmesine, 13/12/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

İMAM NİKAHIYLA YAŞAMA
•
MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İmam nikahıyla yaşadığı kadına karşı fiziksel ve psikolojik şiddet uygulayan kişinin o kadına manevi tazminat ödemesi gerekir.

Y. 4. HD. E.2018/1905 K. 2020/1558 T. 03.06.2020

Davacı vekili; tarafların bir süre imam nikahı ile birlikte yaşadıklarını, bu süreçte davalının davacıya defalarca fiziksel ve psikolojik şiddet uyguladığını, darp neticesinde burnunun kırıldığını, başının zarar gördüğünü ve vücudunun büyük bir bölümünde ekimoz oluştuğunu, başına aldığı darbeler sonrasında unutkanlık yaşamaya başladığını, eylemlerin birinin yeğeni yanında olduğu halde gerçekleştiğini ve bu durum nedeni ile manevi olarak büyük bir üzüntü duyduğunu, davalının kasten yaralama eylemleri nedeni ile yargılanarak ceza aldığını, davalının kamuoyunda yankı uyandıran ... cinayetini hatırlatmak sureti ile kendisini teHD.it ettiğini, yaşadığı korku ve endişe nedeni ile kadın sığınma evinde kaldığını, bu süreçte aile ve arkadaşları ile görüşemediğini, bir işte çalışamadığını, her daim korku içinde yaşadığını belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili; davacı ile bir süre birlikte yaşadıklarını; ancak davacının hayasız hayat sürmesi nedeni ile ayrıldığını, davacıya şiddet uygulamadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; ceza dosyası kapsamı ve alınan bilirkişi raporu benimsenerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükme karşı, davacı vekili istinaf talebinde bulunmuştur.

Bölge adliye mahkemesince; davacı vekilinin sair istinaf taleplerinin reddine, vekalet ücretine yönelik istinaf başvurusunun kabulüne; ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmesine karar verilmiş; kararı davacı vekili ve davalı temyiz etmiştir.

Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi (Mülga 818 sayılı BK m.47) hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mal varlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22/06/1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Somut olayda; dava konusu olayın gelişimi, davacının yaralanma dereceleri, tarafların konumu, olay tarihi ve sürecin devam etmesi düşünüldüğünde, hüküm altına alınan manevi tazminat miktarı azdır. Bölge Adliye Mahkemesince, daha üst düzeyde manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; Davanın temyiz itirazlarının (1) numaralı bentle gösterilen nedenlerle reddine, davacının temyiz itirazlarının (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle kabulüne, temyiz edilen Bölge Adliye Mahkemesi kararının HMK 371. maddesi gereğince **BOZULMASINA** dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine ve davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 03/06/2020 gününde oy birliğiyle karar verildi.

EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUK • BABANIN GÖREVLERİ • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Evlenme vaadi ile birlikte yaşadığı kadından doğan çocuğunun babalığını kabul etmeyen çocuğunu babasız büyümesine sebebiyet veren ve çocuğa karşı babalıktan doğan görev ve sorumluluklarını yerine getirmeyen kişinin doğumdan itibaren ebeveynlik görev ve sorumluluğunu tek başına üstlenmek zorunda kalan anneye uygun bir manevi tazminat ödemesi gerekir.

Y. 4. HD. E 2019/1015 K. 2020/2839 T. 17.09.2020

Davacı ... tarafından, davalı ... aleyhine 28/02/2017 gününde adli yardım talepli olarak verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece adli yardım talebi kabul edilerek yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 21/06/2018 günlü karara karşı davacı tarafın istinaf başvurusu üzerine yapılan incelemede; istinaf başvurusunun esastan reddine dair verilen 24/12/2018 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve HMK 355. maddesindeki kamu düzenine aykırılık halleri resen gözetilmek üzere istinaf incelemesinin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı kuralına uygun biçimde inceleme yapılıp karar verilmiş ve verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiş olmasına göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava; haksız eylemden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, davacının maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiş; hükme karşı davacı tarafından istinaf talebinde bulunulmuştur. Bölge adliye mahkemesince davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı; davalı ile evlenmek amacıyla birlikte yaşamaya başladıklarını, ancak davalının evlenmeye yanaşmadığını, hamile iken davalının evi terk ettiğini, davalının çocuğunu tanımaması nedeniyle açılan babalığın tespiti davası sonucunda davalının müşterek çocuğun babası olduğunun tespit edildiğini, davalının babalığını kabul etmemesiyle müşterek çocuklarını tek başına büyütmek zorunda kaldığını belirterek maddi ve manevi zararının tazminini istemiştir.

Davalı, davacıya hiçbir zaman evlenme vaadinde bulunmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece; davacının, evli olduğunu bildiği halde davalıyla birlikte yaşamaya devam ettiğinin kabulü ile manevi tazminat davasının reddine, maddi olarak zarara uğradığını ispatlayamadığı gerekçesiyle maddi tazminat davasının reddine karar verilmiştir.

Hükme karşı davacı taraf istinaf talebinde bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi ilgili dairesince; davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamına göre; tarafların gayrı resmi birlikte yaşadıkları, bu birlikteliklerinden bir çocuklarının olduğu, davalının resmi nikâh yapmaya yanaşmadığı ve dava dışı bir kadınla evli olduğu, müşterek çocuğu ise mahkeme kararıyla tanıdığı hususları sabittir. Reşit olan davacının, resmi nikâh olmaksızın davalı ile rızası ile birlikte yaşadığı gözetildiğinde bu durumun, tek başına manevi zarar doğurduğu sonucuna ulaşılamaz. Ancak, davalının müşterek çocuğu benimsemeyip babasız büyümesine sebebiyet vermesi, davacının çocuğun doğumundan itibaren ebeveynlik görev ve sorumluluğunu tek başına üstlenmek zorunda kalması, davalının babalık sorumluluğundan kaçınması hususları göz önüne alındığında, davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın tümden reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden bölge adliye mahkemesi kararının kaldırılması ve ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının HMK 373/1. maddesi gereğince **KALDIRILMASINA** ve İlk Derece Mahkemesi kararının HMK 371. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, davacının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte gösterilen nedenlerle reddine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine 17/09/2020 gününde oy birliğiyle karar verildi

İMAM NİKAHI
•
DOĞAN ÇOCUĞA KARŞI YAPILACAK BABALIK GÖREVLERİ
•
MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İmam nikahıyla yaşadığı kadından olan çocuğuna karşı babalık görevlerini yerine getirmeyen ve çocuğun babasız büyümesine sebebiyet veren kişinin o çocuğa manevi tazminat ödemesi gerekir.

Y. 4. HD. E. 2020/3865 K. 2021/517 T. 08.02.2021

Dava, babalık görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince; maddi tazminat isteminin reddine, manevi tazminat isteminin kabulüne dair verilen hükme karşı davalı vekilinin istinaf incelemesi talebinde bulunulması üzerine, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; müvekkilinin davalı olan babası ile dava dışı annesinin imam nikahı ile yaşadıklarını, bu birliktelikten müvekkilinin doğduğunu, ancak davalının baba olarak görevlerini yerine getirmediğini, Balıkesir 1. Aile Mahkemesi'nin 2016/316 esas, 2017/717 sayılı kararı ile soybağının tespitine karar verildiğini, davalının mahkeme kararından sonra bile babalık görevlerini yerine getirmediğini, müvekkilinin yıllarca babasız büyüdüğünü ve psikolojisinin etkilendiğini belirterek maddi ve manevi zararının ödetilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; davacının dava dışı annesi tarafından saklandığını, müvekkilinin bir çocuğu olduğunu bilmediğini, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının verilen kesin süreye rağmen maddi zararına ilişkin olarak fatura ve benzeri belgeler sunmadığından maddi tazminat talebinin reddine, manevi tazminat talebinin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili; davacının, davalı babasını hiç ziyaret etmediğini, amacının para kazanmak olduğunu, hükmedilen manevi tazminat miktarının fahiş olduğunu, davanın reddi gerektiğini belirterek istinaf incelemesi ta-

lebinde bulunmuş, bölge adliye mahkemesince, işin esasına ilişkin olarak yerel mahkemece yapılan değerlendirmenin haklı ve yerinde olduğu, davalının, davacının babasız büyümesine göz yumduğu, bu durumun davacının manevi dünyasında olumsuz etkiler doğurduğu, manevi tazminata hükmedilmesinde yanlışlık olmadığı, ancak hükmedilen manevi tazminat miktarının fazla olduğu gerekçesi ile davalı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı vekili tarafından, davacının bütün hayatını babasız geçirdiği, davalının diğer çocuklarına şirketteki paylarını devrederek malvarlığını azalttığı, hükmedilen manevi tazminatın yeterli olmadığı gerekçesi ile temyiz incelemesi talebinde bulunulmuştur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 58. maddesi (818 sayılı BK'nın 49. maddesi) hükmüne göre kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimin hukuka ve hakkaniyete göre hüküm vereceği Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mal varlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Somut olayda; davaya konu olayın gelişimi, tarafların durumu, davalının eyleminin davacıda oluşturduğu ruhsal sarsıntı boyutu, olay tarihi ile yukarıda açıklanan ilkeler gözetildiğinde, davacı yararına takdir olunan manevi tazminat tutarı azdır. Daha üst düzeyde manevi tazminat takdir edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ:

Temyiz edilen Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi kararının HMK 371. maddesi gereğince yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 08/02/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

GÜVENCE HESABI

ÖZET: Güvence Hesabının rücu edebileceği tazminat tutarı, plakası ve sürücüsü belirlenemeyen araç sürücüsünün kusur oranına ve zarar görenlerin gerçek zararına göre belirlenir.

Y. 4. HD. E. 2021/14916 K. 2021/7381 T. 25/10/2021

Davacı vekili; plakası ve sürücüsü tespit edilemeyen aracın, davacının sevk ve idaresindeki motosikletle çarpışması sonucu 01/07/2017 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucunda, müvekkilinin yaralandığını ve malul kaldığını, maluliyeti nedeniyle tazminat ödenmesi için yapmış oldukları başvurunun sonuçsuz kaldığını beyanla, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak şimdilik 5.000,00 TL sürekli ve geçici işgöremezlik tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 02/09/2020 tarihli dilekçesi ile talebini 39.990,00 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili; başvurunun reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince;başvuru sahibinin, talebinin kabulü ile sürekli iş göremezlik tazminatı 38.990,90 TL, geçici iş göremezlik tazminatı 1.000,00 TL olmak üzere, taleple bağlı kalınarak, hasredilen toplam 39.990,00 TL'nin 18.09.2019 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte, aleyhine başvuru yapılan ...'ndan alınarak başvuru sahibine ödenmesine, karar verilmiş; karara karşı davalı vekili tarafından yapılan itiraz üzerine İtiraz Hakem Heyetince davalı vekilinin yaptığı itirazın reddine karar verilmiş; İtiraz Hakem Heyeti kararı davalı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kararın gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeni ile tazminat istemine ilişkindir.

HMK'nın 266. ve devamı maddeleri gereğince çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilir, hükmüne yer verilmiştir.

...'nın hangi hallerde sorumlu tutulduğu ve Hesaba hangi şartların gerçekleşmesi halinde dava yöneltilebileceği 5684 sayılı Sigortacılık Kanu-

nu'nun 14. maddesi ve ... Yönetmeliği'nin 9. maddesinde belirtilmiştir.

... Yönetmeliğinin 9/b maddesi uyarınca, rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar Güvence Hesabından talep edilebilir. Aynı yönetmeliğin "Rücû hakkının kullanılması" başlıklı 14. maddesinin 16.maddesi (a) bendi uyarınca da, hesaptan yapılan ödemeler nedeniyle, zorunlu sigortasını yaptırmayan kişilere veya zarardan sorumlu kişilere davacının rücu hakkı vardır. Güvence Hesabının rücu edebileceği tazminat tutarı, plakası ve sürücüsü belirlenemeyen araç sürücüsünün kusur oranına ve zarar görenlerin gerçek zararına göre belirlenir.

Somut olayda; Hakem Heyetince; kusur bilirkişi raporu alınmadan, plakası ve sürücüsü tespit edilemeyen araç sürücüsünün tam kusurlu olduğu kabul edilerek karar verilmiş ise de; yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir.

Bu durumda Hakem Heyetince, İTÜ öğretim üyeleri veya Karayolları Genel Müdürlüğü Fen Heyeti gibi kurumlardan seçilecek uzman bilirkişi kurulundan kusur dağılımına ilişkin, ayrıntılı, gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetli olmamıştır.

3-Her ne kadar İtiraz Hakem Heyetince; alınan ara karar ile kaza tarihinde yürürlükte bulunan Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun rapor alınması için süre verilmiş ve fakat itiraz eden davalı tarafın ek süre verilmesine muvafakat etmemesi nedeniyle bu durum MK 2 kapsamında korunamayacağından ara karardan rücu edilerek mevcut rapora göre karar verilmiş ise de yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir.

Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Maluliyete ilişkin alınacak raporlar 11/10/2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11/10/2008 tarihi ile 01/09/2013 ta-

rihleri arasında Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01/09/2013 tarihi ile 01/06/2015 tarihleri arasında sonrada Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01/06/2015 tarihi ile 20/02/2019 tarihleri arasında Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine, 20/02/2019 tarihinden sonrada Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Somut olayda, davacının maluliyet oranının belirlenmesi açısından düzenlenen ve Hakem Heyetince hükme esas alınan davacı tarafça sunulan ... Üniversitesi ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'ndan alınan 02/09/2019 tarihli Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre düzenlenen raporda başvuranın %6 oranında sürekli maluliyeti olduğu,geçici iş göremezlik süresinin 90 gün olduğu belirlenmiştir.

01/07/2017 kaza tarihi itibari ile Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, yürürlükte olup, hükme esas alınan ... Üniversitesi ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'ndan rapor kaza tarihinde yürürlükte olmayan tüzük ve yönetmeliğe göre rapor düzenlenmiştir.

İtiraz Hakem Heyetince; davacının maluliyet oranının tespiti için, Adli Tıp Kurumu'ndan veya üniversitelerin adli tıp anabilim dalı başkanlıklarından olay tarihinde yürürlükte olan Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun, yeni bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4-Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince; 39.990-TL tazminatın davalıdan tahsiline ve kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına tam ve nispi olarak 5.998,50TL vekalet ücreti hükmedilmiş, İtiraz Hakem Heyeti tarafından davalı vekilinin davacı yararına 1/5 oranında vekalet ücreti hükmedilmesine yönelik itirazlarının reddine karar verilmiştir.

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu 30/17 md. ve 19.01.2016 tarihli ve 29598 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6. maddesi ile Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinin 13. fıkrasına "(13) (EK. RG-19/1/2016-29598) tarafların avukat ile temsil edildiği

hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir." hükmü eklenmiştir.

Uyuşmazlık Hakem Heyetince verilen kararda davacı lehine hükmedilecek vekalet ücreti için Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16/13 maddesinin uygulanması gerektiği gözönüne alınarak AAÜT'nin 17. maddesi gereğince hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi,hesaplanan miktarın maktu ücretin altında kalması halinde maktu ücrete hükmedilmesi, İtiraz Hakem Heyetince davalı vekilinin bu hususa yönelik itirazlarının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE;** (2), (3) ve (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA**, 3.050,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalıya verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 25/10/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAZMİNAT HESABI • AGİ EKLENMESİ

ÖZET: Hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda; davacının asgari ücret düzeyinde gelir elde edileceği varsayılarak hesaplama yapılmış olup, bu hususta taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak;uyuşmazlığa konu trafik kazası,26/06/2016 tarihinde meydana gelmiş olup davacının kaza tarihine 3 yaşında olduğu anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda; kaza tarihinde 3 yaşında olan davacı için, kaza tarihinden gelire başlayacağı tarihe kadar kadar olan sürede AGİ dahil edilmemiş asgari ücret düzeyinde gelir elde edebileceği varsayılarak efor tazminatı hesabı yapılması gerektiği dikkate alınmadan davacının kaza tarihinden pasif dönem başlangıcına kadar AGİ dahil asgari ücretin neti kadar gelir elde ettiği kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Söz konusu zararın hesaplanması sırasında esas alınan asgari ücret, bir çalışmanın karşılığı değil ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığıdır. Hal böyle olunca da ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin, ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı davacı küçüğün uğradığı zararın hesaplanması sırasında dikkate alınamayacağı açıktır.

Y. 4. HD. E. 2021/4650 K. 2021/8344 T. 08.11.2021

Davacı vekili;davalı ... nezdinde ... poliçesi ile sigortalı bulunan, davacının içerisinde yolcu olarak bulunduğu aracın, 26/06/2016 tarihinde karıştığı tek taraflı trafik kazası sonucunda, müvekkilinin yaralandığını ve malul kaldığını, tazminat talebiyle sigorta şirketine yapmış oldukları başvurunun sonuçsuz kaldığını, beyanla fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak şimdilik 100,00 TL geçici ve sürekli iş göremezlik tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş,bilirkişi raporu doğrultusunda talebini yükseltmiştir.

Davalı vekili; başvurunun reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince; başvurunun kısmen kabulü ile 167.955,72 TL tutarındaki sürekli iş göremezlik tazminatının 26/04/2019 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ... Sigorta AŞ'den alınarak başvurana verilmesine,50,00 TL geçici iş göremezlik talebinin reddine, karar verilmiş; karara karşı davalı vekili tarafından yapılan itiraz üzerine İtiraz Hakem Heyetince;davalı ... vekilinin itirazlarının reddine karar verilmiş, itiraz hakem heyeti kararı davalı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kararın gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre,davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

İtiraz Hakem Heyetince hükme esas alınan aktüer bilirkişi Dr... tarafından düzenlenen 30/07/2019 tarihli bilirkişi raporunda; davacının TRH 2010 Erkek Tablosu'na göre muhtemel bakiye ömür süresi süresinin kaç yıl kabul edildiği belirtilmemiş, işleyecek aktif dönem ile işleyecek pasif dönem başlangıç ve bitiş tarihleri açık bir şekilde yazılmamış olup bu yönüyle rapor denetime elverişli değildir.

Bu durumda;davacının bakiye ömür süresi belirlenerek, işleyecek aktif ve pasif dönem başlangıç bitiş tarihleri ve süreleri gösterilmek suretiyle denetime elverişli daha önce rapor düzenleyen bilirkişiden ek rapor alınıp, oluşacak sonuca göre hükmü temyiz eden davalı lehine oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınarak (bilinmeyen dönem için 2019 verileri dikkate alınarak) karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-İş göremezlik zararının hesabında, davacının gelirinin doğru biçimde belirlenmesi, tazminatın doğru tespitinde önemli bir yer tutmaktadır. Çalışma hayatının aktif çalışma dönemi ve emeklilik dönemi olan pasif devre olarak ayrılması ve pasif devrede zararın asgari geçim indirimsiz asgari ücret düzeyinde bir zarar olacağının kabulünün gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatlarındandır.

Hükme esas alınan 30/07/2019 tarihli aktüerya bilirkişi raporunda; davacının asgari ücret düzeyinde gelir elde edileceği varsayılarak hesaplama yapılmış olup, bu hususta taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Ancak;uyuşmazlığa konu trafik kazası,26/06/2016 tarihinde meydana gelmiş olup davacının kaza tarihine 3 yaşında olduğu anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda; kaza tarihinde 3 yaşında olan davacı için, kaza tarihinden gelire başlayacağı tarihe kadar kadar olan sürede AGİ dahil edilmemiş asgari ücret düzeyinde gelir elde edebileceği varsayılarak efor tazminatı hesabı yapılması gerektiği dikkate alınmadan davacının kaza tarihinden pasif dönem başlangıcına kadar AGİ dahil asgari ücretin neti kadar gelir elde ettiği kabul edilerek hesaplama yapılmıştır.

Söz konusu zararın hesaplanması sırasında esas alınan asgari ücret, bir çalışmanın karşılığı değil ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığıdır. Hal böyle olunca da ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin, ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı davacı küçüğün uğradığı zararın hesaplanması sırasında dikkate alınamayacağı açıktır.

Bu durumda, İtiraz Hakem Heyetince,temyiz edenin sıfatına göre, davacı tarafından kararın temyiz edilmediği de dikkate alınarak, usuli kazanılmış haklar gözetilerek, (bilinmeyen dönem için 2019 verileri dikkate alınarak) davacının kaza tarihinden gelire başlayacağı tarihe kadar kadar olan sürede AGİ dahil edilmemiş asgari ücret düzeyinde gelir elde edebileceği kabul edilerek tazminat hesabının yapılması için, rapor düzenleyen bilirkişiden ek rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi .gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4-Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince; 167.955,72-TL tazminatın davalıdan tahsiline ve kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına tam ve nispi olarak 16.027,34 TL vekalet ücreti hükmedilmiş, İtiraz Hakem Heyeti tarafından davalı vekilinin, davacı yararına 1/5 oranında vekalet ücreti hükmedilmesine yönelik itirazlarının reddine karar verilmiştir.

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu 30/17 md. ve 19.01.2016 tarihli ve 29598 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6. maddesi ile Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinin 13. fıkrasına "(13) (EK. RG-19/1/2016-29598) tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir." hükmü eklenmiştir.

Uyuşmazlık Hakem Heyetince verilen kararda davacı lehine hükmedilecek vekalet ücreti için Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16/13 maddesinin uygulanması gerektiği gözönüne alınarak AAÜT'nin 17. maddesi gereğince hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi,hesaplanan miktarın maktu ücretin altında kalması halinde maktu ücrete hükmedilmesi, İtiraz hakem heyetince davalı tarafın bu yöndeki itirazlarının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**; (2), (3) ve (4) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 08/11/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BAKİYE ÖMÜR HESABI • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: İtiraz Hakem Heyetince hükme esas alınan aktüer bilirkişi tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda; davacının TRH 2010 Erkek Tablosu'na göre muhtemel bakiye ömür süresi süresinin kaç yıl olduğu belirlenmeden devre başı ödemeli hayat rantı formülü kullanılarak yaşam tablosu sonuna kadar yaşama ihtimali olduğu kabul edilerek hesap yapılmış; işleyecek aktif dönem ile işleyecek pasif dönem başlangıç ve bitiş tarihleri açık bir şekilde yazılmamış olup bu yönüyle rapor denetime elverişli değildir. 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu 30/17 md. ve 19.01.2016 tarihli ve 29598 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6. maddesi ile Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinin 13. fıkrasına "(13) (EK. RG-19/1/2016-29598) tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde

yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir." hükmü eklenmiştir.

Y. 4. HD. E. 2021/4653 K. 2021/8348 T. 08.11.2021

Davacı vekili;davalı ... nezdinde ... poliçesi ile sigortalı bulunan aracın, davacının sevk ve idaresindeki araçla çarpışması neticesinde 30/04/2018 tarihinde meydana gelen trafik kazasında , müvekkilinin yaralandığını ve malul kaldığını,sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin gerçek zararı karşılamaktan uzak olduğunu,bakiye tazminat talebiyle sigorta şirketine yapmış oldukları başvurunun sonuçsuz kaldığını , beyanla fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak şimdilik 5.100,00 TL geçici ve sürekli iş göremezlik tazminatı ile geçici bakıcı gideri tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş,bilirkişi raporu doğrultusunda talebini yükseltmiştir.

Davalı vekili; başvurunun reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince; başvuranın(davacının) talebinin kabulü ile 191.977,05 TL bakiye sürekli iş göremezlik tazminatı ile 14,450,00 TL geçici iş göremezlik tazminatı ve 2.350,00 TL bakıcı gideri tazminatı olmak üzere toplam 208.777,05 TL tazminatın 18.12.2018 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ... Sigorta A.Ş.'nden alınarak başvurana verilmesine, karar verilmiş; karara karşı davalı vekili tarafından yapılan itiraz üzerine İtiraz Hakem Heyetince;davalı ... vekilinin itirazlarının reddine karar verilmiş, itiraz hakem heyeti kararı davalı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kararın gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre,davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

İtiraz Hakem Heyetince hükme esas alınan aktüer bilirkişi ... tarafından düzenlenen 17/06/2019 tarihli bilirkişi raporunda; davacının TRH 2010 Erkek Tablosu'na göre muhtemel bakiye ömür süresi süresinin kaç yıl olduğu belirlenmeden devre başı ödemeli hayat rantı formülü kullanılarak yaşam tablosu sonuna kadar yaşama ihtimali olduğu kabul edilerek hesap yapılmış; işleyecek aktif dönem ile işleyecek pasif dönem başlangıç

ve bitiş tarihleri açık bir şekilde yazılmamış olup bu yönüyle rapor denetime elverişli değildir.

Bu durumda;davacının TRH 2010 Erkek Tablosu'na bakiye ömür süresi belirlenerek, işleyecek aktif ve pasif dönem başlangıç bitiş tarihleri ve süreleri gösterilmek suretiyle, belirlenen muhtemel ömür sonuna kadar hesap yapılan denetime el verişli daha önce rapor düzenleyen bilirkişiden ek rapor alınıp, oluşacak sonuca göre hükmü temyiz eden davalı lehine oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınarak(2019 verileri kullanılarak) karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince;208.777,05-TL tazminatın davalıdan tahsiline ve kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına tam ve nispi olarak 18.476,62 TL vekalet ücreti hükmedilmiş,İtiraz Hakem Heyeti tarafından davalı vekilinin,davacı yararına 1/5 oranında vekalet ücreti hükmedilmesine yönelik itirazlarının reddine karar verilmiştir.

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu 30/17 md. ve 19.01.2016 tarihli ve 29598 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6. maddesi ile Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinin 13. fıkrasına "(13) (EK. RG-19/1/2016-29598) tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir." hükmü eklenmiştir.

Uyuşmazlık Hakem Heyetince verilen kararda davacı lehine hükmedilecek vekalet ücreti için Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16/13 maddesinin uygulanması gerektiği gözönüne alınarak AAÜT'nin 17. maddesi gereğince hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi,hesaplanan miktarın maktu ücretin altında kalması halinde maktu ücrete hükmedilmesi, İtiraz hakem heyetince davalı tarafın bu yöndeki itirazlarının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; (2) ve (3) bentlerde açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 08/11/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi

TRAFİK KAZASI • FAHİŞ FARK

ÖZET: Taraf iddia ve savunmalarına göre, davacı tarafın, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/2. maddesindeki yetersizlik iddiasında bulunduğu gözetilmek suretiyle tazminat hesabının yapılması gerektiği açıktır. Zarar sorumlusu davalı tarafından ödenen bedellerin ödeme tarihi itibariyle yeterli olup olmadığının belirlenmesi için; öncelikle, ödeme tarihindeki verilere göre tazminat hesabının yapılması ve hesaplanan bu bedel ile davalı tarafından ödenen bedel arasında fahiş fark olup olmadığının saptanması; fahiş fark tespitinin yapılması halinde, hesap tarihindeki verilere göre hesaplanacak tazminattan, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, davadan önce davalının ödediği bedellerin yasal faiziyle güncellenmiş değerleri düşülerek tazminatın belirlenmesi gerekir.

Y. 4. HD. E. 2021/3504 T. 2021/6250 T. 06/10/2021

Davacı vekili;11.12.2015 tarihinde davalı ... Sigortaya ... ile sigortalı ...plakalı araç, plakası ve sürücüsü bilinmeyen çekici ile davacının sürücüsü olduğu ... plakalı araç arasında gerçekleşen kazada davacının yaralandığını belirterek şimdilik sürekli iş göremezlik, geçici iş göremezlik, bakıcı ve tedavi gideri için 42.000.-TL avans faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Bedel arttırım dilekçesi ile 91.009-TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili; başvurunun reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyeti'nce, başvurunun kısmen kabulüne ile sürekli iş göremezlik için 16.691,00-TL, geçici iş göremezlik için 11.709,00.-TL olmak üzere toplam 28.400.-TLsının 29.04.2016 tarihinden itibaren işleyecek yasal davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiş, davacı vekili ve davalılar vekilinin karara itiraz etmiştir.

İtiraz Hakem Heyetince davalı ... Hesabının itirazının reddine, davalı ... sigorta A.Ş.'nin temerrüt tarihine ilişkin itirazının kabulüne, davacı ve-

kilinin itirazının kabulü ile; başvurunun kısmen kabulü ile sürekli iş göremezlik için 16.691,00 TL, geçici iş göremezlik için 11.709,00 TL,Protez bedeli için 38.300,00 TL olmak üzere toplam 66.700,00 TL'sı tazminatın 17.06.2016 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine dair kararına karşı davalılar vekili tarafından temyiz yoluna başvurulmuştur.

1-Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeni ile maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı ... Sigorta A.Ş'nin kusura ilişkin itirazı,

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. maddesinde, "işletenlerin, bu kanunun 85/1. maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur" aynı Yasa'nın 85/1. maddesinde, "bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yararlanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, araç işletenin bu zarardan sorumlu olacağı", aynı Yasa'nın 85/son maddesinde ise, "işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur" hükümlerine yer verilmiştir.

Haksız fiilden dolayı sorumlu olabilmek için kusurun bulunması şarttır.

Kaza tespit tutanağında plakası tespit edilemeyen araç sürücüsü asli ve ... Sigorta A.Ş.'ye ... ile sigortalı ...plakalı araç sürücüsü tali kusurlu bulunmuştur. ... Bölge Adliye Mahkemesi 9.Hukuk Dairesi'nde alınan 18.03.2019 tarihli raporda plakası belli olmayan tır sürücüsü %100 kusurlu ve ...plakalı araç sürücüsü kusursuz bulunmuştur. Yine aynı mahkemede ... Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesinden alınan 13.11.2019 tarihli raporda tır sürücüsünün %100 kusurlu olduğu,...plakalı araç sürücüsünün kusursuz olduğu belirlenmiştir

Beykoz 4 Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/459 Esas sayılı dosyasından alınan 25.02.2017 tarihli ilk raporda; plakası belli olmayan tır sürücüsü asli kusurlu ve ...plakalı araç sürücüsü tali kusurlu bulunmuştur. Mahkemece ... Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesinden 13.10 .2017 tarihinde alınan raporda ise plakası belli olmayan tır sürücüsü asli ve tam kusurlu bulunmuş,...araç sürücüsü ile kusurlu bulunmamıştır.

Kusur oranına göre belirlenen miktardan sorumlu olacağı ilkesi gereğince ...plakalı aracın kusuru olmadığı gözetilerek kara verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Davaya konu trafik kazasında plakası tespit edilemeyen aracın olaya sebebiyet vermesi sebebiyle ... aleyhine dava açılmıştır.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14/I. maddesinde, bu Kanunun 13. maddesi, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 10.07.2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile iHD.as edilen zorunlu sorumluluk sigortaları ile bu Kanunla mülga 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde iHD.as edilmiş olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak belli koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabının oluşturulacağı hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin II-a ve b bendinde ise, sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar ile rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için Güvence Hesabına başvurulabileceği belirtilmiştir.

Yukarıda açıklamalara göre trafik kazası neticesinde yaralanan ilgililerin, diğer şartların da bulunması halinde teminat miktarı ile sınırlı olarak zararlarının karşılanmasını Güvence Hesabından isteyebileceği, 5684 sayılı Yasa'nın 14/I. maddesi uyarınca da yasadaki emredici düzenleme doğrultusunda, Güvence Hesabının Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasının (...)yerine geçtiği, diğer bir deyişle ...'nin sorumluluğunu üstlendiği anlaşılmaktadır.

Dosya içerisinde yer alan bir kısım soruşturma evraklarında kazaya karışan ve tam kusurlu olduğu tespit tırın plakasının ... olduğu bilgisi yer almaktadır.

Öncelikle soruşturma dosyasında kazaya karışan aracın ... plakalı araç hakkında araştırma yapılması, kazaya sebep olan aracın tespit edilmesi, ardından kaza tarihini kapsar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasının poliçesi bulunup bulunmadığının Sigorta Bilgi Gözetim Merkezi Müdürlüğü'nden sorulup tespit edilmesi; verilen bilgiye göre ilgili sigorta şirketinden poliçe örneğinin getirtilerek aracın zorunlu trafik sigortasının bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra güvence hesabının sorumluluğu değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Kabule göre, davalı ... Hesabının ödemeye ilişkin itirazları,

Davacı tarafından yapılan müracaat neticesinde davalı ... tarafından 216.819 TL işgöremezlik tazminatı dava açılmadan önce 12.05.2016 tarihinde davacıya ödenmiştir.

Hükme esas alınan 04.10.2016 günlü aktüer raporunda sigorta şirketince yapılan ödemenin güncellenmiş hali ile mahsubu sonucu davacının zararının Sürekli işgöremezlik için 16.691,00 TL ve geçici iş göremezlik için 11.709,00 TL olduğu belirlenmiştir.Davacı taraf, davadan önce davalı tarafından ödenen 216.819 TL'nin gerçek zararın altında olduğunu iddia ederek tazminat talebinde bulunmuş; davalı ise, davadan önce yapılan ödemenin yeterli olduğu savunmasında bulunmuştur. Taraf iddia ve savunmalarına göre, davacı tarafın, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/2. maddesindeki yetersizlik iddiasında bulunduğu gözetilmek suretiyle tazminat hesabının yapılması gerektiği açıktır. Zarar sorumlusu davalı tarafından ödenen bedellerin ödeme tarihi itibariyle yeterli olup olmadığının belirlenmesi için; öncelikle, ödeme tarihindeki verilere göre tazminat hesabının yapılması ve hesaplanan bu bedel ile davalı tarafından ödenen bedel arasında fahiş fark olup olmadığının saptanması; fahiş fark tespitinin yapılması halinde, hesap tarihindeki verilere göre hesaplanacak tazminattan, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, davadan önce davalının ödediği bedellerin yasal faiziyle güncellenmiş değerleri düşülerek sonuç tazminatın belirlenmesi gerekir.

Hakem heyetinin hükme esas aldığı bilirkişi raporunda, anılan biçimde herhangi bir hesaplama yapılmamış; sadece, hesap tarihindeki verilere göre hesaplanan bedelden, davalı ödemelerinin güncel değerlerinin düşülmesiyle yetinilmiştir. Rapor bu yönden hükme esas almaya elverişli olmadığından, bu rapora göre karar verilmesi doğru görülmemiştir.

4-Bozma sebep ve şekline göre davalılar vekillerinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ:

Yukarıda (1, 2 ve 3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA**, (4) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine 06/10/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MALULİYET RAPORU

ÖZET: Somut olayda, 30.05.2016 olan kaza tarihi itibari ile Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik yürürlükte olup, kaza tarihinde yürürlükte olmayan yönetmeliğe göre rapor düzenlenmiştir. Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde üniversitelerin adli tıp anabilim dalı başkanlıklarından usulüne uygun, denetime ve hüküm kurmaya elverişli olacak şekilde davacının maluliyet derecesi ve oranının belirlenmesi amacıyla, yeni bir rapor alınıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.

Y. 4. HD. E. 2021/5545 K. 2021/6859 T. 14.10.2021

Davacı vekili, kaza tarihi itibariyle sigortasız olan çekicinin trafi

kte önünde seyreden davacının da içinde bulunduğu araca arkadan çarpması şeklinde gerçekleşen zincirleme kazada davacının yararalandığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 1.000,00 TL sürekli iş görmezlik zararı, 1.000,00 TL geçici iş görmezlik zararı, 1.000,00 TL geçici bakıcı gideri zararı olmak üzere toplam 3.000,00 TL nin kaza tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, başvurunun reddini savunmuştur.

Sigorta Uyuşmalık Hakem Heyeti tarafından, başvurunun kısmen kabulü ile 252.525,55 TL tazminatın davalı ... şirketinden alınarak başvuru sahibine verilmesine, karar verilmiş; karara davalı vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Sigorta İtiraz Hakem Heyeti tarafından, itirazların reddine dair verilen karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, İtiraz Hakem Heyeti kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle tazminat istemine ilişkindir.

Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Maluliyete ilişkin alınacak raporların 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine, 01.09.2013 tarihinden sonra Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine, 01.06.2015 tarihinden sonra da Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Hakem Heyetince hükme esas alınan Kocaeli Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi Engelli Sağlık Kurulu tarafından hazırlandığı anlaşılan 14.12.2017 tarihli rapora göre başvuranın özür oranının %32 oranında olduğu bildirilmiştir. Ne var ki, anılan bu raporun engelli sağlık kurulu raporu olduğu ve özür oranı belirlendiği anlaşılmıştır.

Somut olayda, 30.05.2016 olan kaza tarihi itibari ile Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik yürürlükte olup, kaza tarihinde yürürlükte olmayan yönetmeliğe göre rapor düzenlenmiştir. Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde üniversitelerin adli tıp anabilim dalı başkanlıklarından usulüne uygun, denetime ve hüküm kurmaya elverişli olacak şekilde davacının maluliyet derecesi ve oranının belirlenmesi amacıyla, yeni bir rapor alınıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti tarafından, davacı lehine 8.399,43 TL vekalet ücretine hükmedilmiştir. 21.12.2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan AAÜT'nin Tahkimde ve Sigorta Tahkim Komisyonunda Ücret madde 17'ye göre "Sigorta Tahkim Komisyonları, vekalet ücretine hükmederken, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bö-

lümünde asliye mahkemeleri için öngörülen ücretin altında kalmamak kaydıyla bu Tarifenin üçüncü kısmına göre avukatlık ücretine hükmeder. Ancak talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine bu Tarifeye göre hesaplanan ücretin beşte birine hükmedilir. Konusu para ile ölçülemeyen işlerde, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen maktu ücrete hükmedilir. Ancak talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine öngörülen maktu ücretin beşte birine hükmedilir. Sigorta Tahkim Komisyonlarınca hükmedilen vekalet ücreti, kabul veya reddedilen miktarı geçemez." hükmüne göre Sigorta Tahkim Komisyonuna intikal eden hakem dosyalarında taraflar bakımından uygulanacak vekalet ücreti tarifesi belirlenmiştir. Ayrıca 19.01.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 29598 sayılı Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6/son maddesine göre, takdir edilmesi gereken vekalet ücreti AAÜT'ye göre Asliye Mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'idir.

Açıklanan nedenlerle; Uyuşmazlık Hakem Heyetince davacı lehine hükmedilecek vekalet ücretine ilişkin olarak Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16/13 maddesinin uygulanması gerektiği gözönüne alınarak AAÜT'nin 13. maddesi ve AAÜT'nin 17. maddesi gereğince, maktu vekalet ücretinin altında kalmamak kaydıyla, hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, fazla vekalet ücretine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) ve (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 14/10/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

BORÇ İKRARI
•
ZAMANAŞIMI

ÖZET: Borçlunun borç ikrarı niteliğindeki beyanı ile zamanaşımı kesilir ve yeniden işlemeye başlar.

Y. 5. HD. E 2020/8709 K. 2021/9018 T. 17.06.2021

Dava, tapu kaydının mahkeme kararı ile iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın 4721 sayılı TMK'nın 1007. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın kabulü ile 35.965,80 TL'nin 12/10/2001 gününden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alı-narak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı Hazine vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, ... ili, ... İlçesi, ... Mahallesi, 578 parsel sayılı, 2.900 m^2 yüzöl-çümlü, tarla vasıflı taşınmazın 1973 yılında yapılan tapulama sebebi ile Hazine adına tespit ve tescil edildiği, davacının taşınmazı 04/08/1998 tarihinde satın aldığı, Hazine tarafından açılan tapu iptali ve tescil davası sonucunda ... 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1995/115 esas, 2000/467 karar sayılı ilamıyla taşınmazın tamamının tapu kaydının iptali ile orman vasfıyla Hazine adına tesciline karar verildiği, kararın temyiz incelemesinden geçerek 12/10/2001 tari-hinde kesinleştiği, davalı Hazinenin borç ikrarı niteliğinde bulunan ve zamanaşımı süresi içeri-sinde davacıya yöneltmiş olduğu 03/12/2008 ve 25/07/2013 tarihli yazıları ile Borçlar Kanunu-nun 154 ve devamı maddelerince zamanaşımının kesilerek yeniden başladığı, eldeki davanın 18/07/2014 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere, kararın dayandığı gerekçelere göre, tapu kaydı mahke-me kararı ile iptal edilen arsa niteliğindeki ... ili, ... İlçesi,... Mahallesi, 578 parsel sayılı taşın-maza emsal karşılaştırması yapılarak tazminata hükmolunmasında bir isabetsizlik görülmemiş-tir.

Davalı Hazine vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından usul ve yasaya uygun hükmün **ONANMASINA**, davalı Hazine harçtan muaf olduğundan harç alınmamasına, 17/06/2021 gü-nünde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MALİKLERİ TOPLANTISI
•
İPTAL SEBEPLERİ

ÖZET: Kendisine usulüne uygun çağrı belgesi tebliğ edilmemiş olmasına karşın toplantıya katılmış olan kat malikinin tebliğ usulsüzlüğünden söz ederek toplantının iptalini isteyemeyeceğiyerleşik Yargıtay uygulamasıdır. Toplantıdaki kararlara muhalif kalan kat malikinin iptal sebebi olarak göstermediği nedene dayanarak da iptal davası açması mümkün değildir.

Y. 5. HD. E. 2021/1469 K. 2021/13201 T.16.11.2021

Dava dilekçesinde, 08/01/2014 tarihinde... Park Blokları Kat Malikleri olağan genel kurul top-lantısında alınan ve hukuka aykırı görülerek red oyu kullanılan 7-8-9-10-11-12-13 ve 16. maddelerini içeren genel kurul maddelerinin iptali istenilmiştir.

Mahkemece 2014/138 Esas 2015/383 Karar sayılı kararı ile davanın kabulü ile 18/01/2014 tarihli toplanıtının iptaline karar verildiği, hükmün bir kısım davalılar vekilince temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2017/2006 Esas 2017/5865 Karar sayılı 28/06/2017 tarihli ilamında özetle; "HMK'nın 26 maddesinde, hakimin davacının talebi ile bağlı olduğu bu talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceği hükme bağlandığı davacı vekilinin dava dilekçesinde 08/01/2014 tarihli toplantıda alınan 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 16. maddelerinin iptalini istediği mahkemenin ise davacının talebini aşar şekilde toplantıyı iptal ettiği anlaşılmaktadır.Toplantı usulsüz dahi olsa davacı sadece ayrı ayrı kararların iptalini istediğinden toplantının iptaline karar verilmesi doğru görülmediğinden "hükmün bozulmasına karar verildiği anlaşılmıştır. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde davanın kabulü ile 18/01/2014 tarihli... Park Blokları Kat Malikleri olağan genel kurul toplantısında alınan 7,8,9,10,11,12,13 ve 16 nolu maddelerine ilişkin kararların iptaline, karar verilmiş; hüküm, bir kısım davalılar vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; her ne kadar, mahkemece iki toplantı arasında yasal 7 günlük süre olmadığından bahisle kararların iptaline karar verilmiş ise de;

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 29 – "Kat malikleri kurulu, yılda bir defadan az olma-mak üzere yönetim planında gösterilen zamanlarda, eğer böyle bir zaman gösterilmemişse, her takvim yılının ilk ayı içinde toplanır. (Ek cümle. 14/11/2007-5711/14 md.) Toplu yapılarda ise kurullar, en geç iki yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim plânlarında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, ikinci takvim yılının ilk ayı içinde toplanır. Önemli bir sebebin çıkması halinde, yöneticinin veya denetçinin veya kat maliklerinden üçte birinin istemi üzerine ve toplantı için istenilen tarihten en az onbeş gün önce bütün kat malik-lerine imzalattırılacak bir çağrı veya bir taahhütlü mektupla, toplantı sebebi de bildirilmek şar-tiyle, kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir. İlk çağrı yapılırken, birinci toplantıda, yeter sayının sağlanamaması halinde, ikinci toplantının nerede ve hangi tarihte yapılacağı da belirti-lir. (Ek cümle. 14/11/2007-5711/14 md.) İlk toplantı ile ikinci toplantı arasında bırakılacak za-man yedi günden az olamaz." demektedir. Madde metninde geçen toplantılardan önce 15 gün evvel çağrı yapılması ve her iki toplantı arasında 7 gün bulunması zorunluluğu kat maliklerinin yasal hakları olan Kat Malikleri Kurulu toplantısına katılmalarını kolaylaştırmak ve bunu sağla-mak için getirilmiş düzenlemelerdir. Yargıtayın yerleşmiş uygulamalarına göre; davacıya usu-lüne uygun toplantı çağrı belgesi tebliğ edilmemiş olsa bile toplantıya katılmış olması nedeniyle bu usulsüzlükten söz edilerek toplantının iptalini isteyemeyeceği kabul edilmiştir. Somut olayda davacı iptalini istediği 08-01-2014 tarihli toplantıya katılmış ve kararlara muhalif kalarak imza atmıştır.Dolayısı ile davacının da iptal sebebi olarak göstermediği halde iki toplantı arasında 7 günlük süre bırakılmadığı gerekçesiyle alınan kararların iptaline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. O halde mahkemece iptali istenilen kat malikleri kurulu kararlarının ayrı ayrı değer-lendirilmek sureti ile 634 sayılı kat mülkiyeti kanunu uyarınca özel nisap gerektirip gerektir-mediği, gerektiriyor ise bu nisapların sağlanıp sağlanmadığının tespiti ile alınan her bir karar açısından değerlendirme yapmak sureti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmek-tedir. Aksi düşünce ile eksik araştırma ve inceleme neticesinde yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesi bu nedenle doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu ne-denlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bir kısım davalılardan peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, temyiz eden davalı... Park Konutları ya-rarına yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 3.050,00-TL. vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine, 16/11/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MALİKİ KURULU KARARLARI
•
ÇOĞUNLUK TESPİTİ• HAK DÜŞÜMÜ SÜRELERİ

ÖZET: Kat malikleri kurulu kararlarının iptalinde yasanın aradığı çoğunluğun var olup olmadığı araştırılırken tapu kayıtları getirilerek inceleme yapılmalıdır. Kat Maliki kurulu kararlarının iptalide yasanın belirlediği hak düşümü süreleri de dikkate alınmalıdır.

Y. 5. HD. E 2020/7738 K. 2021/2006 T. 23.02.2021

Dava dilekçesinde, davacı şirketin dava konusu sitede bağımsız bölüm maliki olduğunu, bu sitede 23/01/2011 günü kat malikleri kurulu toplantısı yapıldığını bir başka dava dosyası nede-niyle öğrendiklerini, bu toplantıya kat maliklerinin usulüne uygun olarak davet edilmediklerini belirterek, yoklukla malül olduğunu düşündükleri toplantıda alınan kararların tamamının iptali-ne karar verilmesi istenilmiştir.

Mahkemece davacı tarafından açılan 23/01/2011 tarihli genel kurulda alınan kararların yokluk-la malul olduğunun tespiti ve iptali davasının kısmen kabul ve kısmen reddi ile ... ..., ... ada, ..., ... ada ... ve ..., ... ada ..., ... ada ... ve ... ada ..., parsel sayılı taşınmazlara ilişkin kat malikleri kurulu toplantısı sonucu alınan 23/01/2011 tarihli genel kurul kararlarının 6 ve 7. maddelerinin yoklukla malul olduğu ile bu maddelerin baştan itibaren hükümsüz olduğunun tespitine, davacı tarafın 23/01/2011 tarihli genel kurulda alınan kararların tümden iptali talebi-nin ise hak düşürücü süre nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyada ki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; davacı tarafça iptali istenilen toplantının olağan kat malikleri kurulu toplantısı olup davacı tarafça 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunun 33. maddesinde öngörülen 1 ve 6 aylık hak düşürücü süreler geçtikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Kat mülkiyeti Kanununun 33.maddesi "Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde ana gayrimen-kulün bulunduğu yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesine

iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz." hükmünü içermektedir. İlgili madde gereği İptali istenilen kararlara ilişkin yalnızca yok ve mutlak butlanla hükümsüz sayılabilecek kararların iptaline karar verilebilecektir. O halde; mahkemece iptaline karar verilen 6. maddenin yönetim planı değişikliğine yönelik olup, bir kısım ortak alan düzenlemeleri bulunduğu anlaşıldığından, yasanın yönetim planı değişikliği için aradığı 4/5 çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığı hususunun siteye ait tüm kat maliklerini içerir tapu kaydı dosya içine alınmak sureti ile kanunun aradığı nisapla alınmadı ise iptaline karar verilmesi gerekirken, toplantıya katılanların 4/5 inin hesaplandığı uzman bilirkişi raporuna itibar edilerek iptaline karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece iptaline karar verilen 7. maddenin ise yönetim ve denetim kurulunun görevlerine 2012 yılı ocak ayına kadar devam etmesini öngördüğünden, bu maddeye ilişkin iptal talebinin 1 ve 6 aylık hak düşürücü sürelerin geçtikten sonra yapıldığı gözetilerek reddine karar veril-mesi gerekirken aksi düşünce ile yazılı olduğu şekilde bu maddenin de iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla; yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğunun kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 23/02/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ
•
İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kural olarak ispat yükü iddia ettiği bakıdan kendi lehine hak elde edecek olan tarafa aittir kira sözleşmesinin varlığını ispat külfeti davacıya kira bedellerinin ödendiğinin ispat külfeti davalı kiracı aittir kiralanan yerde kiracı olduğunu kabul ve ikrar eden kiracı kira bedellerinin ödendiğiniispatlamakla yükümlüdür. Bu noktada kiralayanın kira bedellerinin ödenmediğini ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır .

Y.6. HD. E. 2015/10246 K. 2016/7528 T.14.12.2016

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı kira alacağı dava-sına dair karar, davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, kira alacağının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalının kendisine ait olan taşınmazda aylık 400 TL kira bedelli sözlü kira sözleşmesi ile ikamet ettiğini, davalının aylık 400 TL'den 2014 yılı Mayıs-Ekim ayları arası kira bedelleri toplamı 2.400 TL'yi ödemediğini belirterek, 2.400 TL kira bedelinin tahsilini istemiştir. Davalı davacıya ait taşınmazda kiracı olarak oturduğunu, kira bedellerini elden ödediği belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davacının alacağını ispat edemediği ve davalının yemin ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

HMK'nun 190. maddesi uyarınca ispat yükü, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Somut olayda davalı, sözlü kira ilişkisine dayanarak aylık 400 TL den 6 aylık kira bedeli 2.400 TL kira alacağının tahsilini istemiştir. Davalı kira ilişkisini kabul ederek kira bedellerinin elden ödendiğini savunmuştur.

Uyuşmazlık, ispat yükünün hangi tarafta olduğu konusunda toplanmaktadır.

HMK. nun 188. madde de; taraflardan birinin ikrarının geçerli olduğu ve o taraf aleyhine delil teşkil edeceği belirtilmiştir. Davalının, ikrarına eklediği vakıanın kanıtlama yükümlülüğü, borcu ikrar eden ve fakat borcun başka bir hukuki ilişki nedeniyle son bulduğunu ileri süren davalıya aittir.

Bu durumda,davalı taraf,davaya konu borcun başka bir nedenle (ödeme) sona erdiğini kanıt-lamakla yükümlüdür; buna bağlı olarak da, kira ilişkisi ve kira bedeli davalı tarafın-dan ikrar edildiğinden, davacının kiralayanın kira bedelini ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Bu açıdan kira sözleşmesinin varlığını ispat külfeti kiralayan davacıya, kira bedellerinin ödendi-ğini ispat külfeti ise davalı kiracıya aittir. HMK'nun 189/3.maddesi uyarınca kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar başka delillerle ispat olunamaz. Aynı yasanın 200. madde-sine göre bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenme-si, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar ve değeri 2.500 Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Davacı aylık kira bedelinin 400 TL olduğunu ileri sürdüğüne göre davalı kira bedellerinin ödendiğini tanık beyanları ile ka-nıtlayamaz. Mahkemece davalının kira bedellerini ödediğini ispat edemediği dikkate alınarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken bu hususlar gözönünde bulundurulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 14.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAYIT KABUL DAVALARI
•
HARÇ VE AVUKATLIK ÜCRETİ

ÖZET: Alacağın iflas masasına kayıt ve kabulü maktu karar ve ilam harcına tabidir ve maktu vekalet ücretine hükmedilir.

Y. 6. HD. E. 2021/40 K. 2021/819 T.13.10.2021

Davacı vekili, davacının cari hesaptan doğan alacağının tahsili için başlatılan İzmir 6 İcra Dai-resinin 2008/916 Esas sayılı takibin, davalının haksız itirazı ile durduğunu ileri sürerek davalının itirazının iptaline ve inkar tazminatı ile mahkumiyetine karar verilmesini istemiştir. Yargılama aşamasında davalının iflasına karar verildiğinden davaya kayıt kabul davası olarak devam edilmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, İstanbul Anadolu Asliye Ticaret Mahkemesince onaylanmış, davalının 4 Asliye Ticaret Mahkemesindeki iflas ertelemesi davası nedeniyle mahkemeye verdiği 12/05/2008 tarihli dilekçesi ekinde sunduğu 8 Mayıs 2008 tarihli iflas erteleme tedbir kararının alınmasından sonra ödenen borçlarını göste-ren onaylı listede 30/04/2008 tarihi itibariyle davacı şirkete 1.185.639,94 TL borçlu olunduğu-nu beyan ve ikrar ettiği, bunun "mahkeme içi ikrar" niteliğinde olup aleyhine kesin delil teşkil edeceği, davacının dava konusu ettiği 1.077,005.46 TL alacağının varlığının bu şekilde kabul edildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı ... temyiz etmiştir.

Dava, kayıt kabul talebine ilişkindir.

Dosya kapsamından aynı alacak için birden fazla takip bulunduğu ve alacakların kaynağının aynı olduğu, dava konusu cari hesaba ilişkin mükerrer olarak davalar olduğu ve davalarda kabul ve kısmen kabul kararları verildiği görülmüştür.

Bu durumda mahkemece, cari hesap alacağı nedeniyle mükerrer tahsilat yapılabileceği ihtimali gözetilerek, İzmir 10. Asliye Ticaret Mahkemesi 2012/147 E. sayılı dosyasında 844.709,06 TL alacağın kabulüne karar verildiği, eldeki davada alınan bilirkişi raporu ile de alacağın bu miktar olduğu tespit edilmiş olması da değerlendirilerek tahsilde tekerrür olma-

mak kaydıyla sonuca uygun olarak karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.

Öte yandan kayıt kabul davaları alacağın iflas masasına kaydı istemine ilişkin olup, belirli bir miktarın tahsiline yönelik olmadığından, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmekle yeti-nilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçim-de dağıtımı aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabilir. Bu nedenlerle, bu davalarda maktu karar ve ilam harcı alınması ve maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. Mahkemece, bu husus da gözardı edilerek, davalı müflis şirket aleyhine nispi oranda karar ve ilam harcına ve davacı yararına nispi veka-let ücretine hükmedilmesi de doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı ... idaresinin temyiz itirazlarının kabulü ile hük-mün, davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine,

karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 13.10.2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ESER SÖZLEŞMESİ
•
ZAMANAŞIMI • BORÇ İKRARI

ÖZET: Eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi beş yıldır.

Yüklenicinin kas veya ağır kusuru halinde bu süre on yıldır. Zamanaşımının başlangıcı eserin teslim tarihidir. Borcun ikrarıyla zamanaşımı kesilir ve yeniden işlemeye başlar. Yüklenicinin ayıbı kabul ederek tamirat ve tadilat yapılması ikrar niteliğinde olup zamanaşımını keser.

Y. 6. HD. E 2021/550 K. 2021/1378 T. 10.11.2021

Dava, taraflar arasındaki eser sözleşmesi kapsamında, davalı yüklenici tarafından inşa edilen bina vasfındaki eserin ayıplı olması sebebiyle, yıkılarak yeniden yapılmasından kaynaklanan davacı kurum zararının

tazmini istemine ilişkindir.

Davacı davasında, Tefenni Şehit Teğmen .... Anaokulu binası yapım işinin davacı yüklenici şirketin taahhüdü altında yapıldığını, işin geçici kabul onay tarihinin 16/01/2001, kesin kabul onay tarihinin ise 23/01/2002 olduğunu, binada 2003 yılından beri düşey ve yatay çatlaklar oluşmaya başladığını, hazırlanan güçlendirme projelerine göre 2006 yılında davalı tarafından bedel alınmaksızın güçlendirme işlemi yapıldığını, ancak 2013 yılında derslik tavanlarında çökmeler oluşması üzerine düzen-lenen teknik rapor doğrultusunda binanın boşaltıldığını ve yıkım kararı alınması gerektiğinin teknik birimlerce mütalaa edilmesi üzerine, hasar durumunun tespiti için delil tespiti yaptırıldığını belirte-rek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1.000,00 TL tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davanın, davalının bakım ve onarım süresi içerisinde açılmadığını, zaman aşımı itirazında bulunduklarını, zira kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl sürenin geçtiğini, bina teslim edildikten sonra oluşan zararın bildirilmesi üzerine 2006 yılında yapılan güçlendirme çalışması sonucunda giderildiğini, bakım ve düzeltme sorumluluğunun eksiksiz bir şekilde tamamlandığını, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 22 maddesine göre, kontrol teşkilatının gördüğü eksiklik, hata ve kusurları işin yapıldığı sırada davalıya tebliğ etmesi gerektiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk derece mahkemesi "kesin kabulün 20/12/2001 tarihinden geçerli olmak üzere yapıldığı ve 23/01/2002 tarihinde onaylandığının anlaşıldığı, kesin kabul işlemi için esas alınan tarihin kesin kabul işleminin onay tarihi olduğu, bu durumda zamanaşımı süresinin 23/01/2002 tarihinde başla-mış olup, 23/01/2012 tarihinde sona erdiği, iş bu davanın açılış tarihinin ise 20/01/2016 olduğu, buna göre dava Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde belirtilen zamanaşımı süresi geçtikten sonra açıldığı," gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermiş, kararın davacı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine Antalya BAM 7. HD.'nin 21.10.2020 T. ve 2019/535 E., 2020/783 K. sayılı ilamı ile davacı vekilinin istinaf talebinin esastan reddine karar verildiği görül-müştür.

İşbu karara karşı davacı vekilinin süresinde temyiz kanun yoluna başvurduğu görülmüştür.

Somut olayda, taraflar arasındaki akdi ilişki eser sözleşmesi olup, sözleşme tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı BK'nın 126/4 maddesi gereğince eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi 5 yıldır. Yüklenicinin kast

veya ağır kusuru halinde ise aynı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 10 yıldır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 128. maddesindeki düzenlemeye göre alacağın muaccel olduğu tarihte işlemeye başlamakta olup, bu tarih ise eserin teslim tarihidir. Dosya kapsamından anlaşılacağı üzere davalı tarafından yapılan inşaatın alınan bilirkişi raporlarına göre ayıplı olduğu, bina hakkında yıkım kararı alındığından davalı yüklenicinin ağır kusurlu oldu-ğunun kabulü gerekmekte olup, 818 sayılı BK'nun 125-126. maddelerine göre zamanaşımı 10 yıl öngörüldüğünden keza BK'nın 133. maddesinde borcun ikrar edilmesi zamanaşımını keseceğinden, davalı yüklenicinin ayıbı kabul ederek tamirat ve tadilat yapması ikrar niteliğinde olup, dosya ara-sında mevcut 24.02.2006 tarihli SDÜ teknik raporu uyarınca davalı yüklenicinin tamirat-tadilat yapması ile zamanaşımın kesildiği ve BK'nın 135. maddesi gereğince yeni bir zamanaşımı süresinin başladığı, dolayısıyla dava tarihi (28.01.2016) itibariyle 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmadığından mahkemece işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle davanın reddi kararı yerinde olmayıp, kararının bozulması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, davacı harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına, 6100 sayılı HMK 373. madde hükümleri gözetilerek dosyanın ilk derece mahkemesine, karar-dan bir örneğin ise bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine, 10.11.2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KİRACI VE EV SAHİBİ

ÖZET: 6098 Sayılı TBK.nun 316. (BK 256) maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı tam bir özenle kullanmak ve aynı Kanunun 334. (BK 266) maddesi gereğince sözleşme sonunda aldığı hali ile kiralayana teslim etmekle yükümlüdür. Ancak kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla oluşan eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayıp münhasıran kötü kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasardan sorumludur.

Y. 6. HD. E. 2015/5611 K. 2015/6281 T. 22.06.2015

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tevdi mahalli tayini, bononun iptali ve alacak davasına dair karar, davacı-karşı davalı ve davalı-karşı davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Asıl dava, tevdi mahalli tayini, bononun iptali, karşı dava ise hor kullanma bedeli, tamir süresi kira alacağı ödenmeyen aidat, elektrik ve doğalgaz bedelleri istemlerine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın reddine, davaya konu bono üzerine konulan icra takibine koyma yasağının kaldırılmasına, karşı davanın kabulü ile mahsup işlemi yapıldıktan sonra bakiye 618 TL nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Asıl davada, davacı vekili dava dilekçesinde; Taraflar arasında 15.03.2011 tarihli ve bir yıl müddetli kira sözleşmesi bulunduğunu, davacı kiracının 05.12.2012 tarihinde ihtarname çekerek sözleşmeyi 15.03.2013 tarihi itibarıyla feshettiğini ve 08.03.2013 tarihinde de kiralananı tahliye ettiğini ancak davalı kiraya verenin anahtarları almadığını belirterek anahtar teslimi için tevdi mahalli tayini ile sözleşmenin özel şartlar 9. maddesi gereği üç aylık kira bedeli karşılığı depozito yerine verilen 4.800 TL tutarındaki bonodan dolayı davacı kiracının borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı kiraya veren karşı davasında; kiralananın anahtarlarını 16.05.2013 tarihinde icra marifetiyle aldığını bu nedenle tevdi mahalline ilişkin istemin konusuz kaldığını, davacı tarafından verilen senedin zararları karşılamadığını, tahliyeden sonra tespit yaptırdığını, tespit bilirkişisinin zarar ve ziyan bedeli olarak 4.785 TL,

işçilik bedeli olarak 4.500.-TL belirlendiğini ve kiralananın tamiri için 15 günlük süre gerektiğini ayrıca ödenmeyen aidat elektrik ve doğalgaz bedeli karşılığı 750 TL harcadığını belirterek toplam 10.785 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece 4.785 TL hasar, 633 TL aidat bedelinin bulunduğu, toplam alacağın 5.418 TL olduğu, 4.800 TL lik bonunun asıl davanın davalısında kalması gerektiği belirtilerek asıl davanın reddine, davaya konu bono üzerine konulan icra takibine koyma yasağının kaldırılmasına, karşı davanın kabulü ile mahsup işlemi yapıldıktan sonra bakiye 618 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı – karşı davalı ve davalı-karşı davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı-karşı davalının hor kullanma bedeline ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

6098 Sayılı TBK.nun 316. (BK 256) maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı tam bir özenle kullanmak ve aynı Kanunun 334. (BK 266) maddesi gereğince sözleşme sonunda aldığı hali ile kiralayana teslim etmekle yükümlüdür. Ancak kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla oluşan eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayıp münhasıran kötü kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasardan sorumludur. Davacının kiralananı kullandığı süre ve kullanma amacı gözetildiğinde olağan kullanımdan kaynaklanan yıpranma ve eskimelerin olacağı kuşkusuzdur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hasar kalemlerinin her biri için ayrı ayrı değerlendirme yapılmamıştır. Hasar kalemlerine ilişkin olarak hor kullanım ve olağan kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasar ayrımı yapıldıktan sonra hor kullanma bedelinden olağan kullanmadan doğan eskime bedeli düşülmelidir. Mahkemece yukarıda değinilen maddi ve hukuki esaslar doğrultusunda bilirkişiden yeniden rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi davacı kiracı 08.07.2013 tarihinde garajın uzaktan kumanda anahtarını mahkeme yazı işleri müdürlüğüne tevdi etmiş olup bilirkişi raporunda geçen garaj kapısı anahtarına ilişkin belirlenen masrafın dikkate alınmamış olması da doğru değildir.

3- Davalı-karşı davacının işçilik bedeline ilişkin temyiz itirazlarına gelince ;

Mahkemece hükme esas alınan tespit raporunda 4.785 TL harcama yapılması belirlendikten sonra bu işler için üç işçinin, günlük 100 TL

den, 300 TL yevmiye alacağı ve 15 gün süre ile çalışacağı belirtilmiş olup tespit raporundaki toplam işçilik bedeli harcama hariç 4.500 TL hesaplanmıştır. Mahkemece davacının talep ettiği 4.500 TL işçilik bedeli hakkında olumlu – olumsuz hüküm kurulmaması doğru değildir.

4- Mahkemece, sözleşmenin özel şartlar 9. maddesi gereği depozito olarak verilen 4.800 TL bedelli bononun 30.05.2013 tarihli ara kararla icra takibine konulmasının tedbiren engellenmesine karar verildiği gibi davalı-karşı davacı tarafından zaten takip yapılıp tahsile konulmamış bonunun belirlenen alacaktan mahsup edilmesi hatalı olmuştur. Kabule göre de asıl ve karşı dava hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru görülmemiştir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 22.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

İNANÇ SÖZLEŞMESİ • İSPAT KOŞULU
•
ZAMANAŞIMI

ÖZET: İnanç sözleşmesinin varlığı yazılı delil ile ya da yazılı delil başlangıcının bulunması halinde tanık delili ile de ispatlanabilir. İnanç sözleşmesinden doğan davalarda zamanaşımı süresi on yıldır.

Y. 7. HD.E 2021/2581 K. 2021/2081 T. 19.10.2021

Dava, inanç sözleşmesine aykırılık nedeniyle tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; davacının dava dışı ... ile yapılan 15.08.2005 tarihli anlaşma ve 11.05.2006 tanzim tarihli davalı ... imzasını taşıyan "boş" olarak tanzim edilmiş bono, 05.05.2008 tanzim tarihli davalı ... imzasını taşıyan ibraname, 05.06.2008 tarihli davalı ... imzasını taşıyan ibraname ve davalı ... tarafından dava konusu 7 numaralı bağımsız bölümün satışı ile ilgili davacının eşi Ahmet Yazıcı'ya verilen 11.05.2006 tarihli noter vekaletnamesine dayanılarak son malik İbrahim Günel aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasının Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/487-583 sayılı dosyasında Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin bozma ilamına uyularak TMK'nın 1023 ve 1024. maddeleri gereğince reddine karar verildiği ve 30.03.2013 tarihinde kesinleştiğini ileri sürerek daha önce mülkiyeti kendisine ait olan 7 numaralı bağımsız bölümün mülkiyetini kaybetmiş olması nedeniyle 150.000TL maddi ve 20.000TL manevi olmak üzere toplam 170.000TL'nin davalılardan tahsilini istemiştir.

Davalı ... vekili ve dahili davalılar 05.08.2013 tarihinde vefat eden ... mirasçıları vekili Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin geçip kesinleşen Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/487-583 sayılı dosyasında davacının sadece son malik İbrahim Günel aleyhine açmış olduğu tapu iptal ve tescil davasında taraf olmadıklarını, tazminat davasının bir yıllık ve on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ve davacının ibraz ettiği belgelerdeki imzaların kendilerine ait olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın zamanaşımı dolduğundan bahisle reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 22.11.2016 tarih, 2016/5824 Esas, 2016/9699 Karar sayılı ilamı ile "...Somut olayda zamanaşımı davacı tarafın Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde 22.07.2009 tarihli dilekçesi ile dava konusu taşınmazın son maliki olan davalı İbrahim Güner aleyhine açmış olduğu inanç sözleşmesi ve muvazaa iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil davasının, Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.10.2012 tarih 2012/487 Esas, 2012/583 sayılı davanın reddine dair kararının Dairemizin 07.02.2013 tarih 2012/14784 Esas, 2013/1657 Karar sayılı ilamı ile onanıp karar düzeltme yoluna başvurulmadığından 30.03.2013 tarihinde kesinleştiği tarihten başlar. Çünkü davacının inanç umudu bu tarihte bitmiştir. İnanç sözleşmesine aykırılık nedeniyle tazminat istemine ilişkin eldeki dava 22.05.2013 tarihinde açılmış olmakla davada zamanaşımı süresi dolmamıştır. Bu nedenle tarafların delilleri toplanarak işin esası hakkında inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde zamanaşımı süresinin dolduğundan söz edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir..." gerekçesiyle kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak davanın manevi tazminat ve ecrimisil alacağı talepleri yönünden reddine, maddi tazminat talebi yönünden kısmen kabulü ile 90.106,00TL alacağın dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Hükmü bir kısım davalılar vekili ile davacı vekili ayrı ayrı temyiz etmiştir.

Dava, inanç sözleşmesine aykırılık nedeniyle tazminat istemine ilişkindir.

İnançlı işlemler, inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını, amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemlerdir.

İnançlı bir işlem ile inanan, sahibi olduğu bir mülkiyet veya alacak hakkını inanılana kazandırıcı bir işlemle devretmekte ancak borçlandırıcı bir sözleşme ile de onu bazı yükümlülükler altına sokmaktadır.

İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye "inanan"

adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de "inanılan" denir. İnananın, inanılana inançlı olarak kazandırdığı hak ya da nesne ise "inanç konusu şey" olarak nitelenir. İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır.

İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanana (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.

İnanç sözleşmesi, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır.

Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyuşmazlığın tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa HMK'nın 202. maddesi uyarınca inanç sözleşmesi "tanık" dahil her türlü delille ispat edilebilir.

Yazılı delille veya delil başlangıcı yoksa inanç sözleşmesinin ikrar (HMK m.188) yemin (HMK m.225 vd) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır. Davacının yemin deliline dayanması halinde mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir.

İnanç sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden 818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesi 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun 146. hükmü gereğince inanç sözleşmesinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmektedir.

İnanç da bir sözleşme olup, genel zamanaşımı süresine tabi ise de buradaki sürenin başlangıcı, inanç gösterilenin borcunu yerine getirmeyeceği konusundaki tavrının ortaya çıkması ile başlar. Diğer bir anlatımla, inanç gösteren kişinin hakkına yargısız ulaşabileceği umudunun tükendiği tarih zamanaşımı süresinin başlangıcını teşkil eder.

Somut olaya gelince;

1-Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve tüm dosya kapsamına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Bir kısım davalılar vekilinin temyiz itirazlarına gelince; davacı ... ile dava dışı ... arasında yazılı bir inanç sözleşmesi imzalanmış ve dava dışı ... inanç sözleşmesi gereğince iktisap ettiği gayrimenkulü 10.05.2006 tarihinde davalı ...'a, davalı ... aynı taşınmazı 21.02.2008'de ...'a, ... ise 28.07.2008 tarihinde dava dışı İbrahim Gürel'e devretmiş olup; davacı ile aleyhine hüküm kurulan davalılar arasında imzalanmış ve geçerli bir yazılı inanç sözleşmesi bulunmadığı gibi, yukarıda açıklanan nitelikte bir yazılı delil başlangıcı da bulunmadığından davacı tarafından inanç sözleşmesi kanıtlanamamıştır.

Davalı ... ve bir kısım davalıların murisi ... ile dava dışı (davacının kayınbiraderi) Nihat Yazıcı arasındaki alacak borç ilişkisine dayalı olarak tanzim edilen ve davalı ... ve bir kısım davalıların murisi ... tarafından imzalanan ibranameler nedeniyle davacı için inanç sözleşmesinin varlığına yönelik bir çıkarım yapılması ve bu doğrultuda söz konusu ibranamelerin davacı ... lehine yazılı delil başlangıcı niteliğinde belge kabul edilmesi mümkün değildir.

Davacı ... ile aleyhine hüküm kurulanlar arasında geçerli bir inanç sözleşmesi, yine dava dışı ... ile davacı arasında imzalanan sözleşmeye dayalı olarak davalı ... ve bir kısım davalıların murisi ... ile birlikte imzalanan bir inanç sözleşmesi bulunmadığı halde mahkemece davalıların tazminat ile sorumlu tutulması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ:

Yukarıda (1.) bentte açıklanan nedenle davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, (2.) bent gereğince bir kısım davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatıranlara iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.10.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

TEREKENİN BORCA BATIK OLMASI • HÜKMEN RET • MİRASÇILARIN EYLEMLERİ

ÖZET: Ölüm anında tereke borca batık ise miras reddedilmiş sayılır bu konuda sürede söz konusu değildir ancak terekeyi sahiplenen ya da sahiplendiğini gösterecek şekilde eylemleri bulunan mirasçılar terekenin borca batıklığını ileri süremezler. Ancak terekenin borcunu oranla çok cüzi bir miktar almış olan mirasının bu eylimi terekeyi kabul etme anlamına gelmez.*

Y. 7. HD. E. 2014/1951 K. 2014/17642 T. 01.10.2014

Davacılar vekili, davacıların mirasbırakanı olan M.. Ç..'nin 06.01.2012 tarihinde vefat ettiğini, geriye mirasçı olarak davacıların kaldığını, mirasbırakan aleyhine B.. M.. tarafından Bayındır Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/93 sayılı dosyasıyla 637.238,00 TL tutarında alacak davası açıldığını, 145 ada 27 parsel ile 565 ada 28 parsel sayılı taşınmazlarda mirasbırakanın 1/2 hisseye sahip olduğunu, mirasbırakanın terekesinin söz konusu dava nedeniyle talep edilen alacağın çok altında bir değere sahip bulunduğunu, borcu karşılayacak aktif mal varlığı olmadığını ileri sürerek mirasbırakan M.. Ç..'nin terekesinin borca batık olduğunun tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı kurum vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacıların miras bırakanı M.. Ç.. hakkında Bayındır Asliye Hukuk Mahkeme-si'nde ikame edilen tazminat davasında talep edilen tazminat miktarı göz önüne alındığında miras bırakanın ölüm tarihi itibariyle terekesinin borca batık olduğunun sabit olduğu bu neden-le davacılar N.. Ç.. ve Ö.. Ç.. açısından talebin kabulüne; Davacı N.. Ç.. açısından miras bıra-kanın 1/2 hissesine sahip olduğu, kiraya verilen bağımsız bölümün kira parasının davacıya ait hesaba yatırıldığı, davacı N.. Ç..'nin kendi hissesi ile beraber miras bırakanın hissesine isabet eden kira parası üzerinde de tasarrufta bulunmakta olduğunu, bu nedenle davacı N.. Ç.. açı-sından davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içerisinde davacı Nimet vekili tarafın-dan temyiz edilmiştir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 20.12.2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

İstek, terekenin borca batık olduğunun tespitine ilişkindir. Ölüm anında tereke borca batık ise, miras reddedilmiş sayılır. (TMK. 605) Bu konuda bir süre de söz konusu değildir. Ancak tere-kenin olağan idaresini ve mirasa ait işlerin devamını amaç tutan eylemler dışında olmak üzere tereke ile ilgili bir girişimde bulunan, ya da terekeden bir malı zimmetine geçiren veya gizle-yen yahut saklayan mirasçılar borca batıklığı ileri süremezler. (TMK.610/2) Somut olayda; davacı mirasçılar aleyhine ikame edilen davadaki tazminat miktarı ile davacı mirasçı N.. Ç..'nin mirasbırakanın ölüm tarihi olan 06.01.2012 tarihinden eldeki davanın açıldığı 15.05.2012 tarihine kadar aldığı kira bedellerinin toplamının borç miktarına oranla çok cüzi kaldığı kuşkusuzdur. Kaldı ki davacı mirasçı anılan taşınmazda ½ hisse sahibi olup, taşınmazda 1/2 pay sahibi olan mirasbırakanın ölümünden sonra ve kısa bir süre murisin hissesine isabet eden kira parasını alması davaya konu borç miktarı da gözetildiğinde terekeyi benimseme ve kabullenme (tesahup) anlamına gelmez. Açıklanan nedenlerle davacı N.. Ç..'nin talebininde kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmiş olması usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz olunan kararın açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıy-la 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve HUMK'nun 440/I maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 25,20 TL peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 01.10.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASIN REDDİ

ÖZET: Mirasın gerçek reddinde, mirasçıların, mirası kayıtsız şartsız reddettiğine ilişkin sözlü veya yazılı beyanı bozucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olup, sulh hakimi tarafından tutanakla tespit edilmekle hukuki sonuç doğurur.

Y. 7. HD. E. 2021/1635 K. 2021/3758 T. 09.12.2021

Davacı vekili tarafından, 08/10/2014 gününde verilen dilekçe ile mirasın gerçek reddi talebi üzerine yapılan duruşma sonunda; HMK'nın 150. maddesi gereği davanın açılmamış sayılmasına dair verilen 08/06/2015

günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, mirasın gerçek reddi isteğine ilişkindir.

Davacı murisi ...'nın 25.07.2014 tarihinde öldüğünü, mirasını üç aylık yasal süre içerisinde kayıtsız ve şartsız reddettiğini açıklayarak mirasın reddi isteminin tespit ve tescilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, HMK'nın 150/5. maddesi gereği davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

Toplanan deliller tüm dosya kapsamından davacının isteği; Türk Medeni Kanununun 605/1. maddesi uyarınca hasımsız olarak açılan mirasın gerçek reddine ilişkindir. Mirasın gerçek reddinde, mirasçıların, mirası kayıtsız şartsız reddettiğine ilişkin sözlü veya yazılı beyanı bozucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olup, sulh hakimi tarafından tutanakla tespit edilmekle hukuki sonuç doğurur. Böyle bir davada sulh hakiminin görevi, reddin süresinde olup olmadığı ve reddedenin mirasçılık sıfatının bulunup bulunmadığını incelemek, süre koşulu ile mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi halinde ise, Türk Medeni Kanununun 609. maddesi uyarınca red beyanını tespit ve tescil etmekten ibarettir. Bu nedenle, mirasın kayıtsız şartsız reddine ilişkin dilekçe sulh hakimine ulaştıktan sonra, davacının ayrıca duruşmaya gelmesine ilişkin yasal bir zorunluluk bulunmadığı halde; Hukuk Muhakemeleri Kanununun 150. maddesi gereğince "davanın açılmamış sayılmasına" karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulüyle usul ve yasa hükümlerine aykırı bulunan yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın yatırana iadesine, 09/12/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KESİN SÜRE • ÖNALIM BEDELİ

ÖZET: Mahkemece, verilen kesin süre içerisinde önalım bedelinin davacı tarafından depo edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, verilen kesin süre yukarıda açıklanan ilke ve usule uygun değildir. Şöyle ki; mahkemenin kesin süreye ilişkin 13.06.2019 tarihli ara kararında, depo edilmesi gereken önalım bedeli açıkça belirtilmemiş ve kesin sürede önalım bedelinin depo edilmemesinin sonuçları açıklanmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacı tarafa usulüne uygun şekilde süre verilerek önalım bedelinin depo edilmesi halinde yargılamaya devam edilmesi ve işin esasına yönelik karar verilmesi gerekir.

Y. 7. HD. E. 2021/923 K. 2021/3330 T. 30.11.2021

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine 05/03/2014 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali ve tescil ikinci kademede tazminat talebi üzerine Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin bozma ilamına uyularak yapılan muhakeme sonunda; davanın reddine dair verilen 21/11/2019 günlü hükmün Yargıtayca, duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, tayin olunan 30/11/2021 günü için yapılan tebligat üzerine duruşmaya gelen olmadı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra iş karara bırakıldı. Bilahare dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, muvazaaya, rızai taksime, önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil veya tazminat istemlerine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalı ...'ın kardeş olduklarını, 2457 ada 1 parsel sayılı taşınmazın murislerinden intikal ettiğini, taşınmazda kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan binada 2 ve 8 numaralı bağımsız bölümlerin müvekkili ve davalı ...'a düştüğünü, bu bağımsız bölümlerin 1/2'şer pay oranında müvekkili ve davalı ... adına tescil edildiğini, müvekkili ile davalı ... arasında yapılan rızai taksime göre 2 numaralı bağımsız bölümün müvekkiline, 8 numaralı bağımsız bölümün ise davalı

...'a ait olacağının kararlaştırıldığını, bu nedenle tarafların karşılıklı devir yapmak üzere birbirlerine vekaletname verdiklerini, davalı ...'ın 8 numaralı bağımsız bölümü dava dışı O.T'ya sattığını, dava konusu 2 numaralı bağımsız bölümdeki ½ hissesini ise 22.10.2012 tarihinde diğer davalı ...'a muvazaalı olarak devrettiğini belirterek, dava konusu 2457 ada 1 parsel sayılı taşınmazda kayıtlı 2 numaralı bağımsız bölümün ½ hissesinin muvazaa nedeniyle davalı ... adına tesciline veya rızai taksim nedeniyle müvekkili adına tesciline veya önalım hakkına dayalı olarak müvekkili adına tesciline, muvazaa talebinin reddine ve önalım davasının kabulüne karar verilmesi halinde ödenmesi gereken önalım bedelinin davalı ...'dan yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davanın zamanaşımına uğradığını, hak düşürücü sürenin geçtiğini, müvekkilinin diğer davalı ... ile yapmış olduğu taksim sözleşmesinden haberdar olmadığını, iyiniyetli 3. kişi konumunda bulunduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ..., davacı ile aralarında taksim yapıldığını, 2 numaralı dairenin davacıya ait olduğunu, işlerinin kötüye gitmesi nedeniyle 2 numaralı dairedeki 1/2 hissesini ...'a devrettiğini beyan etmiştir.

Mahkemece, muvazaa iddiasına yönelik davanın kabulüne ilişkin olarak verilen ilk kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 10.10.2017 tarih, 2016/16181 E-2017/7424 K sayılı ilamıyla, "Dosya içerisindeki delillerden ve tanık beyanlarından davalı ...'ın kötüniyetli olduğu kanıtlanamadığından muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescili talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece davacının muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescili talebi reddedilerek, önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil talebi hakkında, davacı ve davalıların delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir." gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda; verilen kesin süre içerisinde önalım bedelinin yatırılmadığı ve davalı ...'ın kötüniyetli olduğunun ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacı vekili temyiz etmiştir.

1) Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiş; reddi gerekmiştir.

2) Davacı vekilinin önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil istemine yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer paydaşlara o payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir.

Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir.

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 90. maddesi gereğince; süreler, kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir. Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hâkim kanundaki süreleri artıramaz veya eksiltemez. Hâkim, kendisinin tespit ettiği süreleri, haklı sebeplerle artırabilir veya eksiltebilir; gerekli gördüğü takdirde, bu konudaki kararından önce tarafları da dinler.

Aynı Kanunun 94. maddesi gereğince; kanunun belirlediği süreler kesindir. Hâkim, tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Bu takdirde hakim, tayin ettiği kesin süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklar ve süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarını açıkça tutanağa geçirerek ihtar eder. Kesin olduğu belirtilmeyen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir; bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez. Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar.

Kanun ya da hakim tarafından tayin edilmiş olan kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen bir işlemin bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen işlem bazen davanın kaybedilmesi sonuçlarını da doğurmaktadır. Davaların uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek üzere konan kesin süre kuralı, kanunun amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır.

Bu nedenle de hakim tarafından kesin süre verilirken;

1) Kesin süreye konu işlemin gerekli ve tarafların yerine getirebileceği bir işlem olması,

2) Verilen sürenin işlemin yapılması için yeterli ve makul bir süre olması, duruşma gününe kadar kesin süre nedeniyle yapılacak işlem sonrası başka bir işleme gerek yok ise bu sürenin takip eden duruşma gününe kadar verilmesi,

3) Yapılması gereken iş veya işlemler birer birer, varsa masraflarının da miktarıyla birlikte açıkça gösterilmesi,

4) Sürenin kesin olduğu ve sonuçlarının tarafa açıklanması zorunludur.

Somut olayda; mahkemece, 13.06.2019 tarihli duruşmada davacı vekiline dava konusu taşınmazın satış bedeli ve alıcı yönünden tapu harç ve masraflarını depo etmek üzere bir sonraki celseye kadar kesin süre verilmesine; bir sonraki 07.11.2019 tarihli duruşmada, bir önceki celse kesin süre verildiği ancak kesin sürenin açıklanmadığının görüldüğü belirtilerek dosyanın incelemeye alınmasına karar verilmiştir. 21.11.2019 tarihli duruşmada ise davacı vekili, önalım bedelini depo etmek üzere ikinci defa süre verilmesini istemiş, mahkemece davacı tarafın ikinci kez süre verilmesi istemi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 94/3'üncü maddesi uyarınca reddedilmiştir. Mahkemece, verilen kesin süre içerisinde önalım bedelinin davacı tarafından depo edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, verilen kesin süre yukarıda açıklanan ilke ve usule uygun değildir. Şöyle ki; mahkemenin kesin süreye ilişkin 13.06.2019 tarihli ara kararında, depo edilmesi gereken önalım bedeli açıkça belirtilmemiş ve kesin sürede önalım bedelinin depo edilmemesinin sonuçları açıklanmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacı tarafa usulüne uygun şekilde süre verilerek önalım bedelinin depo edilmesi halinde yargılamaya devam edilmesi ve işin esasına yönelik karar verilmesi gerekirken anılan hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.11.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YEMİN DELİLİ

ÖZET: Somut olayda, davacılar tarafından, dava konusu taşınmazların taksim sözleşmesine dahil olup olmadığı, taksim sözleşmesi gereğince bu taşınmazların davacılar adına tescilinin gerekip gerekmediği ve davalının taşınmazlarda hakkının bulunup bulunmadığı hususlarında davalıya teklif edilmiş olup mahkemece, davalıya yemin verilerek sonuca gidildiği görülmüştür.

Ancak (ispat yükü kendisine düşen) davacıların az yukarıda izah edildiği üzere mevcut deliller ile iddialarını ispat ettikleri anlaşılmaktadır.

Şu durumda davacıların yemin teklifi 6100 sayılı Kanunun 225. maddesine aykırı olduğundan davalının yemin delili kapsamında alınan beyanına itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir.

Y. 7. HD. E. 2021/7244 K. 2021/3342 T. 30.11.2021

Davacılar vekili tarafından, davalı aleyhine 16/09/2015 tarihinde verilen dilekçeyle tapu iptali ve tescil talep edilmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın reddine dair verilen 26/04/2018 tarihli hükmün istinaf yoluyla incelenmesi davacılar vekili tarafından talep edilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince davacılar vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair verilen kararın davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içeriğindeki tüm kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

KARAR

Davacılar vekili, tarafların tanık huzurunda muristen kalan taşınmazların paylaşımı konusunda anlaştıklarını, 06/05/1992 tarihli muvafakatname ile davacı ...'ın, 1 No'lu bağımsız bölümündeki tüm hissesini davacı ... tarafından davalıya satış yapılmasına muvafakat ettiğini, bunun yanı sıra 1519 ada 1, 4, 25, 1593 ada 3 ve 1565 ada 34 parsel sayılı taşınmazların 13/05/1992 tarihinde yapılan rızai taksim ile davalı adına tescil edildiğini, davalının 15/05/1992 tarihli taahhütname ile "mülkiyeti babam ... adına Edirne ili hudutlarında kain tüm taşınmazlardan hakkım olan miktarı aldım. Geri kalan taşınmazlar üzerinde hiçbir hakkım kalmamıştır."

şeklinde rızai taksimi kabul ettiğini, davalının bu taahhütnameyle dava konusu taşınmazlardaki tüm haklarından feragat etmesine rağmen bu güne kadar devre yanaşmadığını, aksine vekil edenlerinden müdahalenin men'i ve ecrimisil talep ettiği gibi Edirne 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2015/680 Esas sayılı dava dosyası ile ortaklığın giderilmesi için dava açtığını belirterek dava konusu 1372, 1570 ada 4 ve 1571 ada 52 parsel sayılı taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile müvekkilleri adına veraset hisseleri oranında kayıt ve tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davaya konu sözleşmenin geçersiz olduğunu, talebin zamanaşımına uğradığını, dava dosyasına sunulan taahhütname başlıklı 15/05/1992 tarihli belgenin rızai taksim belgesi olmadığını, davanın konusu olan taşınmazların varlığını vekil edeninin 2013 yılında tesadüfen öğrendiğini ve yasal haklarını kullanma girişiminde bulunduğunu açıklayarak, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

İlk derece mahkemesince, "…. dava konusu taşınmazların miras taksim sözleşmesi kapsamında kalıp kalmadığı hususunda tam kanaat oluşamaması nedeniyle davacı tarafa yemin deliline dayanıp dayanmadığı sorulmuş olup, davacı vekilince davalıya yemin teklif edildiği, davalı asilin duruşmadaki beyanında dava konusu taşınmazların taksim sözleşmesi kapsamında kalmadığını beyan ederek yemininde sebat etmesi karşısında.." gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacılar vekilinin istinaf talebi üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince, istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir

Tüm dosya içeriği ve toplanan delillere göre, dava konusu taşınmazlardan 1570 ada 4 ve 1571 ada 52 parsel sayılı taşınmazların (28.12.1985 tarihinde vefat eden) muris … adına kayıtlı olduğu, 1372 parsel sayılı taşınmazın ise 25.01.2013 tarihinde … mirasçıları taraflar adına (iştirak halinde) intikal ettiği, 13.05.1992 tarihli resmi akitle 1520 ada 25, 1519 ada 1, 1593 ada 3 ve 1565 ada 34 parsel sayılı taşınmazların rızai taksim sonucu davalı adına kayıt edildiği, 1519 ada 4 nolu parselin ise (aynı resmi senet üzerinden) önce davacılar adına rızai taksim ile kayıt edildikten sonra satış yapılarak davalıya devir edildiği, davalının 15.05.1992 tarihli "Taahhütname" başlıklı sözleşmede; "mülkiyeti babam … adına Edirne ili hudutlarında kain tüm taşınmazlardan hakkım olan miktarı aldım. Geri kalan taşınmazlar üzerinde hiçbir hakkım kalmamıştır." şeklinde beyanda bulunduğu ve dava konusu taşınmazların Edirne ili sınırları içinde

olduğu anlaşılmaktadır. Bu şekli ile, davacıların edimlerini yerine getirmesine rağmen davalının "Taahhütname" doğrultusunda hareket etmediği görülmektedir.

Maddi olayları ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hakime aittir (6100 sayılı HMK 33. m). İddianın ileri sürülüş şekli, davaya dayanak olarak gösterilen 13.05.1992 tarihli (rızai taksime dayalı) resmi senet ve 15.05.1992 tarihli taahhütname içeriğinde yer alan açıklamalara göre dava, miras payının devri sözleşmesine dayalı TMK'nın 677. maddesi uyarınca açılan pay iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır (TMK.m.677/1). Mirasçılar arasındaki devirler için söz konusu olan bu yazılı şeklin adi yazılı olarak yapılması yeterlidir. Az yukarıda bahsedilen tapu kaydından da anlaşıldığı üzere, 15.05.1992 tarihli "Taahhütname" başlıklı sözleşmenin düzenlendiği esnada dava konusu taşınmaz iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olup, dava konusu taşınmazlarda, kayıt malikinin mirasçıları olduğu anlaşılan taraflar arasında yapılan ve miras payının devrine ilişkin bulunan dayanak sözleşme TMK'nın 677. maddesi hükmü uyarınca kural olarak geçerli ve sonuç doğuran bir sözleşmedir.

Somut olayın özelliği gereği burada yemin delili üzerinde de durulması gerekmektedir.

Yemin; bir tarafın mahkeme önünde belirli bir vakıanın doğruluğu konusunda yasanın öngördüğü şekilde yaptığı beyandır. İspat yükü altında bulunan taraf delil listesinde bulunması koşuluyla uyuşmazlığı çözüme bağlayıcı bir vakıa hakkında hasmına yemin teklifinde bulunabilir. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK mad. 225 vd.).

Taraflardan birinin diğerine yemin önerisinde bulunabilmesi için öncelikle dava dilekçesinde yemin deliline başvuracağını açıkça belirtmiş olması gerekir (HMK mad. 119/e-f-m.) Yeminin, ancak ispat yükü kendisine düşen kişi tarafından önerilmesi mümkündür. Yemin konusu vakıanın önerilen tarafın kendisinden kaynaklanan vakıalara ilişkin olması gerekir (HMK mad. 225)

Yemin, son çare olarak başvurulan bir delildir. Başka bir deyişle, yemin deliline başvurabilmek için öncelikle yemin önerisinde bulunanın ileri sürdüğü diğer delillerin incelenmesi ve bunların yeterli olmadığının anlaşılması gerekir.

Somut olayda, davacılar tarafından, dava konusu taşınmazların tak-

sim sözleşmesine dahil olup olmadığı, taksim sözleşmesi gereğince bu taşınmazların davacılar adına tescilinin gerekip gerekmediği ve davalının taşınmazlarda hakkının bulunup bulunmadığı hususlarında davalıya teklif edilmiş olup mahkemece, davalıya yemin verilerek sonuca gidildiği görülmüştür.

Ancak (ispat yükü kendisine düşen) davacıların az yukarıda izah edildiği üzere mevcut deliller ile iddialarını ispat ettikleri anlaşılmaktadır.

Şu durumda davacıların yemin teklifi 6100 sayılı Kanunun 225. maddesine aykırı olduğundan davalının yemin delili kapsamında alınan beyanına itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir

O halde mahkemece, davaya konu 15.05.1992 tarihli "Taahhütname" başlıklı sözleşmenin TMK'nın 677. maddesi uyarınca miras payı devrine yönelik olarak düzenlendiği, sözleşmenin düzenleme tarihi itibarı ile ölmüş olan ortak muris İbrahim'in terekesi elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi olduğu ve yazılı olmak koşulu ile elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi taşınmazlar üzerindeki miras payının devri mümkün bulunduğu göz önünde bulundurularak, davanın belirlenen hukuki niteliği, iddia ve savunma çerçevesinde dosya kapsamına uygun bir hüküm verilmesi gerekirken, davalının yemin delili kapsamında alınan beyanına itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile HMK 373/1. maddesi gereğince temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın yatırana iadesine, karardan bir örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesine, dosyanın **İLK DERECE MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 30.11.2021 tarihinde oy çokluğu karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

MANEVİ TAZMİNATIN ŞARTLARI

ÖZET: Manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişilik haklarına saldırı olması saldırının haksız olması manevi zarara uğranılması kusurun olması ve illiyet bağının bulunması gerekir. Satın alınan evin, İçinde bulunanlar tarafından tahliye edilmemiş olması satın alan kişi lehine manevi tazminat hakkını doğurmayacaktır.

Y. 8. HD. E. 2020/1677 K. 2021/4811 T. 07.06.2011

Davacı vekili; davalının malik olduğu, Kozyatağı Mh. Medrese Çıkmazı Sk. No: 5/50 Kadı-köy/İstanbul adresindeki taşınmazın 15.08.2013 tarihinde vekil edeni ...'a 265.000TL bedelle satıldığını, davalı ile vekil edeni arasında akdedilen protokol uyarınca, satış gününden 15.10.2013 tarihine kadar, evin eski maliki olan davalıya 2 ay oturma izni verildiğini, davalının belirlenen tarihte taşınmazı vekil edenine teslim etmediği için her geçen gün zararlarının art-masına neden olduğunu, bu durumun vekil edeninin psikolojisi üzerinde büyük baskı yarattığı-nı, davalının dava konusu adreste bulunan tapusu vekil edenine ait olan taşınmaz üzerindeki müdahalesinin men'ine, fazlaya ilişkin talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla 4.500,00 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, 14.500,00 TL oranında davalının malları üzerinde tedbir konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş-tir.

Davalı vekili; davacının taşınmazın satış bedelini tam olarak ödemediğini, vekil edeninin kendi-sine parası ödeninceye kadar yararlandığı taşınmaz için herhangi bir bedel ödemekle yükümlü olmadığı, talep edilen bedelin fahiş olduğu, davanın hukuki yarar yokluğu nedeni ile reddinin gerektiğini belirterek davacının manevi tazminat isteğinin yasal koşulları oluşmadığından red-dini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davacı vekili ve davalı vekili tarafın-dan temyiz edilmiştir.

Dava, elatmanın önlenmesi, ecrimisil ve manevi tazminat isteklerine ilişkindir.

1. Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek davada karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Davalı vekilinin elatmanın önlenmesi ve ecrimisile yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde,

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek davada karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre davalı vekilinin elatmanın önlenmesi ve ecrimisile yönelik temyiz itirazlarının reddine ka-rar verilmiştir.

3. Davalı vekilinin manevi tazminata yönelik temyiz istemlerinin incelenmesinde,

Manevi zarar mal varlığında bir azalmayı değil kişilik haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kim-senin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder. TBK'nin 58. maddesine göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gö-ren, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Kişilik haklarına saldırıda, manevi tazminat istenebilmesi için TBK'nin 58. maddesin-de belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar ise kişilik haklarına saldırı olması, saldı-rının haksız olması, manevi zarara uğranılması, kusurlu olunması ve illiyet bağı bulunmasıdır (Bkz. Prof Dr. Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, yirminci baskı, S.202-208). Somut olayda, her ne kadar mahkemece davacının 15.08.2013 tarihinde oturmak üzere satın aldığı evi keşif tarihi itibariyle dahi kendi iradesi dışında kullanımının engellenmesi, davalının daireyi tahliye etmemesi sebebiyle kendine ait evde oturamaması ve bunun yarattı-ğı manevi sıkıntılar değerlendirilerek manevi zarara uğradığı kabul edilmiş ise de, bu durumun MK'nin 24 ve TBK'nin 58 maddeleri anlamında kişilik haklarının ihlaline neden olacağının kabulü mümkün değildir. Her sözleşmeye aykırılık manevi tazminat gerektirmeyeceği gibi, davacı tarafça da meydana gelen olay nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği ispat edilememiştir. Bu itibarla, davacının kişilik haklarına saldırı bulunmadığı, TBK'nin 58. maddesinde öngörü-len manevi tazminat şartlarının oluşmadığı gözetilmeksizin, manevi tazminatın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının red-dine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekili-

nin sair temyiz itirazlarının reddine, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne, usul ve yasaya aykırı olan hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunula-bileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine, 07.06.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

MİRAS TAKSİM SÖZLEŞMESİ • ŞEKİL EKSİKLİĞİ • HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

ÖZET: Şekle bağlı bir sözleşmede şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşme kural olarak geçersiz ise de bu sözleşmeden doğan edimler tam olarak ifa edilmiş ise şekil eksikliği ileri sürülerek sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edilmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur.

Y. 8. HD. E 2021/122 K. 2021/4895 T. 09. 06.2021

Dava dilekçesinde, tarafların kök murisi ...'in mirasının mirasçılar arasında taksim edildiği ve 867 parsel sayılı taşınmazın davacılara isabet ettiği iddia edilerek taşınmazın tapu kaydının iptali ile da-vacılar adına tescili istenmiştir.

Cevap dilekçesi ile miras taksim sözleşmesinin geçersiz olduğu beyan edilerek davanın reddi savu-nulmuştur.

Mahkemece, tüm mirasçıların katılımı ile geçerli bir miras taksim sözleşmesi olmadığı (sözleşmeyi imzalayan/parmak basan bir kısım mirasçıların okuma yazma bilmediği ve sözleşmeyi muhtara ve azalar tarafından imzalanmadığı) gerekçesi ile davanın reddine dair verilen kararın davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 15.01.2020 tarihli ve 2016/10574 Esas, 2020/160 Karar sayılı ilamı ile onanmasına dair kararının davacılar vekili tarafından düzeltilmesi istenildiğin-den dosya yeniden incelenmiştir.

Dava, TMK'nin 676.maddesi kapsamında miras taksim sözleşmesine

dayalı muris ... adına kayıtlı 867 parsel sayılı taşınmazın mevcut tapu kaydının iptali ile taşınmazın davacılar adına tescil istemi-ne ilişkindir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 676. maddesi (MÜLGA 743 sayılı TKM'nin 611.) uyarınca miras ortaklığına (terekeye) dahil taşınmazlara ilişkin miras taksim sözleşmesinin geçerliliği için tüm mirasçıların katılımı ile adi yazılı şekil yeterlidir. Miras paylaşımı (taksim) ancak taksim sözleşmesi-nin yapıldığı sırada miras ortaklığına dahil, paylaşılmamış olan miras mallar için söz konusudur. Paylı mülkiyete dönüştürülmüş ya da diğer mirasçıların oluruyla bir veya birkaç mirasçı adına tescil edilen durumlarda miras taksim sözleşmesi yapılması sonuç doğurmaz.

Hemen belirtilmelidir ki, TMK'nin 676. maddesinde öngörülen yazılı şekil, bir ispat koşulu değil, geçerlilik koşuludur. TBK'nin 11/2. maddesine göre kanunun emrettiği şeklin dereceyi şumul ve tesisi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise, akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz. Şekle aykırılığın müeyyidesi az önce açıklanan yasa maddesinde hüküm altına alındığı üzere kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamış ise, şekle uyulmadan yapılan sözleşme hükümsüzdür. Hükümsüzlüğe bağlanan sonuç 29.9.1988 tarihli ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde belirtildiği gibi; kanun, öngördüğü şekil şartı bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşme-lere geçersizlik müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. Kanunda öngörülen şekil şartı emredici nitelikte olduğundan, hakim şekil noksanlığını her safhada resen gözönüne almak zorundadır. 12.4.1944 tarihli ve 1943/14 Esas, 1944/13 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği gibi, geçerliliği şekle bağlı sözleşmelerde, kanunun öngördüğü şekle uyulmaması sözleşmeyi hü-kümsüz kılar ve bu husus itiraz nedeni olduğundan hakim tarafından doğrudan doğruya gözönünde tutulur.

Ancak şekle bağlı bir sözleşmede, şekle aykırı olarak yapılan sözleşme kural olarak geçersiz olmak-la birlikte, bu sözleşmeden doğan edimler taraflarca tam olarak ifa edilmiş ise, şekil eksikliği nede-niyle geçersizliği ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. (Teki-nay/Akman/Burcuoğlu/Altop :Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 1993 sh.134; ..... :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, 2004, sh.96)

Şimdi bu nokta da; "dürüst davranma" ve "hakkın kötüye kullanımı" ilkeleri üzerinde durulması gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Dürüst davranma" başlıklı 2. maddesinde; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre; dürüstlük, herkesin uyması gerekli olan genel ve objektif bir davranış kuralıdır. Bu kural, kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkilerde dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı şekilde davranmalarını ifade eder. Buna göre belirli bir hukuki ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranış; toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı bir kişinin, genel ahlâk, doğru-luk ve karşılıklı güven esaslarına uygun davranış biçimidir. Dürüstlük kuralına uygun bu davranışın belirlenmesinde, toplumda geçerli olan genel ahlâk kuralları, günün adet ve uygulamaları, davranı-şın söz konusu olduğu hukuki ilişkilerin içerik ve amaçları da dikkate alınacaktır (.....: Türk Özel Hukuku 6. Baskı İstanbul 2011, s.226-227).

Diğer bir anlatımla dürüst davranma "bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun bor-cunu yerine getirirken iyi ve doğru hareket etmesi yani dürüst, namuslu, makul, fiilinin neticesini bilen, orta zekalı her insanın benzer hadiselerde takip edecek olduğu yolda hareket etmesi" anla-mındadır.

Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar verilme-si hakkın kötüye kullanımını oluşturur. TMK'nin 2. maddesi hükmü herkesin haklarını, toplumda geçerli doğruluk dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven anlayışına uygun olarak kullanmasını emreder. Hakkın kullanımı ölçütünü Türk Medeni Kanunu'na göre dürüstlük kuralları verir. Bunun yanında ayrıca hak sahibinin başkasını ızrar kastıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan başkasına zarar vermek kastı değil, hakkın dürüstlük kuralla-rına aykırı olarak kullanılması sonucunda başkasının zarar görmüş olmasıdır.

Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin ko-runması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, TMK'nin 2. maddesi uy-gulama alanı bulur ve olağanüstü bir imkan sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamla-yıcı fonksiyonunu yerine getirir (25.1.1984 tarihli ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenle-nen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istinaî

hallerde (adalete uy-gun düşecek şekilde) hüküm verme imkânını sağlamaktır.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, tarafların kök murisi ... oğlu ...'in 07.01.1984 tarihinde ölümü üzerine; murisin eşi ... ile çocukları ..., ..., ..., ... arasında 09.09.1984 tarihli miras taksim sözleşmesi akdedilmiştir. İş bu sözleşmeyi ... dışındaki mirasçıların parmak izi bastığı, sözleşme yapılırken iki tanık bulunduğu ancak muhtar ve ihtiyar heyetinin onayının ise olmadığı görülmekte-dir. Mirasçılar, aralarında akdettikleri bu rızai taksim sözleşmesi ile, muris Mehmet'in ilk eşinden olma evlatları olan ... ve ...'e, "..." ve "İki Söğüt"ten her ikisi 30 dönüm olmak üzere

hisselerine bedel taşınmaz aldıkları ve ikisinin 15'er dönüm olarak aralarında bölüşecekleri, adı geçen mirasçıların murisin başka mal ve mülkiyetlerinden hiçbir alacakları olmadığı, geri kalan mal ve mülklerini anaları ile dört kardeşin paylaşacağının kararlaştırıldığı, dava dilekçesinde, davalılar murisleri ve murisin ilk eşinden olma evlatları ... ile ...'in miras taksimi sonucu kendilerine düşen bu taşınmazları üzerlerine kaydettirdikleri , ancak davacıların kendilerine isabet eden 867 parsel taşın-mazı üzerlerine kaydettiremedikleri ileri sürülmüş olup dava konusu edilen taşınmazın Antalya İli Korkuteli İlçesi Bozova Köyü 867 (2013 tarihinde 22/A çalışması ile 351 ada 105 parsel) ile 1963 tarihinde tapulama ile tarafların murisi ... oğlu ... adına kayıtlı olduğu anlaşılmıştır.

Buna göre; dava dilekçesinde davalılar murisleri ve murisin ilk eşinden olma evlatları ... ile ...'in miras taksimi sonucu kendilerine isabet eden taşınmazları adlarına kaydettirdikleri iddia edildiğine göre geçersiz olduğu kabul edilen 09.09.1984 tarihli miras taksim sözleşmesi gereği muristen, ... ile ... veya mirasçıları adına intikal yada murise ait herhangi bir taşınmazın tescil edilip edilmediği yani davalılar tarafından geçersiz olduğu ileri sürülen miras taksimine dair edimin ifası anlamında bir edinme olup olmadığı konusunda Mahkemece herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadığı, iddia edildiği üzere davalılarca geçersiz olduğu ileri sürülen miras taksimi dolayısı ile taşınmaz edinilmiş olmasının tespiti halinde artık sözleşmenin şekil şartına uymadığından geçersiz olduğunu ileri sür-menin hakkın kötüye kullanımı mahiyetinde olacağı ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağı düsturuna göre taraflar arasın-daki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerektiği açıktır.

Bu durumda, Mahkemece, dava dilekçesinde ileri sürüldüğü üzere, geçerlilik şekil şartına uymadığı için geçersiz kabul edilen 09.09.1984 tarihli miras taksim sözleşmesi gereği ... ile ... veya mirasçıları adına murise

ait herhangi bir taşınmazın intikal veya tespit görüp görmediği hususunda toplanan ve toplanacak deliller kapsamında araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde davanın reddine karar verildiği bu defa ki ince-leme sonucu doğru görülmeyerek hükmün bozulması gerektiğinden onama kararının kaldırılarak hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılardan ...'ın karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Dairemizin 15.01.2020 tarihli ve 2016/10574 Esas, 2020/160 Karar sayılı onama ilamının **KALDIRILMASINA**, Yerel Mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle 6100 Sayılı HMK'nin Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, HUMK'un 442/1 maddesi gereğince aynı Mahkeme ilamı ile ilgili bir defadan fazla karar düzeltme isteğinde bulunulamayacağından ilama karşı karar düzeltme yolu kapalı bulunduğuna, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 09.06.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ÇALIŞMA KOŞULLARI • KREŞ AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ • HAKLI FESİH

ÖZET: Kanunda belirlenmiş olan çalışma koşullarının gerçekleştirilmemiş olması işçiye haklı fesih imkanı verir.

Yasa ve yönetmelik gereği kreş açmakla yükümlü olan işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması işçiye haklı fesih imkanını verir.

Y. 9. HD. E 2015/14935 K. 2018/8317 T.17.04.2018

Mahkemece özetle; SGK kayıtları,toplanan delillerin değerlendirilmesinde; davacının davalı işverenliğe ait bankada çalıştığı, 5 yıl 2 ay 27 günlük hizmet süresi olduğu, davacının sigortalı hizmet dökümündeki primler itibariyle asgari ücretle çalıştığı ve son aylık ücretinin 2.318,40 TL brüt ücret olduğu; iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğini gösteren bir fesih bildirimi bulunmadığı, dosyaya sunulan 23/05/2013 tarihli belgede davacının "iki çocuğunun bulunması ve işyerinde kreş bulunmamasından dolayı mağdur olduğunu ve bu sebeple iş akdini 28/04/2013 tarihinde sözlü olarak feshettiğini, ihbar süresinin 07/06/2013 tarihinde dolduğunu, 07/06/2013 tarihi itibariyle hakettiği kıdem tazminatının tarafına ödenmesini rica ettiği" görülmekle bu belgeye göre iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerektiği, davalı işveren tarafından davacıya verilen yazılı cevapta bu istifası üzerine ihbar süresi dolmadan ayrılmak istemesi halinde ihbar tazminatı ödeyerek ayrılabileceğinin davacıya bildirildiği ve bu bildirimi davacının isim ve imzasını yazarak tebliğ ettiği,4857 sayılı Kanununda işçi tarafından feshe imkan veren gerekçeler arasında işyerinde kreş bulunamaması gibi bir gerekçenin olmadığı ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinde de buna ilişkin bir hüküm bulunmadığından davacının fesih bildiriminin "istifa" hükmünde olduğu, dosyada mevcut işyerinden ayrılma bildirgesinde işten çıkış nedeninin " belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi(istifa)" olan 3 numaralı kod ile izah edildiği, bu kapsamda iş sözleşmesinin istifa etmek suretiyle feshinde davacının herhangi bir kıdem ve ihbar tazminatı

talep etme hakkı bulunmadığı anlaşılmakla ilmi ve kazai içtihatlara uygun gerekçeli ve hüküm kurmaya yeterli bilirkişi raporu çerçevesinde davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinde işçinin haklı fesih halleri düzenlenirken (II) bendinin (f) alt bendinde son cümle olarak "yahut çalışma şartları uygulanmazsa" şeklinde ifadeye yer verilerek, çalışma koşullarının uygulanmaması durumu işçinin haklı fesih nedenleri arasında yerini almıştır.

Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma koşulları meydana gelir.

14.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 25522 sayılı Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 15.maddesine göre, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerinde, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, toplam 150'den çok kadın çalışanı olması halinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın belirli şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur.

Somut uyuşmazlıkta, davacı doğumdan sonra işe başlamadan önce gönderdiği ihtarname ile davalı işverene bu yükümlülüğünün gereği işyerinde kreş açılması gerektiği aksi takdirde iş sözleşmesini feshedeceği ihtarında bulunmuş, davalı işveren ise böyle bir yükümlülüğün bulunmadığını, davacının ihtarnamesinin istifa beyanı olarak kabul edileceğini bildirmiştir. Davacının izninin bittiği ve işe başlaması gereken 01/08/2012 tarihinde işe başlamak istediği, işverenin davacıyı istifa ettiği gerekçesiyle işe başlatmadığı davacı tanığının ifadesinden anlaşılmaktadır.

Yönetmelikteki düzenleme gereği işverenin kreş açma zorunluluğu bulunmakta olup, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren karşısında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak, davacı 01/08/2012 tarihinde işe gelerek çalışma isteğini ve iş sözleşmesini feshetme iradesinin bulunmadığını göstermiş, işveren tarafından da-

vacının çalışmasına izin verilmemiş olup, bu nedenle davalı işverenin iş sözleşmesini feshettiğinin kabul edilmesi gerekir. Davalı haklı sebeple iş sözleşmesini feshettiğini ispat edemediğinden Mahkemece kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken bu taleplerin yazılı gerekçeyle reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.04.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

EŞİTLİK İLKESİ • HAMİLELİK NEDENİYLE FESİH • AYRIMCILIK TAZMİNATI

ÖZET: Davacının hamileliği sebebiyle ayrımcılık yapılarak hizmet akdinin feshedildiği anlaşıldığından ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir.

Y. 9. HD. E 2016/1423 K. 2019/11167 T. 15.05.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 10/02/2014-07/07/2014 tarihleri arasında davalı şirkette kalite müdürlüğüne bağlı iş güvenliği uzmanı olarak çalıştığını, çalışma arkadaşları ile uyumlu olmaması iletişim sorunları yaşaması, yöneticisi ile saygı çerçevesine uymayan konuşmalar yapması ve görevlerini tamamlamaması gibi asılsız gerekçelerle işten çıkarıldığını, gerçek sebebin hamile kalması olduğunu ileri sürerek, eşit davranma ilkesine aykırılık nedeniyle ayrımcılık tazminatı ile fazla mesai ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 10/02/2014-07/07/2014 tarihleri arasında işyeri güvenliği uzmanı olarak görev yaptığını, muhtelif zamanlarda sözlü olarak uyarılmasına rağmen çalışma arkadaşlarıyla uyum ve iletişim problemleri yaşadığını, yöneticisine karşı saygı çerçevesinde kalmayan konuşmalar yaptığını ve görevlerini tamamlamadığını bu nedenle işten çıkarıldığını ayrıca hamilelik sebebiyle işten çıkarıldığı iddiasının doğru olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının fazla mesai yapıldığı iddiasın ispatladığı, hizmet akdinin gerçekte davacının hamile olması nedeniyle kötü niyetli olarak fesih edildiği iddiasını davacının ispat etmesi gerektiği, davacı tanıklarının iddiayı doğrular şekilde beyanda bulunmakla birlikte, konu hakkındaki bilgilerinin davacıdan duyuma dayalı olduğu, bunun dışında iddianın ispatlandığını kabule yeterli herhangi bir delil bulunmadığı, davacı tanıklarının bizzat davacıdan duyumlarına dayalı anlatımları iddianın ispatlandığını kabule yeterli olmadığı, kaldı ki, davalı tanıklarının beyanlarından işyerinde çalışan personeli pek çoğunun kadın olduğu ve hatta aralarında doğum yapanlar bulunduğunun ifade edildiği, bu nedenle davacının eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve akdin kötü niyetle fesih edildiği iddiasına itibar edilmediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

"Eşitlik İlkesi" en temel anlamda T.C. Anayasasının 10 uncu ve 55 inci maddelerinde ifade edilmiş, 10 uncu maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55 inci maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Direktifinin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15 inci maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın eşitlik ilkesini düzenleyen 5 inci maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında " esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.).

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez(Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K).

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

Yasanın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında tam süreli - kısmî süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüş, üçüncü fıkrada ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle faklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

Yine değinilen maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yapamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim v.b. ödemleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı değinilen Yasanın 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. Söz konusu fıkra metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta; dava dilekçesinde davacının işten haksız olarak çıkarıldığı, feshin gerçek nedeninin davacının hamileliği olduğu ve bu nedenle ayrımcılığa uğradığı iddia edilerek 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık tazminatına hükmedilmesi talep edilmiştir. Dosya içeriği ve mail yazışmalarına göre, davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının 04.07.2014 tarihli hastane yazısı ile hamileliğini davalı işverenliğe bildirdiği, ardından davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne yazılan 05.07.2014 tarihli yazıda, davacıdan verim alınamadığı gerekçesiyle kendisiyle çalışmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır.

Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Davalı işveren ise 4857 sayılı

Yasanın 5. maddesinin son fıkrasına göre bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlayamamıştır. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anlan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.05.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

USTA ÖĞRETİCİ • GÜNLÜK VE AYLIK ÜCRETİN TESPİTİ • KIDEM TAZMİNATI İZİN ÜCRETİ

ÖZET: Ders saat ücreti ile ayın belli günlerinde çalışan usta öğreticinin bir ayda çalıştığı ders saati sayısının ay içinde çalıştığı gün sayısına bölünmesi ile günlük ortalama saat süresi tespit edilmektedir. Bu şekilde tespit edilen günlük ücreti ay içinde çalışılmayan hafta tatili ücretleri de ilave edilerek aylık ücret tespit edilecektir. Kıdem tazminatı ve izin ücreti alacağının hesabına esas olan ücret son bir yıllık ücretler toplamının ortalamasıyla tespit edilecektir.

Y. 9. HD. E. 2021/2609 K. 2021/6796 T. 24.03.2021

Davacı vekili, davacının davalıya ait ... Şube Müdürlüğü bünyesinde kadınlar lokalinde 21/01/2004 tarihinden itibaren her yılın Kasım ayında başlayan ve ertesi yılın Ekim ayına kadar devam eden taahhütname adı altında imzalanan evraklarla rehber ve usta öğretici-spor eğitmeni olarak çalıştığını, davacıya imzalatılan taahhütnamenin belediye tarafından düzenlenen kurslarda çalıştırılan usta öğreticilerle birebir olduğunu, ders saatine bağlı kalmaksızın tam zamanlı olarak çalıştırıldığını, hanımlar lokalinde yılın 8 ayında haftada en az 2 saat görevlendirildiğini, bunun dışında belediyenin açılış, kutlama gibi tüm sosyal faaliyetlerinde geç saatlere kadar haftalık 50 saatten az olmamak üzere çalıştığını, davacıya

imzalatılan taahhütnamede eşitlik ilkesi ve kurallar gereği tam zamanlı ve belirsiz süreli iş akdi ile çalıştığının kabulü gerektiğini, sözleşmede ders saat üzerinden ücret belirlense de yapılan işin 6 gün ders saatine bağlı olmaksızın sürmesi ve işin niteliği gereği İş Kanunda düzenlenen tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu, diğer işçilere hafta ve genel tatillerde çalışmazken ücret ödendiği halde davacıya hafta sonu ücret verilmediğini, davalı kurumda çalışan diğer işçi ve memurlarla aynı koşullarda çalışmasına rağmen arada korkunç ücret farkları olduğunu, tam zamanlı bir işçi gibi çalıştığı halde ücretinin ders saat olarak belirlenmesinin ve ödenmesinin ayrımcılık kurallarına aykırılık teşkil ettiği, kamu kurumlarında çalışan işçilerine ödenen ilave tediyenin davacıya ödenmediğini, iş akdini ücretinin eksik ödenmesi, ilave tediye alacaklarının ödenmemesi haklı nedenleri ile keşide ettiği ihtarname 22.06.2015 tarihi itibariyle ile haklı olarak feshettiğini iddia ederek; kıdem tazminatı, eksik ödenen ücret, yıllık izin ücreti, ilave tediye ve ayrımcılık tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, zamanaşımı itirazında bulunarak, mevzuat gereği usta öğreticilerin sosyal haklar bakımından 4857 sayılı Kanun Hükümlerinden yararlanacağına dair herhangi bir hüküm bulunmadığını, davacının hak etmiş olduğu ücretlerin eksiksiz olarak ödendiğini, bu nedenle davacı tarafından yapılan iş akdi feshinin haklı sebebe dayanmadığını, kıdem tazminatı hakkının doğmadığını taraflar arasında hizmet akdinin bulunmadığını, davacının işçi sıfatına haiz olmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatı ve ilave tediye ücretine hak kazanmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, yapılan yargılama sonucunda toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf başvurusu :

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı taraf vekilleri istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti :

Bölge Adliye Mahkemesince, tarafların istinaf başvurusu yerinde olmadığından esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu :

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere ve temyiz nedenlerine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Ücret miktarı ve buna bağlı olarak yapılan hesaplamalar noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacının aylık maktu ücretle değil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 176. maddesine göre, ders saati ücreti ile çalıştığı anlaşılmaktadır.

Dairemizce, usta öğreticiler bakımından uygulanan kriterlere göre; öncelikle davacının bir ayda çalıştığı toplam ders saati süresi, o ayda fiilen çalıştığı toplam gün sayısına bölünerek, günlük ortalama çalışma saat süresi bulunmalıdır. Bulunan günlük ortalama çalışma saat süresinin, ders saati ücreti ile çarpılması neticesinde ulaşılan miktar nazara alınarak, çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretleri hesaplanmalıdır. Bu hesaplama, her ay için ayrı ayrı yapılmalıdır. Örnek vererek açıklamak gerekirse; ilgili ayda, toplam yüzkırk ders saati fiilen çalışan bir usta öğreticinin, o ay için aylık fiilen çalıştığı gün sayısının yirmi gün olduğu ve ders saati ücretinin ise 10,00 TL olduğu kabul edilirse; bu ayda çalışılan toplam ders saatinin (140 saat), fiilen çalıştığı toplam gün sayısına (20 gün) bölünmesi neticesinde, günlük ortalama çalışma saat süresinin yedi saat olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Söz konusu günlük ortalama çalışma saat süresinin (7 saat), ders saati ücreti (10,00 TL) ile çarpımı neticesinde ulaşılan, 70,00 TL miktarı, çalışma karşılığı olmayan bir günlük hafta tatili veya ulusal bayram ve genel tatili ücretidir.

Taraflar arasında, akdi tatile ilişkin bir anlaşma olmadığından, usta öğretici olan davacının, 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre, çalışma karşılığı olmadan ücreti ödenmesi gerekli hafta tatili gününün, haftada sadece bir gün olduğu kabul edilmelidir. Aylık ücret miktarının belirlenmesine gelince; usta öğreticiye ilgili ay için, o ayda fiilen çalıştığı ders saati ile ders saat ücretinin çarpımı neticesinde bulunacak tutara, o ayda çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günleri için hesaplanan ücret tutarı eklenmeli ve ulaşılan sonuç aylık ücret miktarı olarak esas alınmalıdır. Örneğin, ilgili ayda, toplam yüzkırk ders saati fiilen çalışan ve ders saati ücreti 10,00 TL olan bir usta öğreticinin, fiili çalışması karşılığı hak kazandığı tutar, 140 X 10,00 TL =1.400,00 TL'dir. Yukarıdaki paragraftaki hesaplamaya göre, çalışma karşılığı olmayan hafta tatili gününün ücretinin 70,00 TL olduğu ve ilgili ay için çalışma karşılığı olmadan toplam dört günlük hafta

tatili ücretinin bulunduğu kabul edilirse, bu ay için ödenmesi gerekecek toplam çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günü ücreti 70,00 TL X 4 = 280,00 TL olacaktır. 1.400,00 TL ile 280,00 TL'nin toplamı neticesinde ulaşılan 1.680,00 TL miktarı, aylık ücret miktarı olarak tespit edilmelidir. Diğer taraftan, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı hakların son ücret üzerinden hesaplanması gerektiği kuraldır. Ancak, eldeki uyuşmazlıkta, davacının aylık maktu ücretle değil, ders saati ücreti ile çalıştığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemine göre davacının aylık ücretinin aydan aya değişebilmesi durumu söz konusudur. Bu halde, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı haklarda, son bir yıllık aylık ücret ortalamasının esas alınması gereklidir.

Ayrıca, ilave tediye alacağının hesaplanmasında, yukarıda açıklanan çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günü için belirlenen günlük ücret hesap yöntemi esas alınarak, Bakanlar Kurulunca tespit edilen ilave tediye ödeme tarihindeki işçinin bir günlük ücreti dikkate alınmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, Mahkemece hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda ücret, yukarıda belirtilen ilke kararına uygun olarak hesaplanmamıştır. Davacının talep ettiği alacakların hesabında dikkate alınan ücret Belediye' de çalışan ve davacı ile aynı işi yaptığı iddia edilen emsal işçi ücretidir. Emsal işçinin aldığı ücret ile davacının aldığı ücret arasındaki fark bulunmak suretiyle fark ücret alacağı hesaplanmıştır. Bölge Adliye Mahkemesince de bu karara karşı yapılan istinaf başvuruları, İlk Derece Mahkemesi kararına dayanak yapılan bilirkişi raporunda ücretin Yargıtay içtihatlarına uygun olarak hesaplandığı, gerekçesiyle esastan reddedilmiştir. Belirtildiği gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda günlük ücret ile aylık ücrete dair kabuller ve dolayısıyla alacaklara yönelik hesaplamalar yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgulara uygun değildir. Anılan sebeple, yapılacak hesaplamalarda ilke kararında açıklanan esaslar doğrultusunda ücretin belirlenmesi ile dava konusu tüm alacakların yeniden değerlendirilmesi gereklidir.

SONUÇ:

Temyize konu Bölge Adliye Mahkemesi kararı kaldırılarak, İlk Derece Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepden dolayı **BOZULMASINA**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1 hükmü uyarınca dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin ise Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.03.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

USTA ÖĞRETİCİ
•
ÜCRETLERİNİN TESPİTİ

ÖZET: Usta öğreticinin bir ayda çalıştığı toplam saat süresi o ayda fiilen çalışılan gün sayısına bölünerek günlük ortalama saat süresi bulunmalıdır. Bu işlem heray için ayrı ayrı yapılmalıdır. Aylık ücretin tespitin de ise işçinin ay içinde çalışmadığı hafta tatili günleri de ilave edilmelidir. Kıdem tazminatı ve izin ücretinin hesaplanmasına esas olan ücret son bir yıllık sürede işçiye ödenen ücretin ortalaması alınmak suretiyle tespit edilmelidir.

Y. 9. HD. E 2021/4042 K. 2021/8271 T.15.04.2021

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, rehber ve usta öğretici olarak davalı belediyede çalıştığını, ücretlerinin yüzde 25'inin zamlı ödenmediğini, altı gün fiili çalışmasına göre hafta tatil ücretinin çalışmaksızın ödenmesi gerekirken ödenmediğini, belediye tarafından düzenlenen tüm etkinliklerde çalıştığını genel tatil ücretinin ve çalıştığı zaman zamlı genel tatil ücretinin ödenmediğini belirterek kıdem tazminatı ile ilave tediye izin alacağı, ücret genel tatil ve hafta tatil alacağını istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, alacakların zamanaşımına uğradığını, 28.08.2001-15.04.2007 saatleri arası çalıştığını usta öğreticilerin ücretlerini ilişkin özel düzenleme bulunduğunu hafta tatili ve genel tatil ücretine ilişkin talebin yerinde olmadığını, iş kanunu kapsamı dışında kalması sebebi ile yıllık izne hak kazanmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece verilen karar, Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 09.04.2015 tarihli 2014/966 Esas ve 2015/13154 sayılı kararıyla bozulmuştur. Davacının vekilinin maddi hata dilekçesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 2015/29760 Esas-2015/35840 sayılı 24.12.2015 tarihli kararı ile Maddi hata iddiası yapılan konularla sınırlı yapılan inceleme sonucu; 09.04.2015 tarihli kararında bozma konusu

yapılan diğer sebepler saklı tutularak; bozma ilamının ikinci maddesindeki davacının çalışma süresinin hizmet cetvelindeki süreye göre hesaplanması maddesinin ortadan kaldırılmasına; davacının çalışılmayan hafta tatilinde ücreti hak ettiğinin kabulü halinde işçilik alacaklarının hesaplanmasında bu hafta tatili günlerinin de katılması gerekeceği, bu yönü ile davacının hizmet süresinin yeniden belirlenerek bu durumun etki ettiği alacakların karar altına alınması gerektiği, ayrıca bozma ilamında belirtilen hatalı hesaplanan fark ücretin de eklenmesi ile bulunacak ücret üzerinden kıdem tazminatı ve yıllık izin ücretinin hesaplanması gerektiği belirtilerek davacı yönünden maddi hata dilekçesinin kabulüne karar verilmiştir. Bozma ilamına uyma kararı verilerek yapılan yargılama sonucunda, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. .

Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Ücret miktarı ve buna bağlı olarak yapılan hesaplamalar noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacının aylık maktu ücretle değil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 176'ncı maddesine göre, ders saati ücreti ile çalıştığı anlaşılmaktadır.

Hesaplamalara esas saat başı ücret meblağının tespiti bakımından; Bordrolarda tahakkuk ettirilen saat başı ders ücreti esas alınmalıdır. Ancak, bordrolar her ay için ayrı ayrı denetlenerek, bordrolarda tahakkuk ettirilen saat başı ders ücretinin maaş katsayısı/göstergeler gibi mevzuattan doğan unsurlara göre olması gerekenden daha az olup olmadığı denetlenmelidir. Bordrosunda tahakkuk ettirilen saat başı ders ücreti miktarının mevzuata göre olması gerekenden düşük olduğu ay var ise o ay için mevzuata göre olması gereken saat başı ders ücreti esas alınmalı, bordrodaki saat başı ders ücreti mevzuata göre olması gerekenden yüksek ise o ay için bordrodaki ücret esas alınmalıdır.

Dairemizce, usta öğreticiler bakımından uygulanan kriterlere göre; öncelikle davacının bir ayda çalıştığı toplam ders saati süresi, o ayda fiilen çalıştığı toplam gün sayısına bölünerek, günlük ortalama çalışma saat süresi bulunmalıdır. Bulunan günlük ortalama çalışma saat süresinin, ders

saati ücreti ile çarpılması neticesinde ulaşılan miktar nazara alınarak, çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretleri hesaplanmalıdır. Bu hesaplama, her ay için ayrı ayrı yapılmalıdır. Örnek vererek açıklamak gerekirse; ilgili ayda, toplam yüzkırk ders saati fiilen çalışan bir usta öğreticinin, o ay için aylık fiilen çalıştığı gün sayısının yirmi gün olduğu ve ders saati ücretinin ise 10,00 TL olduğu kabul edilirse; bu ayda çalışılan toplam ders saatinin (140 saat), fiilen çalıştığı toplam gün sayısına (20 gün) bölünmesi neticesinde, günlük ortalama çalışma saat süresinin yedi saat olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Söz konusu günlük ortalama çalışma saat süresinin (7 saat), ders saati ücreti (10,00 TL) ile çarpımı neticesinde ulaşılan, 70,00 TL miktarı, çalışma karşılığı olmayan bir günlük hafta tatili veya ulusal bayram ve genel tatili ücretidir.

Taraflar arasında, akti tatile ilişkin bir anlaşma olmadığından, usta öğretici olan davacının, 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre, çalışma karşılığı olmadan ücreti ödenmesi gerekli hafta tatili gününün, haftada sadece bir gün olduğu kabul edilmelidir.

Aylık ücret miktarının belirlenmesine gelince; usta öğreticiye ilgili ay için, o ayda fiilen çalıştığı ders saati ile ders saat ücretinin çarpımı neticesinde bulunacak tutara, o ayda çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günleri için hesaplanan ücret tutarı eklenmeli ve ulaşılan sonuç aylık ücret miktarı olarak esas alınmalıdır. Örneğin, ilgili ayda, toplam yüzkırk ders saati fiilen çalışan ve ders saati ücreti 10,00 TL olan bir usta öğreticinin, fiili çalışması karşılığı hak kazandığı tutar, 140 X 10,00 TL =1.400,00 TL'dir. Yukarıdaki paragraftaki hesaplamaya göre, çalışma karşılığı olmayan hafta tatili gününün ücretinin 70,00 TL olduğu ve ilgili ay için çalışma karşılığı olmadan toplam dört günlük hafta tatili ücretinin bulunduğu kabul edilirse, bu ay için ödenmesi gerekecek toplam çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günü ücreti 70,00 TL X 4 = 280,00 TL olacaktır. 1.400,00 TL ile 280,00 TL'nin toplamı neticesinde ulaşılan 1.680,00 TL miktarı, aylık ücret miktarı olarak tespit edilmelidir.

Ayrıca, ilave tediye alacağının hesaplanmasında, yukarıda açıklanan çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günü için belirlenen günlük ücret hesap yöntemi esas alınarak, Bakanlar Kurulunca tespit edilen ilave tediye ödeme tarihindeki işçinin bir günlük ücreti dikkate alınmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, bozma ilamına uyan mahkemece alınan ve hükme esas teşkil eden 04.01.2017 tarihli bilirkişi raporunda; davacının 15.03.2014-14.04.2014 dönemi aylık 26 gün çalışma karşılığı 963,81 TL ücret aldığı fark ücret hesap tablosuna göre son ay alması gereken

ücretin 1.012,06 TL olarak hesaplandığı, (1012.06/26x30=1167.76 TL) üzerinden kıdem ve yıllık izin ücret alacağı hesaplandığı anlaşılmaktadır. Halbuki maddi hata dilekçesinin kabul edildiği 24.12.2015 tarihli bozma ilamında belirtilen çalışma karşılığı olmadan ödenmesi gerekli hafta tatili ücreti eklenmeden ve sadece son ay için bulunan ücret dikkate alınarak hesaplama yapılmış olması isabetli değildir.

3- Diğer taraftan, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı hakların son ücret üzerinden hesaplanması gerektiği kuraldır. Ancak, eldeki uyuşmazlıkta, davacının aylık maktu ücretle değil, ders saati ücreti ile çalıştığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemine göre davacının aylık ücretinin aydan aya değişebilmesi durumu söz konusudur. Bu halde, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı haklarda, son bir yıllık aylık ücret ortalamasının esas alınması gereklidir.

Açıklanan sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 15.04.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

USTA ÖĞRETİCİ • ÜCRETİN TESPİTİ • HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL ÜCRETİ

ÖZET: Usta öğreticim bir ayda çalıştığı toplam ders sayısının o ayda fiilen çalıştığı gün sayısına bölünerek oyun günlük ortalama saat süresi bulunur. Bu saat süresinin saat ücreti ile çarpılması ile günlük ücretinin ulaşılır hafta tatili ve genel tatil ücretleri bu ücrete göre hesaplanır. Bu hesaplama her ay için ayrı ayrı yapılmalıdır. ilave tediye alacağı da bu şekilde tespit edilen ücrete göre hesaplanmalıdır. Kıdem tazminatı ve izin ücreti alacağı bakımından ise yukarıda belirtilen günlük ücrete işçinin ayda çalışmadığı hafta tatili ve genel talip ücretleri eklenmeli ve son bir yılda ödenen ücretin ortalaması alınarak tespit edilen ücrete göre hesap yapılmalıdır.

Y. 9. HD. E 2021/7126 K. 2021/11504 T.13.09.2021

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 01/11/1994 tarihinden itibaren her yılın Eylül ayı başından takip eden yılın Temmuz ayına kadar süren ve yenilenen sözleşme dairesinde Giyim Usta Öğretici unvanıyla çalıştığını, her yıl imzalatılan evrakın 4 numaralı maddesinde ücretin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 176. maddesinde düzenlenen ders ücreti karşılığı çalıştırılacağı ve çalışacağı süre boyunca ücret ödeneceğine dair kayıtların bulunduğunu, primlerinin günlük 7,5 ders saatine göre ayda 22-26 gün olarak bildirildiğini, ücret ödemelerinin eksik kuruşlandırıldığını, çalışmadan ödenmesi gerek hafta tatili ve çalışılmayan ulusal bayram genel tatil günleri için ücret ödenmesi gerekirken ödeme yapılmadığını, resmi-dini tatil günleri için çalışılmadan ödenmesi gereken ücretler ile ders saat ücretlerinin eksik kuruşlandırılarak ödenmesi sebebiyle doğan ücret alacaklarının "eksik ödenen ücret" başlığı altında talep edildiğini, hizmet akdinin 16/11/2016 tarihinde feshedildiğini, 6772 sayılı Yasa kapsamında davacının her yıl ilave tediye ve ikramiye ödenmesi gerektiğini iddia ederek bazı işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, talep konusu alacakların zamanaşımına uğradığını, mevzuat gereği usta öğreticilerin sosyal haklar bakımından 4857 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanacağına dair herhangi bir hüküm bulunmadığını, hak etmiş olduğu ücretlerinin eksiksiz ödenmemiş olması sebebiyle feshin haklı sebebe dayanmadığını, bu sebeple kıdem tazminatına müstahak olmadığını, ek ders ücreti hesaplamalarının 657 sayılı Kanun'un 176. maddesi, 5510 sayılı Kanun, gelir vergisi ve damga vergisi Kanunu hükümler dikkate alınarak belirlendiğini, davacı ile aralarında 4857 sayılı İş Kanunu anlamında bir hizmet akdinin bulunmadığını, usta öğretici olarak çalışan davacının işçi sıfatına haiz olmaması sebebiyle ayrımcılık tazminatı, ilave tediye ücretine müstahak olmadığını, davacının izin formları düzenlemek suretiyle izinlerini kullandığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu :

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık olmadığı anlaşılmış bu sebeple davalı tarafın istinaf itirazı yerinde olmadığı gerekçesiyle davalının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar, süresi içerisinde davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Gerekçe

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Dava dilekçesinde davacının, "taahhütname" başlıklı belgelere imzası alınarak usta öğretici olarak çalıştığı ileri sürülmüştür.

Davalı vekili temyiz dilekçesinde davacının, 657 sayılı Kanun'nun "ek

ders görevi" başlıklı 89. maddesine ve aynı Kanun'un 176 maddesine göre ek ders ücreti ödenerek kısmi zamanlı usta öğretici olarak çalıştığını savunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ücret alacağı olarak hükümedilen miktar, davacının fiilen çalışılmadığı için ödenmemiş olan hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücretidir.

Dosyada bir kısım aylar için mevcut bulunan puantajlarda davacının genelde haftada 6 gün çalıştığı görülmekte ise de bazı haftalarda 4 gün, 5 gün, bazen 7 gün çalıştığı, puantajlarda günlük çalışma süresi çoğu kere 6 saat ise de çoğu kez de 5 saat, daha az sıklıkla olmakla birlikte bazı dönemlerde ise günlük 7 saat olduğu görülmektedir.

Dosyaya bir kısım bordro ve puantajların ibrazı ile birlikte Mahkeme'nin müzekkeresi ile eksik puantaj ve bordroların da celbedilerek tamamlama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bölge Adliye Mahkemesi hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda, davacının ayda 26 gün çalıştığı kabulü ile bulunan günlük ücret üzerinden hesaplama yapılmıştır.

Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nin ... esas sayılı ilamlarında da işaret edildiği üzere; davacının bir ayda çalıştığı toplam ders saati süresi, o ayda fiilen çalıştığı toplam gün sayısına bölünerek, o ay için günlük ortalama çalışma saat süresi bulunmalıdır. Bulunan günlük ortalama çalışma saat süresinin, ders saati ücreti ile çarpılması neticesinde ulaşılan miktar o ay için çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretlerinin hesabına esas 1 günlük yevmiyedir.

Bu hesaplama, her ay için ayrı ayrı yapılmalıdır.

Örnek vererek açıklamak gerekirse; ilgili ayda, toplam yüzkırk ders saati fiilen çalışan bir usta öğreticinin, o ay için aylık fiilen çalıştığı gün sayısının yirmi gün olduğu ve ders saati ücretinin ise 10,00 TL olduğu kabul edilirse; bu ayda çalışılan toplam ders saatinin (140 saat), fiilen çalıştığı toplam gün sayısına (20 gün) bölünmesi neticesinde, günlük ortalama çalışma saat süresinin yedi saat olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Söz konusu günlük ortalama çalışma saat süresinin (7 saat), ders saati ücreti (10,00 TL) ile çarpımı neticesinde ulaşılan, 70,00 TL miktarı, çalışma karşılığı olmayan bir günlük hafta tatili veya ulusal bayram ve genel tatili ücretidir.

O halde somut olayda mahkemece yapılacak iş; her ay için ayrı ayrı o ayın puantajlarına göre yapılan ders sayısı ve çalışılan toplam gün sayısı tespit edilerek yukarda açıklanan şekilde "o ay için günlük ücretin kaç

lira olduğu" tespit edilmek sureti ile her ay için çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ücreti ile ulusal bayram genel tatil ücreti ayrı ayrı tespit edilerek hüküm altına alınmalıdır.

İlave tediye alacağının hesaplanmasında, yukarıda açıklanan çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günü için belirlenen günlük ücret hesap yöntemi esas alınarak, Bakanlar Kurulunca tespit edilen ilave tediye ödeme tarihindeki işçinin bir günlük ücreti dikkate alınmalıdır.

Puatajlar her ay için ayrı ayrı değerlendirilmeksizin haftalık "ortalama" çalışılan gün sayısı ve günlük "ortalama" çalışılan saat sayısı şeklinde genelleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

3- Hesaplamalara esas saat başı ücret meblağının tespiti bakımından;

Hükme esas bilirkişi raporunda İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nün her dönem için ayrı ayrı bildirdiği saat başına ek ders ücretleri esas alınmış ise de bordrolarda tahakkuk ettirilen ücretler esas alınmalıdır. Ancak, bordrolar her ay için ayrı ayrı denetlenerek, bordrolarda tahakkuk ettirilen saat başı ders ücretinin maaş katsayısı/göstergeler gibi mevzuattan doğan unsurlara göre olması gerekenden daha az olup olmadığı denetlenmelidir. Bordrosunda tahakkuk ettirilen saat başı ders ücreti miktarının mevzuata göre olması gerekenden düşük olduğu ay var ise o ay için mevzuata göre olması gereken saat başı ders ücreti esas alınmalı, bordrodaki saat başı ders ücreti mevzuata göre olması gerekenden yüksek ise o ay için bordrodaki ücret esas alınmalıdır.

4- Giydirilmiş ücretin tespiti bakımından;

Yol ve yemek yardımlarının giydirilmiş ücret hesabında dikkate alınması gerektiği davalının 13/01/2014 tarihli yazısndan, bordorlardaki yemek tahakkukundan anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, iş bu bozma kapsamında ay ay fiilen çalışılan gün sayısı ve sair bozma nedeni yapılan unsurlara göre bu sosyal yardımların miktarının etkilenip etkilenmeyeceği, etkilenecek ise nasıl etkileneceği, puantajlar ve bordrolardaki tahakkuklar da göz önüne alınarak denetime elverişli bilirkişi raporu ile ortaya konarak sonuca gidilmelidir.

5- Kıdem tazminatı ve yıllık izin ücretinin hesabına esas ücret miktarı bakımından;

Aylık ücret miktarının belirlenmesine gelince; usta öğreticiye ilgili ay için, yukarda açıklanan şekilde tespit edilecek o ayda fiilen çalıştığı ders saati ile yukarda açıklanan şekilde tespit edilecek ders saat ücretinin çar-

pımı neticesinde bulunacak tutara, yukarda açıklanan şekilde tespit edilecek o ayda çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri için hesaplanan ücret tutarı eklenmeli ve ulaşılan sonuç aylık ücret miktarı olarak esas alınmalıdır.

Kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı haklarda, yukarda belirtilen şekilde tespit edilecek son bir yıl içerisinde alınan ücretlerin toplamına göre aylık ücret ortalamasının esas alınması gereklidir.

İş bu bozma kapsamında yeniden yapılacak yargılamada, İlk Derece Mahkemesi kararının sadece davalı tarafından temyiz edilmesi nedeni ile doğan usuli müktesep haklar ve neticeten hükmedilecek miktarlar bakımından davalı lehine oluşan usuli müktesep haklar da gözetilmelidir.

Davalı vekilinin istinaf başvurusu üzerine talep edilen alacak kalemleri hakkında yeniden kurulan hükümde yukardaki hususların gözetilmesi gerekirken gözetilmemesi hatalıdır.

SONUÇ:

Temyiz olunan İlk Derece Mahkemesi kararının ve bu karara karşı istinaf başvurusunu esastan reddeden Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin ise kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13/09/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VASIFLI İŞÇİ • ÜCRET TESPİTİ • EMSAL ÜCRET • TÜİK VERİLERİ

ÖZET: Büyükşehirdeki eşi evinde 14 yıldır avukat sekreteri olarak çalışan ve vasıflı işçi olan davacının asgari ücretle çalışıyor olması hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden emsal ücret bilgilerini ve TÜİK tarafından bildirilen emsal ücrete göre belirlenen ücret aldığı kabul edilmelidir.* **

Y. 9. HD. E. 2021/5327 K. 2021/9527 T. 25.05.2021

2-Taraflar arasında davacı işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin tarafları, ücretin miktarını, asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 401. maddesinde de, işverenin işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgari ücretten az olmamak kaydıyla emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını, temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı Kanunun 37 nci maddesin-

* Yargıtay 9. hukuk Dairesinin 20.01.2016 T. 2015/15586-2016/1408(Muhasebe sorumlusu), 21.3.2017 T. 2015/8125 2017/4472 (şoför), 6.6.2016 T. 2015/9028-2017/7261 (supervisür), 11.12.2017 T. 2017/7955-2017/20925 (pres operatörü), 27.11.2019 T. 2016/9415-2019/21111 (mağaza sorumlusu), 3.2.2020 T. 2016/12318- 2020/1199 (işletme müdürü) 27.10.2020 T. 2017/18021-202/13553 (iç mimar) sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

** Gönderen: Av. Barış TEPECİK

de, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez.

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasınında yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı Kanunun 8 inci ve 37 nci maddelerinin, bu konuda işveren açısından bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümlülüğüne yardımcı olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmesi, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenmiş olup olmamasının da araştırılması gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek (sendika üyesi olması halinde) sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, ayrıca Türkiye İstatistik Kurumunun resmi internet sitesindeki "kazanç bilgisi sorgulama" kısmından da faydalanılabileceği göz önüne alınarak emsal ücret araştırması yapılmalı, bu araştırma sonucunda elde edilen verilerle, tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı aylık ücretinin net 4.000,00 TL olduğunu

ileri sürmüştür. Davalı asgari ücret ödendiğini savunmuştur. Davacının hukuk ofisinde sekreter, (avukat katibi belgesi mevcut) olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı vekili, davacıya ödenen aylık ücretin ispatı yönünde davacının kendi tuttuğu ve işverence kayıtlara esas alınan masraf ajandalarına dayanmış ve masraf ajandaları yargılama sırasında mahkeme kasasına alınmıştır. İşverenin TÜİK verilerine ve davacının işyerinde tuttuğu ajandalara bir itirazı olmadığı aksine işverence davacının masraf ajandalarını ve bazı belgeleri yanında götürdüğü iddia edilerek tutanakla tespiti yaptırılarak Savcılığa suç duyurusunda bulunulduğu görülmektedir.

Davacı masraf ajandalarını fotokopi şeklinde dosyaya ibraz etmiştir. İncelenen masraf ajandalarında davacıya 2018 yılında 3.500,00 TL net ücret ödendiği, 2019 yılında ise 4.000,00 TL net ücret ödendiği görülmektedir. Davacının 14 yılı aşkın kıdemi, çalıştığı işyerinin büyükşehirde olması ve yaptığı işin vasıflı bir iş olması nedeniyle işin niteliği gereği asgari ücretle çalışması hayatın olağan akışına da uygun düşmemektedir. Tüm bu nedenlerle avukat sekreteri olarak çalışan davacının 3342 kodlu hukuk sekreteri için TÜİK tarafından bildirilen emsal ücretle çalıştığının kabulü dosya içeriğine uygun düşecektir. Davacının hak ve alacakları bu ücret üzerinden hesaplanmalıdır.

Ayrıca taraflarca işyerinde davacının tek çalıştığı, işverenin banka kartlarının davacıda bulunduğu, tanık ... beyanında ücretinin davalı talimatıyla davacı tarafından bankadan çekilerek ödendiği şeklindeki beyanlar gözetildiğinde banka kayıtları ve dosyaya sunulan masraf ajandaları birlikte değerlendirilerek 2019 Mart ayı ve sonrası davacının uHD.esinde tuttuğu fazla para olup olmadığı mali müşavir tarafından tespit edilerek fazla para olması halinde ücret alacağından mahsubu gerekmektedir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, kararın bu sebeplerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 25.05.2021 gününde oybirliği ile karar verildi.

HAFTA TATİLİ ÇALIŞMASI

•

FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: Dava dilekçesinde ayrıca hafta tatili ücreti talep edilmemiş olsa da eğer işçi haftada yedi gün çalıştığını iddia etmiş ve bu iddiasını ispat etmiş ise haftanın yedinci günü olan hafta tatili gününe isabet eden çalışma süresi de fazla çalışma ücreti alacağı hesabında dikkate alınmalıdır zira kural olarak hafta tatili çalışması fazla çalışma sayılır.

Y. 9. HD. E 2021/6587 K. 2021/10886 T. 24.06.2021

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette şoför olarak 01/04/2008-30/01/2013 tarihleri arasında kesintili olarak en son aylık 950,00 TL ücretle çalıştığı, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini, kısmen kıdem tazminatı ödemesi yapılmışsa da alacağının tümüne karşılık gelmediğini, davacının yaz kış fazla çalışma yaptığını,tüm genel tatillerde çalıştığını ancak ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, yıllık izin ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalıların Cevabının Özeti:

Davalılar davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacı ve davalı taraflarca temyiz edilmiş olup, Yargıtay (Kapatılan)22. Hukuk Dairesinin 21.01.2020 tarih, 2016/28430 esas 2020/800 karar sayılı ilamı ile davacı ile davalı ... U.'nun tüm, davalı şirketin ise diğer temyiz itirazları reddedilmek suretiyle; dosya kapsamına göre davalı şirketin turizm sektöründe faaliyet gösterdiği ve şirket müşterilerinin havaalanı ile konakladıkları otel arası transferle müşterilerin diğer bazı turistik faaliyetlerinin icrasını sağladığı, bu kapsamda yapılan işlerde davacı dahil bir kısım işçinin şoför olarak çalıştığı, yapılan işin niteliğine göre belirli bir mesai düzeni olmaksızın iş çıktığında müşterilerin transfer işlemlerini gerçekleştirdikleri, iş olmadığında işyerinde veya evde talimat

gelinceye kadar pasif beklemede bulundukları, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 98/A. maddesinde şoförlerinin 24 saatlik herhangi bir süre içinde toplam olarak 9 saatten ve devamlı olarak 4,5 saatten fazla araç sürmelerinin yasak olduğunun düzenlenmesine karşın, günlük 9 saat araç kullanmaya ilişkin yasal sınırlamalar gözetilmeden, yaz döneminde 24 saatlik çalışmada 14 saatlik fiili çalışma yapıldığı kabul edilerek ve hafta tatili süresi de dışlanmaksızın haftalık 53 saat, kış döneminde haftalık 12,5 saat üzerinden fazla çalışma ücret alacağının belirlenmesinin isabetsiz olduğu, Mahkemece, davacının şoför olarak Karayolları Trafik Kanunu uyarınca 9 saatten fazla araç kullanamayacağı bu sebeple ara dinlenme süresi hariç günde 9 saatten haftada 6 gün 54 saat çalıştığı ve 45 saati aşan haftalık 9 saat fazla çalışma yaptığı, yaz döneminde ise hafta tatilinde de çalışma yapıldığından 7,5 saatlik hafta tatili süresi dışlandığında kalan 1,5 saatlik fazla çalışma süresinin eklenmesi ile haftalık 10,5 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek fazla çalışmanın hesaplanması dosya içeriğine daha uygun düşecektir. Fazla çalışma ücreti, bu kabul doğrultusunda hesaplanmalı ve hesaplanan miktardan uygun bir indirim yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmelidir, gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmak suretiyle bilirkişiden alınan ek rapor doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Gerekçe

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 04/02/1959 gün ve 1957/13 esas, 1959/5 karar, ve 09/05/1960 gün ve 1960/21 esas, 1960/9 sayılı kararlarında açıklandığı üzere Yargıtayca maddi hata sonucu verilen bir karara mahkemece uyulmasına karar verilmesi halinde dahi usulü kazanılmış hak oluşmaz ve Yargıtayın hatalı bozma kararından dönülmesi mümkündür.

Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 21.01.2020 tarih, 2016/28430 esas 2020/800 karar sayılı ilamı ile her ne kadar Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 98/A. maddesinde şoförlerinin 24 saatlik herhangi

bir süre içinde toplam olarak 9 saatten ve devamlı olarak 4,5 saatten fazla araç sürmelerinin yasak olduğunun düzenlenmesi gereğince şoför olarak çalışan davacının ara dinlenme süresi hariç günde 9 saatten haftada 6 gün 54 saat çalıştığı ve 45 saati aşan haftalık 9 saat fazla çalışma yaptığı, yaz döneminde ise hafta tatilinde de çalışma yapıldığından 7,5 saatlik hafta tatili süresi dışlandığında kalan 1,5 saatlik fazla çalışma süresinin eklenmesi ile haftalık 10,5 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek fazla çalışmanın hesaplanmasının dosya içeriğine daha uygun düşeceği belirtilerek bozma kararı verilmiş ve Mahkemece bozma ilamına uyulmak suretiyle alınan ek bilirkişi raporunda yaz döneminde hafta tatili gününe ilişkin 7,5 saatlik çalışma süresi dışlanmak suretiyle yapılan hesaplamaya göre alacağa hükmedilmiş ise de; davacının dava dilekçesinde 1 Nisan ile 1 Kasım arası olan yaz döneminde hafta tatili yapmayarak haftanın 7 günü çalışma yaptığını belirttiği ancak hafta tatili ücretini ayrıca talep etmediği anlaşılmakla, mükerrer alacak talebinden bahsedilemeyeceğinden, haftanın 7 günü çalışılan yaz dönemi için yapılan fazla mesai ücreti alacağının hesaplanmasında hafta tatili gününe ilişkin 7,5 saatlik çalışmanın dışlanması yerinde değildir. Buna göre önceki maddi hataya dayalı bozma ilamına uyulmak suretiyle yazılı şekilde verilen karar isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacı tarafa iadesine, 24.06.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMALAR
•
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: İşçinin fazla mesai ücreti alacakları hesaplanırken dava dilekçesinde beyan edilmiş olan zaman sınırları aşılmadan hesap yapılmalıdır.

Y. 9. HD. E 2021/12454 K. 2021/16665 T. 20.12.2021

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin

delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her türlü delil ile ispatı mümkündür.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Aynı ispat kuralları hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücret alacakları için de geçerlidir.

Çalışma sürelerinin ispatı noktasında işverene karşı dava açan tanıkların beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Fazla çalışma, hafta ve genel tatili alacaklarının ispatında salt husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemez. Bununla birlikte yan delil ya da olgularla desteklenen husumetli tanık beyanlarına itibar edilmelidir. Bu çerçevede; işin ve işyerinin özellikleri, davalı tanıklarının anlatımları, iş müfettişinin düzenlediği tutanak veya raporlar ve aynı çalışma dönemi ile ilgili olarak söz konusu alacakların varlığına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları gibi hususlar yan delil ya da olgular olarak değerlendirilebilir.

Fazla çalışmaların yazılı delil yerine tanık beyanlarına dayalı olarak hesaplanması halinde, işçinin normal mesaisinin üzerine sürekli olarak

aynı şekilde fazla çalışması mümkün olmadığından, hastalık mazeret izin gibi nedenlerle belirtildiği şekilde çalışamadığı günlerin olması kaçınılmaz olup, bu durumda karineye dayalı makul indirim yapılmalıdır (Yargıtay HGK, 06.12.2017 tarih 2015/9-2698 E.-2017/1557 K.).

Fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine doğrudan yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda davacı vekili davacının çalışma saatlerini dava dilekçesi ile 08:00-19:00 saatleri olarak açıklamış, saat 19:00'dan sonra çalışma iddiasında bulunmamıştır. Dava dilekçesindeki bu açıklama davacı tarafı bağlar. Hal böyle iken davacının haftada 4 saat haftalık 08:00-19:00 saatleri arasındaki mesaisinin üzerine fazla mesai yaptığı şeklindeki kabul hatalıdır. Davacının fazla mesai alacağı davalı işyerinde 08:00-19:00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Ayrıca yukarıdaki ilke kararında da izah edildiği üzere tanık beyanına dayalı olarak ispatlanan fazla mesaiden bozma sonrasında takdiri indirim yapılmaması hatalı olduğu gibi bozma öncesinde yapılan takdiri indirim bozma dışı kalmakla bu hususta davalı lehine oluşan usulü kazanılmış hakkın ihlali niteliğindedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgililere iadesine 20.12.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU KURUMU
•
ASIL - ALT İŞVEREN

ÖZET: İhale makamı olan kamu kurumunun, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretten sorumluluğu, Yasadan doğan bir sorumluluktur. İşverenle ihale makamının birlikte dava edilmesi durumunda, müştereken müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmelidir. İhale makamının tek başına dava edildiği durumlarda, işçinin mükerrer yararlanmasını önlemek için işverence sözü edilen ücretlerin ödenip ödenmediği araştırılmalıdır. Yargıtay'ın kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde, kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil alacakları yönlerinden sorumluluğu bulunmamaktadır.

Y. 9. HD E. 2021/5889 K. 2021/10000 T. 08/06/2021

Davacı vekili, davacının davalı Devlet Su İşlerine ait Isparta-Keçiborlu'daki Taşkın Koruma Kanal İnşaatında 13.07.2017 tarihinden işten çıkarıldığı 13.11.2017 tarihine kadar şantiye sorumlusu olarak çalıştığını,davacının ücretinin net 4.000,00 TL olmasına rağmen asgari ücret üzerinden gösterildiğini, ücretin asgari kısmının bankadan kalanının elden ödendiğini, çalışma saatlerinin en az 07.30-08.00-19.30-20.00 saatleri arasında olup on bir saati aşan çalışma yapıldığı halde ücretinin ödenmediğini,hafta tatilinin düzenli kullandırılmadığını, ulusal bayram genel tatil günlerinde çalışma yapılmasına rağmen ücretinin ödenmediğini belirterek ihbar tazminatı, fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ve hafta tatili alacaklarının davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü vekili, Isparta Keçiborlu Taşkın Koruma İnşaatı'nın davalı idare tarafından Y. +Z. İnşaat iş ortaklığına ihale edildiğini, ortak girişime 16.02.2017 tarihinde yer teslimi yapıldığını, davanın her iki ortağa yöneltilmesi gerekirken sadece şirkete karşı açıldığını, davalı idare ile diğer davalı şirketler arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmadığını, sözleşme ile işin bütününün yapılmasının davalı iş ortaklığına devredildiğini ve bu nedenle diğer davalı şirketlerin asıl

işveren olduğunu, işin anahtar teslimi iş olduğunu, davacının davalı idarenin işçisi olmadığını, davalı idarenin söz konusu işte herhangi bir işçi çalıştırmadığını, davalı idarenin ihale makamı konumunda olduğunu, işçilik alacakları bakımından sorumluluğun diğer davalı ortak girişime ait olduğunu, davalı idareye herhangi bir sorumluluk yüklenecekse bu sorumluluğun üç aylık ücretle sınırlı olduğunu beyanla davanın reddini talep etmiştir.

Davalı Z. İnş....Tic.Ltd. şirketi vekili,ortaklığın yüklendiği bir kısım yapım işlerinin Ö isimli taşeron firmaya yaptırıldığını, davacının işvereninin de bu firma olduğunu, davacının 21.07.2017-15.10.2017 tarihleri arasında taşeron firma çalışanı olduğunu, davacının düz işçi olarak asgari ücretle çalıştığını, davacının mevsimlik olarak çalışmış olup işin bitiminin belirli olduğunu,ihaleli iş olduğu için 2017 yılı 10. ayında ödenekler bittiğinden şantiyenin durdurulduğunu, davacının tatillerde çalışmadığını, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil alacağı bulunmadığını,davacının çalıştığı işin süreli olması nedeniyle ihbar tazminatı talebinin reddi gerektiğini beyanla davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda toplanan delillere göre yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, kanun yararına bozulması için Adalet Bakanlığı temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık adi ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunup bulunmadığı ve davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün sorumluğunun İş Kanunun 36. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı noktasındadır.

Taraf ehliyeti, bir davada taraf olabilme yeteneğini ifade eder. Taraf ehliyeti, medeni (maddi) hukuktaki medeni haklardan yararlanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekil olarak anlaşılmalıdır Buna göre; medeni haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek yada tüzel kişi davada taraf ehliyetine sahip kabul edilmelidir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620) ve devamı maddelerinde düzenlenen adi ortaklığın taraf ehliyeti yoktur. Bu nedenle, adi ortaklığa ilişkin davalarda, adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Adi ortaklık tarafından açılacak davaların iştirak halinde mülkiyet hükümleri gereği bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Adi ortaklığa karşı açılacak davalar yönünden ise; ikili bir ayrım yapmak gerekecektir. Davanın konusu paradan başka bir şey ise davanın bütün ortaklara karşı birlikte açılması (mecburi dava arkadaşlığı), davanın konusu para ise; ortaklar bu borç-

tan müteselsil sorumlu bulunduklarından ortaklardan biri, bazıları yada tümüne karşı (ihtiyari dava arkadaşlığı) dava açılabilecektir. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi uyarınca "Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder".

Somut uyuşmazlıkta, davacının Y. -Z. İnş. Taah. ... adi ortaklığında çalıştığı,dava konusunun davacının işçilik alacakları olduğu anlaşılmaktadır.Yukarıda belirtilen ilke dikkate alındığında işçilik alacağı davasında adi ortaklığı oluşturan şirketler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığı, bu nedenle davacının sadece adi ortaklığı oluşturan şirketlerden olan davalı Z. İnş. Taah... şirketine karşı dava açmasının usule uygun olduğu anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesinde, "Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler" şeklinde kurala yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre ihale makamı, işçi ücretlerinin ödenip ödenmediğini kontrol etmek durumundadır. Yapılacak olan kontrol ya da işçinin başvurusu üzerine ödenmeyen ücretlerin bulunduğunun tespit edilmesi halinde, belli şartlarla ihale makamının sorumluluğu söz konusu olur. İhale makamının yapmış olduğu ilan üzerine işçilerin başvuruda bulunmamış olmaları, kamu kurumunun anılan madde kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, işçilerin her hak ediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmeyeceği öngörülmüştür. Maddede sözü edilen ücret her hak ediş dönemi için "son üç aylık temel ücret" olarak değerlendirilmelidir. Yine ihale makamının kıdem ve ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izinler sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir.

İhale makamı olan kamu kurumunun, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretten sorumluluğu, Yasadan doğan bir sorumluluktur. İşverenle ihale makamının birlikte dava edilmesi durumunda, müştereken

müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmelidir. İhale makamının tek başına dava edildiği durumlarda, işçinin mükerrer yararlanmasını önlemek için işverence sözü edilen ücretlerin ödenip ödenmediği araştırılmalıdır.

Yargıtayın kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde, kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu bulunmamaktadır (Yargıtay 9.H.D. 19.1.2010 gün 2009/12074 esas, 2010/378 karar).

Dosya içeriğindeki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarına göre; davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ile davalı şirketin içinde bulunduğu iş ortaklığı arasındaki ilişki gereğince, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Isparta Keçiborlu kapsamındaki işleri, davalı şirketinde içinde bulunduğu iş ortaklığına ihale suretiyle yaptırdığı anlaşılmaktadır.Böyle olunca davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün ihale makamı olarak sorumluluğunun 4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesi uyarınca her hak ediş döneminde son üç aylık ücret alacağını aşmamak üzere belirlenmesi gerekli iken yazılı şekilde dava konusu alacaklardan sorumlu tutulması hatalıdır.

Açıklanan nedenlerle, Adalet Bakanlığı'nın Kanun yararına bozma isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Adalet Bakanlığı'nın Kanun yararına temyiz talebinin kabulü ile Isparta İş Mahkemesinin anılan kararının sonuca etkili olmamak üzere HMK'nın 363/1 maddesi uyarınca Kanun yararına **BOZULMASINA**, HMK'nın 363/3. maddesi gereğince gereği yapılmak üzere kararın bir örneğinin ve dosyanın Adalet Bakanlığına **GÖNDERİLMESİNE**, 08.06.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

HİZMET TESPİTİ • BORDRO TANIĞI

ÖZET: Davacı, talep ettiği 15/04/2001-30/08/2008 tarihleri arasındaki dönemde sürekli çalıştığını belirttiğinden, talep ettiği bu dönem içerisinde 01/04/2004-01/05/2005 tarihleri arasında hizmet bildiriminin yapıldığı dava dışı işveren ekmek fırınındaki çalışmalarının fiili çalışmaya dayanıp dayanmadığının tespiti için bu işverene ait bildirim yapılan dönemdeki bordrolar getirtilmeli, bordro tanıkları dinlenilmeli ve bildirim yapılan 01/04/2004-01/05/2005 tarihleri arasındaki çalışmanın gerçek ve fiili olup olmadığı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığına kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Y. 10. HD. E. 2021/3175 K. 2021/16113 T. 15/12/2021

I-İSTEM

Davacı vekili; davacının satış personeli olarak 15/04/2001-30/08/2008 tarihleri arasında çalıştığını, ancak davalı şirketin yakınlarını sigortalı gösterip davacı dahil fiilen çalışanların SGK'ya bildirilmediğini, davacının davalı şirkete ait olan iş yerinde ihtilaf konusu dönemler arasında çalıştığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir

II-CEVAP

Davalı ... vekili mahkememize verdiği cevap dilekçesi ile; zamanaşımı itirazlarının bulunduğunu, davacı ile müvekkilleri şirket arasında süreklilik arz eden bir iş akdinin bulunmadığını, şirketin yaptığı iş nedeniyle sürekli çalışma gerektirmeyen bir iş olması ve şahıs elemanlarının satış yaparak ve yaptıkları satıştan kendi nam ve hesaplarına satıştan pay aldıklarını belirterek açılan davanın reddini talep etmiştir.

Davalı ...K vekili mahkememize verdiği cevap dilekçesi ile; davacıya ait Kurum nezdinde herhangi bir kayda rastlanılmadığını, sigortalılık bildirimlerinin davalı iş yerinin sorumluluğunda olduğunu belirterek açılan davanın reddini talep etmiştir.

III-MAHKEME KARARI

A-İLK DERECE MAHKEME KARARI

İlk Derece mahkemesi; davanın reddine, karar vermiştir.

B-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

Davacının istinaf isteminin reddine,

IV-TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Davacı vekili kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek bozulmasını talep etmiştir.

V-İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE İNCELEME.

Dava, 506 sayılı Kanunun 79/10. (5510 sayılı Kanun'un m. 86/9.) maddesi uyarınca açılmış hizmet tespiti davasıdır. Maddeye göre, "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır."

Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların hizmetlerin tespitine ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu çerçevede hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyerek, gerekli araştırmaların re'sen yapılması ve kanıtların toplanması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Hizmet tespiti davalarının amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Hizmet akdine dayalı çalışma olgusunun ispatında delil sınırlandırması yoksa da davacının Kurum sicil dosyası, işyeri özlük dosyası temin edilip işyerinin Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlendikten sonra iddia edilen çalışmanın başlangıç ve bitiş tarihleri, hangi işyerinde ne iş yapıldığı, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği, prime esas kazanca tabi ücretin ne olduğu, çalışmanın sürekli, kesintili, mevsimlik olup olmadığı eksiksiz bir şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır.

Taraf tanıklarının sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafı-

zasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre dinlenilmeli, re'sen araştırma kapsamında sadece taraf tanıkları ile yetinilmeyip mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve postabaşı gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirlenmelidir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş ise de karar eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

1- Öncelikle; dinlenen davacı bordro tanığı ...'ın, davalı işyerinde 27/12/2007-03/08/2010 tarihleri arasındaki sigortasız çalışmalarına ilişkin olarak açtığı ve lehine sonuçlanan hizmet tespiti davasının dairemizin incelemesinden geçerek onanması karşısında, Tanık ...'ın mahkeme ifadesinde "Ben işe başladığımda davacı davalı şirkette satış elemanı olarak çalışıyordu. Arkadaş bana 2001 yılında başladığını söylemişti. Ancak ay ve gününü hatırlamam mümkün değildir.

Davacı evlenince 2008 yılında işten ayrıldı. Bildiğim kadarı ile davacı belirttiğim yıllar arasında kesintisiz ve sürekli olarak davalı şirkette satış elemanı olarak çalışmış, ben 2006 yılında satış elemanı olarak çalışmaya başladım kendisi ile birlikte 2 yıl sürekli çalıştık." şeklindeki ifadesine göre, kesinleşen mahkeme ilamı ile tespitine karar verilen dönem yönünden, davacının talep ettiği süre içerisindeki 27/12/2007-30/08/2008 tarihleri arasındaki sürenin; davacının kendi adına mı yoksa davalı şirket adına mı satış yaptığının, satış yaptığı kişilerin ifadelerine başvurulmak ve şirketin satışını yaptığı ürünler ile satış yapılan kişilere satılan ürünler karşılaştırılmak suretiyle, davacının davalı şirket adına ürün satışı yaptığının kabulü halinde bu sürenin kabulü gerekirken aksi kabul ile hüküm tesisi bozma nedenidir.

2-Reddedilen dönem yönünden ise;

a- Davacı, talep ettiği 15/04/2001-30/08/2008 tarihleri arasındaki dönemde sürekli çalıştığını belirttiğinden, talep ettiği bu dönem içerisinde 01/04/2004-01/05/2005 tarihleri arasında hizmet bildiriminin yapıldığı dava dışı 1026395 sicil nolu işveren... Ekmek fırınındaki çalışmalarının fiili çalışmaya dayanıp dayanmadığının tespiti için bu işverene ait bildirim yapılan dönemdeki bordrolar getirtilmeli, bordro tanıkları dinlenilmeli ve bildirim yapılan 01/04/2004-01/05/2005 tarihleri arasındaki çalışmanın gerçek ve fiili olup olmadığı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığına kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

b-Mahkemece, dava dışı ... Ekmek Fırınından yapılan 01/04/2004-01/05/2005 tarihleri arasındaki çalışmanın (a) bendinde belirtilen şekilde gerçek bir çalışma olup olmadığının araştırmasının yapılarak, fiili çalışma olduğuna karar verilmesi halinde, davacının talep ettiği 15/01/2001-27/12/2007 dönemi için hak düşürücü süre irdelenmeli, hak düşürücü süreye uğramadığının anlaşılması halinde ise; dosyadan dinlenen kimi tanıkların davacının köylerine gelerek kendisine satış yaptığını beyan ettikleri, dinlenen bordro tanığı Nursel'in çalıştığı yönündeki beyanı, davalı şirkete karşı hizmet tespiti davası açtığı tanık Aytül Sepetçi'nin reddedilen ve onanan hizmet tespiti davasında göz önüne alınarak ifadesi ile dinlenen ve davacıyı tanımadıklarını ifade eden diğer bordro tanıklarının ifadeleri arasında çelişki bulunması nedeniyle, dosyaya ibraz edilen ... Defteri olarak tabir edilen ve satış yapılan köyleri gösterir defterdeki satış yapılan köylerdeki satış yaptığı kişiler ile köy muhtarlarına davacının resmi de gösterilerek hizmet tespiti talep ettiği dönemde satış yapıp yapmadığı, satışlar yapmış ise davalı şirketin hangi ürünleri sattığının araştırması yapılarak tanıkların ifadelerinde belirttiği ürünlerin satışının yapılıp yapılmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Mahkemece yukarıda belirtilen hukuki ve maddi olgular göz önünde bulundurulmaksızın eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi ...Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararı kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

... Bölge Adliye Mahkemesi .... Hukuk Dairesi kararının HMK'nın 373/1. maddesi gereği kaldırılarak temyiz edilen ilk derece mahkemesi hükmünün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, 15/12/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MADDİ HATA

ÖZET: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde "…maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir.

Y. 10. HD. E. 2021/9763 K. 2021/16368 T. 22.12.2021

Dava, Kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı işyerinde çalıştığı tespit edilen ... için ek aylık prim ve hizmet belgesi ile sigorta işe giriş bildirgesinin düzenlenerek kuruma verilmesine yönelik Kurum işleminin iptali istemli açılan davada Mahkemece davalı kurumca tespit edilen çalışanların davacı tarafından istihdam edilmediği anlaşılmakla davanın kabulüne SGK Diyarbakır İl Müdürlüğü İtiraz komisyonunun 03/09/2013 tarih ve 33 nolu kararına konu işlemlerin iptaline, şeklinde hüküm kurulduğu anlaşılmış ise de, işbu davada verilen karar, ilgililerin sigortalılık sürelerinin etkileyeceğinden, mahkemece, öncelikle ilgili sigortalıların davaya dahil edilmeleri gerekmektedir.

6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde "…maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir…" hükmü uyarınca, ilgili sigortalılara usulüne uygun şekilde husumet yöneltilmeli, gösterecekleri bütün deliller toplandıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

O hâlde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve sair husuzları incelenmeksizin hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 22.12.2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YERSİZ ÖDEME • KURUM İŞLEMİ

ÖZET: Mahkemece, çalışmanın geçtiği iddia edilen işyerinden bildirimi bulunan bordrolu tanıkların yeteri kadarının beyanlarına başvurulmalı, ilgili işyerinin hangi tarihten itibaren faal olduğu ile çalışma ruhsatı alıp almadığı araştırılmalı, vergi kayıtları getirtilip incelenmeli, yapılan sigortalı bildirim ile işyerinin faaliyeti karşılaştırılmalı, çalışmanın geçtiği iddia edilen işyerine komşu işyeri bordrolu tanıkları tespit edilip beyanlarına başvurulmalı, varsa savcılık soruşturması ve devamında ceza dosyası irdelenmeli, davaya dahilleri sağlanan sigortalılar dinlenilmek suretiyle iş yerinde fiilen çalışmaya başladıkları tarih tespit edilmeli ve tüm bu deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle tam olarak belirlenmeli, böylelikle uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Y. 10. HD. E. 2021/12034 K. 2021/16013 T. 15.12.2021

Dava, yersiz aylığın tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği üzere davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, davalının yurt dışından kesin dönüş yapmadığı iddiasıyla 01.01.1993-23.08.2010 tarihleri arasında yersiz ödenen aylığın tahsilini talep etmiş; Mahkemece, 3201 sayılı yasanın 6/A-a) maddesi uyarınca bu kanuna göre değerlendirilen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için yurda kesin dönülmüş olmasının zorunlu olduğu, davalının ... Hizmet cetvelinde, 07.03.1992 – 08.08.1992 tarihleri arasında Arbeitslosigkeit, 10.08.1992 – 27.08.1992 tarihleri arasında ..., 28.08.1992 – 31.087.1996 tarihleri arasında... açıklamaları (hastalık ve işsizlik) belirtilen bildirimleri olduğu, bu durumların da davalının yurda kesin dönüş yapmadığı anlamına geldiği, davalının 506 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetinin Alman Rant sigorta mercine tabi işsizlik ve hastalık yardımı aldığı hizmet süresi ile iç içe geçtiği gibi, davalının sözkonusu dönem olan Türkiyedeki ...isimli işyerinde 01/07/1992-30/08/1992 tarihleri arasında geçtiğini belirttiği çalışmalarının gerçek ve fiili çalışmalar olmadığı, bu nedenle davalının aylığının kesilmesine ilişkin davacı kurum işleminin yerinde olduğu ve davalının iade yükümünün kendi kasıtlı davranışından doğduğu, bu nedenle 5510 sayılı yasanın 96/a maddesi gereğince tespit tarihinden geriye doğru on yıllık sürede yapılan ödemelerin davacı kuruma iade edilmesi, öncesine ait yersiz ödemelerin ise hak düşürücü süre nedeni ile reddi gerektiği,davalı murisin mirasçılarının mirasın aktifleri gibi pasiflerinden de sorumlu oldukları anlaşılmakla davanın kısmen kabulü ile 51.765,98 TL alacağın yersiz ödemelerin yapıldığı vade tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen davalılardan alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda; 01.07.1992 – 31.08.1992 tarihleri arasında Türkiye'de 506 sayılı Yasa kapsamında 60 gün zorunlu sigortalı çalışması olan davalının, 24.08.1992 tarihli dilekçesi ile Almanya'da 10.01.1992 tarihinde son çalıştığı işyerinden ayrıldığını, 14.02.1992 tarihinden itibaren .... ülkesinden işsizlik yardımı aldığını belirterek yurda kesin olarak 09.06.1992 tarihinde döndüğü taahhüdünde bulunarak, yurtdışı çalışmalarından 3240 günü borçlanma talebinde bulunduğu, Kurumca, 3201 sayılı Yasa kapsamında yurtdışı borçlanmasına ilişkin tahakkuk yapıldığı, davalının, 25.12.1992 tahsis talebine istinaden 1170 gün Emekli sandığından, 3.240 gün 3201 sayılı Yasa kapsamında yurtdışı borçlanması, 60 gün SSK zorunlu çalışmasına göre toplam 4470 prim ödeme gün sayısına göre, 01.01.1993 tarihinden itibaren 506 sayılı Yasa kapsamında yaşlılık aylığı bağlandığı, davalının Alman Hizmet cetvelinde, 07.03.1992 – 08.08.1992 tarihleri arasında ...,10.08.1992 – 27.08.1992 tarihleri arasında ..., 28.08.1992 – 31.087.1996 tarihleri arasında Arbeitslosigkeit

açıklamaları belirtilen bildirimler olduğu, Kurum tarafından davalının 01.07.1992 – 31.08.1992 tarihleri arasındaki 60 günlük 506 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetinin Alman Rant sigorta mercine tabi işsizlik ve hastalık yardımı aldığı hizmet süresi ile iç içe geçtiğinden bahisle, Kuruma tabi hizmetleri ve 3201 sayılı Yasa kapsamındaki borçlanması iptal edilerek davalının yaşlılık aylığı kesilmesi üzerine eldeki dava açılmıştır.

Mahkemece, davalının 01.07.1992 – 31.08.1992 tarihleri arasındaki Türkiye'deki Ayhan Şahin isimli işveren nezdindeki çalışmaların gerçek ve fiili olup olmadığı, anılan dönemlerde yurt dışında olup olmadığı yöntemince ve re'sen araştırılmadan, eksik inceleme ve yetersiz araştırma ile hüküm kurulmuştur.

Sahte sigortalılığa dayanan davalar hizmet tespiti içerikli olmakla, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 77. maddesinde bu tür hizmet tespiti davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayrık durumlar dışında resmi belge ve yazılı delillerin bulunması sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibariyle sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması halinde somut bilgilere dayanması inandırıcı olmaları koşuluyla bordro tanıkları veya iş ilişkisini bilen komşu işyeri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen diğer tanıklarla dahi sonuca gitmek mümkündür. Bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunlu olup mahkemece, tarafların sunduğu deliller ile yetinilmemeli, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri esas alınarak kendiliğinden araştırma ilkesi benimsenmeli, sigortalılığın kabulü ve hüküm altına alınabilmesi için hizmet akdinin ve eylemli çalışmanın varlığı ortaya konulmalıdır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkemece, çalışmanın geçtiği iddia edilen işyerinden bildirimi bulunan bordrolu tanıkların yeteri kadarının beyanlarına başvurulmalı, ilgili işyerinin hangi tarihten itibaren faal olduğu ile çalışma ruhsatı alıp almadığı araştırılmalı, vergi kayıtları getirtilip incelenmeli, yapılan sigortalı bildirim ile işyerinin faaliyeti karşılaştırılmalı, çalışmanın geçtiği iddia edilen işyerine komşu işyeri bordrolu tanıkları tespit edilip beyanlarına başvurulmalı, varsa savcılık soruşturması ve devamında ceza dosyası irdelenmeli, davaya dahilleri sağlanan sigortalılar dinlenilmek suretiyle iş yerinde fiilen çalışmaya başladıkları tarih tespit edilmeli ve tüm bu deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle tam olarak belirlenmeli, böylelikle uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece, belirtilen hukuki ve fiili durumlar nazara alınmaksızın eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir.

O hâlde, taraf vekillerinin bu yönlerini amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 15.12.2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

PRİME ESAS KAZANÇ • GERÇEK ÜCRET

ÖZET: Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmekte olup hizmet tespiti davalarının kamusal niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü kanıtla ispatlanabilmesine karşın ücret konusunda aynı genişlikte ispat serbestliği söz konusu değildir ve değinilen maddelerde yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Y. 10. HD. E. 2021/11168 K. 2021/16018 T. 15.12.2021

Dava, hizmet ve prime esas kazancın tespiti istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne dair verilen karara karşı davalı ve feri müdahil Kurum vekilleri tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, ... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesince istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesince verilen kararın, davalı ve feri müdahil kurum vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

I-İSTEM

Davacının davalı iş yerinde sorumlu müdür olarak 09.02.2010-25.10.2014 tarihleri arasında çalıştığının ve net aylık ücretinin 6500 TL olduğunun tespitine, karar verilmesini istemiştir.

II-CEVAP

Davalı işveren vekili 30.3.2016 havale tarihli cevap ve beyahnları ile; Davacı ile müvekkili şirket arasında her hangi bir hizmet akdinin mevcut olmadığını,davacının boşandığı ancak fiilen birlikte yaşamaya devam ettiği eşi ... adına kayıtlı ve birlikte işletmekte oldukları işletmeye/şarküteriye müvekkili şirket tarafından iskontolu mal verilmesi karşılığında tamamen hatır ilişkisi çerçevesinde davacının bazı işletmelerle ticari münasebetini başlatması hususunda davacı şirkete referans olduğunu,davacı ile müvekkili şirket arasında işçi işveren ilişkisinin olmadığını,beyan ederek haksız ve yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Feri müdahil kurum vekili 13.04.2016 tarihli ceva beyanları ile; 6552 sayılı kanunun 64.maddesi gereğince, kuramlarının fer'i müdahil olarak gösterilmesi gerektiğini,davacının 1.11.2009 tarihinden itibaren 20104758381 tahsis numarası ile yaşlılık aylığı almakta olduğunu, dava konusu dönemde davacı ile davalı şirket veya farklı bir işveren nezdinde sigortalı hizmetinin bulunmadığını, davanın yazılı belgelerle ispat edilmesi gerektiğini,dava konusu çalışmanın bir hizmet akdine dayalı fiili çalışma olup olmadığının araştırılmasını,tanıkların işyerinde çalışanlardan kişilerden seçilmesini, hizmet tespiti davalarının kamu düzenini ilgilendirdiğini ve özenle araştırılması gerektiğini,davalı işyerinin dava konusu tarihlerde yasa kapsamında olup olmadığını,beyan ederek davanın reddine yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacılar üzerinde bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

III-MAHKEME KARARI

A-İLK DERECE MAHKEME KARARI

İlk derece mahkemesi,

-Davanın kabulü ile,

Davacı ... T.C. Kimlik numaralı ...'ün davalı ... Süt Mamuller Sanayi Ticaret Ltd. Şti. 'de 04/10/2010 tarihinden 25/10/2014 tarihine kadar prime esas 6.390,90 TL. Ücretli genel müdür olarak çalıştığının tespitine, karar vermiştir.

B-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

... Bölge Adliye Mahkemesince,

1-Davalı vekili ile fer'i müdahil vekilinin istinaf taleplerinin kısmen kabulü ile hakkında istinaf başvurusunda bulunulan ilk derece mahkemesi kararının 6100 sayılı HMK'nun 353/1-b.2 maddesi gereğince düzelterek yeniden esas hakkında hüküm kurulmak üzere kaldırılmasına,

2-Davanın kısmen kabulü ile kısmen reddi ile davacının davalı ... Süt Mamülleri San. Tic. Ltd. Şti.' ne ait 1022176.003 sicil sayılı işyerinde 04.11.2010- 12.10.2014 tarihleri arasında hizmet akdi ile 2013 yılı ikinci yarısından itibaren net 6.500 TL ücret ile çalıştığının tespitine, fazlaya dair talebin reddine, karar vermiştir.

IV- TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Feri müdahil Kurum vekili temyiz dilekçesinde özetle; gerçek ücretin (prime esas kazanç) yazılı delille ispatı gerektiğini ileri sürmektedir.

Davalı vekili temyiz dilekçesinde özetle; 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu ve gerçek ücretin (prime esas kazanç) yazılı delille ispatı gerektiğini ileri sürmektedir.

V- İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE İNCELEME

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı ve feri müdahil vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Kanunun "Prime esas ücretler" başlığını taşıyan 77. maddesinin 1. fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun "Prime esas kazançlar" başlıklı 80. maddesinin birinci fıkrasında, sigortalıların prime esas kazançlarının nasıl belirleneceği açıklanmıştır. Diğer taraftan 506 sayılı Kanunun 79/10. ve 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddelerine dayalı olarak açılan bu tür hizmet tespiti davalarında kesinleşen mahkeme ilamı, işverence Kuruma verilmeyen belgelerin yerine geçecek nitelikte olduğundan hükümde ayrıca 77 ve 80. maddelere göre hesaplanacak olan 1 günlük ücretin belirtilmesi de gerekmektedir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun; 288. maddesinde, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri belirli bir tutarı geçtiği takdirde senetle kanıtlanması gerektiği, bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri, ödeme veya borçtan kurtarma (ibra) gibi herhangi bir sebeple belirli bir tutardan aşağı düşse bile senetsiz kanıtlanamayacağı bildirilmiş, 289. maddesinde,

288. madde uyarınca senetle kanıtlanması gereken konularda yukarıdaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati durumunda tanık dinlenebileceği, 292. maddesinde de, senetle kanıtlanması zorunlu konularda yazılı bir delil başlangıcı varsa tanık dinlenebileceği açıklanarak delil başlangıcının, dava konusunun tamamen kanıtlanmasına yeterli olmamakla birlikte, bunun var olduğunu gösteren ve aleyhine sunulmuş olan tarafça verilen kağıt ve belgeler olduğu belirtilmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200 ve 202. maddelerinde de bu düzenlemeler korunmuştur.

Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmekte olup hizmet tespiti davalarının kamusal niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü kanıtla ispatlanabilmesine karşın ücret konusunda aynı genişlikte ispat serbestliği söz konusu değildir ve değinilen maddelerde yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Ücret tutarı maddede belirtilen sınırları aştığı takdirde, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe sahip olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, sigortalının imzasını içeren aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtlan, ücret bordroları gibi belgelerle kanıtlanması olanaklıdır. Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceği gibi, tespiti istenen miktar sınırı aşsa dahi varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinlenmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.10.2010 gün ve 2010/10-480 Esas - 2010/523 Karar, 20.10.2010 gün ve 2010/10-481 Esas - 2010/524 Karar, 20.10.2010 gün ve 2010/10-482 Esas - 2010/525 Karar, 19.10.2011 gün ve 2011/10-608 Esas - 2011/649 Karar, 19.06.2013 gün ve 2012/10-1617 Esas - 2013/850 Karar sayılı ilamlarında da aynı görüş ve yaklaşım benimsenmiştir.

Bunun yanında; 6100 sayılı HMK.nın "senede karşı tanıkla ispat yasağı" başlıklı 201. maddesinde ise; "Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz" hükmü yer almaktadır.

Yukarıdaki yasal düzenleme ve açıklamalar ışığında dava değerlendirildiğinde; Mahkemece, hizmet tespitine yönelik verilen karar yerinde ise de; prime esas kazanç yönünden verilen karar hatalıdır. Sigorta primine esas kazanç tutarı konusunda yukarıda izah edilen yönteme uygun inceleme ve araştırma yapılmaksızın, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme

sonucu, yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı ve feri müdahil Kurum vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun kabulüne ilişkin kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi kararının yukarıda açıklanan nedenlerle HMK'nın 373/2 maddesi gereği **BOZULMASINA,** dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, temyiz harcının istek halinde davalı ...'ne iadesine, 15.12.2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARTAN MALULİYET ORANI

ÖZET: Somut olay incelendiğinde; kazalının sürekli iş göremezlik oranının başlangıçta %10,3 olmasına rağmen, bilahare artma ve azalma kayıtlarıyla en son %14,1 olması karşısında; anılan prosedür kapsamında, Mahkemece, sürekli iş göremezlik oranının düzeltme kaydı ile mi yoksa azalma kaydıyla mı %14,1 olduğu, iyileşme süreci sonunda sürekli iş göremezlik oranının ne olduğu Adli Tıp Üst Kurulu'ndan alınacak ek raporla belirlenmeli, bu belirlemeye göre başlangıçta %10,3 sürekli iş göremezlik oranı olup artma varsa baştan itibaren artan orana göre ilk peşin sermaye değerli gelirin saptanması ve fark iş göremezlik oranının düşülmesi gerekir.

Y. 10. HD. E. 2019/1669 K. 2020/4481 T. 16.09.2020

Asıl ve birleşen davalar, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle asıl ve birleşen davanın kabulüne dair verilen karara karşı davacı kurum vekili tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesince istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesince verilen karar kaldırılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesince verilen kararın, davacı kurum ile davalı ... A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

I-İSTEM

Davalı şirkete ait işyeri sigortalısı ...'ın 13.11.2002 tarihinde geçirdiği iş kazası nedeniyle oluşan kurum zararının, 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca tazmini talep edilmiş; birleşen davada aynı tutarın, teselsül hükümlerine dayalı olarak ...'dan tahsili talep edilmiştir.

II-CEVAP

Davalı şirket vekili, öncelikle yetki itirazında bulunmuş; ayrıca, sürekli işgöremezlik oranı ve kusur yönünden itirazlarını belirterek, kanıtları toplanmak suretiyle inceleme yapılması ve davanın reddi gereğini savunmuştur.

III-MAHKEME KARARI

A-İLK DERECE MAHKEME KARARI

"87.080,28-TL ilk PSD gelirden; 76.766,98-TL'sinin 27.07.2006, 10.303,31-TL'sinin 15.03.2005 tahsis onay, 97,25-TL tedavi giderinin 13.11.2002 sarf, 2.631,04-TL geçici iş göremezlik ödeneğinden; 71,60-TL'nin 11.01.2003, 53,69-TL'nin 11.01.2003, 521,60-TL'nin 11.01.2003, 368,19-TL'nin 21.02.2003, 603,43-TL'nin 21.04.2003, 439,79-TL'nin 03.06.2003, 306,83-TL'nin 03.07.2003, 265,91-TL'nin 06.08.2003 ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine" karar verilmiştir.

B-BAM KARARI

87.070,28 TL peşin sermaye değerli gelir miktarının hüküm kısmında 87.080,28 TL olarak belirtilmesi ve harç miktarının yanlış hesaplanmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek;

"Davacı SGK Başkanlığı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne; ... 1. İş Mahkemesi'nden verilen 17/07/2017 tarih, 2017/22 Esas ve 2017/381 Karar sayılı kararının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.2 maddesi uyarınca KALDIRILMASINA,

1-Davanın KABULÜNE, 87.070,28-TL ilk PSD gelirden; 76.766,98-TL'sinin 27.07.2006, 10.303,30-TL'sinin 15.03.2005 tahsis onay, 97,25-TL tedavi giderinin 13.11.2002 sarf, 2.631,04-TL geçici iş göremezlik ödeneğin-

den; 71,60-TL'nin 11.01.2003, 53,69-TL'nin 11.01.2003, 521,60-TL'nin 11.01.2003, 368,19-TL'nin 21.02.2003, 603,43-TL'nin 21.04.2003, 439,79-TL'nin 03.06.2003, 306,83-TL'nin 03.07.2003, 265,91-TL'nin 06.08.2003 ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine" karar verilmiştir.

IV-TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Davacı Kurum ile davalı Maritaş A.Ş. vekili, davaya konu kararın bozulmasını talep etmiştir.

V-İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE İNCELEME

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacı kurum ve davalı şirket vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Eldeki davada, 13.11.2002 günlü iş kazası sonucu %10,3 oranında sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bu oran üzerinden gelir bağlanmış, sonradan bu oranının %29'a yükselmesi nedeniyle bu oran üzerinden yeniden bağlanan ilk peşin değerli gelir talep edilmiş olup artışlı gelirin %90 kusur karşılığına hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Dosya içeriğine göre; 13.11.2002 günlü iş kazası sonucu %10,3 oranında sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalının bu oranı, 04.08.2005 tarihi itibarıyla artmayla %29'a ulaşmış ve maluliyete itiraz neticesinde ATK 3. İhtisas Kurulu'ndan alınan raporla sigortalının %14,1 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş sayılacağı, iyileşme süresinin 13.11.2002 tarihi itibariyle 6 aya kadar uzayabileceği ve bu süre zarfında %100 malul sayılması gerektiği belirtilmiş, çelişki üzerine ATK Genel Kurulu'ndan alınan raporla sigortalının %14,1 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş sayılacağı, iyileşme süresinin 13.11.2002 tarihi itibariyle 6 aya kadar uzayabileceği belirtilmiştir.

Sürekli iş göremezlik ve malullük halinin belirlenmesinde izlenecek yolun ne olduğu 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun "Sağlık Raporlarının Usul ve Esasları"na dair 95. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, Kurum sağlık tesisleri tarafından raporlara dayanılarak verilen kararlara karşı ilgililerin S.S.Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz hakları mevcuttur. Söz konusu kurulun raporlarının Kurumu bağlayacağı diğer ilgililer yönünden bağlayıcı olmayıp, Adli Tıp Başkanlığı veya Tıp Fakültelerinin ilgili ana bilim dalı konseylerinden Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılmasını

isteyebilecekleri 28.06.1976 tarih ve 6/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararının gereğidir. Öte yandan; Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu raporu ile Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi raporu arasında çelişki ortaya çıkması durumunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.10.2010 gün ve 10-390 / 449 sayılı kararında da belirtildiği şekilde, çelişkinin Adli Tıp Kanunu'nun 15. maddesi gereği Adli Tıp Üst Kurulunca giderilmesi gereklidir. Çelişkinin Yüksek Sağlık Kurulu ile Tıp Fakültelerinin ilgili ana bilim dalından alınan sağlık kurulu arasında çıkması halinde de, amacın uyuşmazlığı en geniş katılımlı bir kurul kararı ile sona erdirmek, yeni çelişkilerin ortaya çıkıp uyuşmazlığı çözümsüzlüğe itmeyi engellemek olduğu dikkate alındığında, Adli Tıp Üst Kuruluna başvurulmalı ve alınacak raporla uyuşmazlık sona erdirilmelidir.

Somut olay incelendiğinde; kazalının sürekli iş göremezlik oranının başlangıçta %10,3 olmasına rağmen, bilahare artma ve azalma kayıtlarıyla en son %14,1 olması karşısında; anılan prosedür kapsamında, Mahkemece, sürekli iş göremezlik oranının düzeltme kaydı ile mi yoksa azalma kaydıyla mı %14,1 olduğu, iyileşme süreci sonunda sürekli iş göremezlik oranının ne olduğu Adli Tıp Üst Kurulu'ndan alınacak ek raporla belirlenmeli, bu belirlemeye göre başlangıçta %10,3 sürekli iş göremezlik oranı olup artma varsa baştan itibaren artan orana göre ilk peşin sermaye değerli gelirin saptanması ve fark iş göremezlik oranının düşülmesi gerekirken davacı kurumun hatalı hesap yöntemiyle belirlenen gelir esas alınmak suretiyle karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, temyiz eden taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin davacı kurum vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile davanın kabulüne ilişkin kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi kararının yukarıda açıklanan nedenlerle HMK'nın 373/2 maddesi gereği **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı ... Mad.A.Ş.'ye iadesine, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 16.09.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

KUR FARKI
•
ÇEKLE YAPILAN ÖDEMELER

ÖZET: Çekle yapılan ödemelerde kur farkı istenemeyeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.
Y. 11. HD. E 2020/4949 K. 2021/2315 T. 11.03.2021

Davacı vekili, davacı şirketin davalı şirketten 31.12.2008 tarihli, ... sıra nolu 7.177,56 TL, 21.10.2008 tarihli, ... sıra nolu 5.622,59 TL, 21.10.2008 tarihli, ... sıra nolu 70.463,96 TL'lik fatura bedelleri (kur farkı-kambiyo karı) ile cari hesaptan kaynaklanan alacaklarını ödemesini talep ettiğini, ancak davalının ödeme yapmaması üzerine ... 1. Noterliği'nin 21.11.2009 tarih ve 31298 Y.N.'lu ihtarnamesinin tebliğ edildiğini, yine ödeme yapılmaması üzerine ... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/2105 esas sayılı icra dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalının takibe itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline ve %40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda, dava dosyasında bulunan belgeler kapsamında davacı tarafından davalı şirkete toplamda 273.957,12 USD karşılığı 339.255,18 TL'lik fatura düzenlendiği, davalı şirket tarafından bu faturalara karşılık vadeli çeklerin verildiği, bu çeklerin ödeme tarihlerindeki TCMB Efektif USD satış kuru üzerinden değerlendirildiğinde USD olarak toplam ödeme tutarlarının 222.837,89 USD olduğu, 273.957,12 USD faturadan dolayı 51.119,23 USD kur farkı doğduğu, davaya konu kesilen faturaların toplam tutarlarının ise 46.931,98 USD + KDV = 55.379,74 USD karşılığı 83.264,10 TL olarak düzenlendiği, dava dosyasında mevcut bulunan belgelere ve alınan bilirkişi raporlarına göre davacının davalıdan kur farkından kaynaklı 83.264,27 TL alacaklı bulunduğu ve faiz talebinin de yerinde olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, cari hesap ve kur farkı alacağından kaynaklanan itirazın iptali

istemine ilişkindir. Dosya içerisinde bulunan 25.01.2018 tarihli bilirkişi ek raporu incelendiğinde cari hesaba yönelik yapılan ve hesaplamaya esas alınan 342.430,00 TL davalı ödemelerinin çeklerle yapıldığı görülmektedir. Çeklerle yapılan ödemelerde kur farkı istenemeyeceği Dairemizce istikrar kazanmış uygulamalardandır. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 11.03.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FATURALARIN İÇERİĞİ
•
KUR FARKI ALACAĞI

ÖZET: Faturaların mali mevzuat gereği Türk Lirası üzerinden tanzim edildiği döviz karşılıklarının da belirlendiği görülmektedir. Bu durum karşısında çekle yapılan ödemeler dışında havale ya da elden yapılmış ödemeler kapsamında kur farkı alacağı talep edilebileceği kabul edilmelidir.

Y. 11. HD. E. 2020/3819 K 2021/2489 T.16.03.2021

Davacı vekili, davacının petro kimya ve plastik hammadde satışı yaptığını, taraflar arasında mal satışına ilişkin '' Bilgi Amaçlı Satış Formu '' sözleşmesi düzenlendiğini ve malın davalıya teslim edildiğini, akdi ilişkinin yabancı para cinsinden olduğunu, Bilgi Amaçlı Satış Formu başlıklı sözleşmelerin 3. maddesinde TCMB USD döviz satış kuru üzerinden tanzim edilen mal bedeli faturalarının ödeme tarihinde davacı tarafından tespit edilen döviz kuru arasında fark doğacak olur ise bu takdirde kur farkı faturasının KDV dahil olarak ayrıca tahsil edileceği hükmünün yer aldığını, söz konusu kur farkı sebebiyle davalıya 31.12.2013 tarih 18776 numaralı 20.702,57 TL bedelli faturanın düzenlenerek davalıya gönderildiğini, davalı tarafından iade edilen fatura alacağının tahsili için başlatılan icra takibine davalı tarafından itiraz edildiğini belirterek itirazın iptali ile

%20 icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında kur farkı ödeneceğine dair yazılı bir sözleşme olmadığını, davalının fatura karşılığı mal satın aldığını ve bedelinin ödendiğini, davacının fatura bedellerini tahsil ederken kur farkı alacağı hususunda ihtirazi kayıt koymadığını, davacının kur farkı talebinde bulunamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamına göre, kur farkına ilişkin taraflar arasında açıkça yazılı bir sözleşme bulunmadığı, davacının iddiasına dayanak teşkil eden ve faks aracılığıyla gönderildiği iddia olunan ve dosyada fotokopisi bulunan Bilgi Amaçlı Satış Formları altındaki imzaların davalı şirket yetkilisi tarafından inkar edildiği, davacı tarafça dosyaya bu evrakların aslı sunulmadığı gibi iddiasına dayanak teşkil edecek herhangi bir bilgi ve belgeye de dosya kapsamında rastlanılmadığı, bu nedenle imza incelemesi yapılmasına da gerek olmadığı, ticari defterlerin incelenmesinde de bu hususa ilişkin bir kayıt olmadığı, davacı vekili tarafından dosyaya sunulan faks çıktılarının delil olarak kabul edilemeyeceği, nitekim bu hususun (Kapatılan) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2012/16268 Esas, 2013/1418 Karar sayılı ilamında da vurgulandığı, davalının imzasını dahi taşımayan ve sözleşme olarak kabulü mümkün bulunmayan belgeye göre kur farkı adı altında fatura kesilip davacının ticari defter ve kayıtlarına alınmasının davacıyı alacaklı hale getirmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava kur farkından kaynaklanan alacağa ilişkin itirazın iptali davasıdır.Dosya içeriğindeki davalı defterine kaydedilen faturalar mali mevzuat gereği TL üzerinden düzenlenmiş ise de, döviz karşılığının da düzenlendiği görülmektedir.Bu durumda çekle yapılan ödemelerden dolayı kur farkı talep edilemeyecek ise de, havale yada elden yapılan ödemeler yönünden farkın istenebileceği gözetilerek uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile davanın tamamen reddedilmesi isabetli olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ:

Yukarıda anlatılan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 16.03.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ MAAŞININ HACZEDİLMEZLİĞİ
•
ÖNCEDEN YAPILAN ANLAŞMALAR

ÖZET: Emekli maaşının haciz edilmeyeceğine dair önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu davacının maaştan kesinti yapıldığını öğrendiği anda dava açmamış olmasının zımni muvafakat anlamında kabul edilemeyeceği dikkate alınarak davacının emekli maaşından yapılan kesintilerin iade edilmesi gerekir.

Y. 11. HD. E 2021/3644 K. 2021/4618 T. 31.05.2021

Davacı vekili, davalı bankadan kredi kullanan davacının, kredilerin emekli maaşından kesilmesine dair taahhütname vermediği halde maaşından yapılan kesintiler sebebi ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 17.500.-TL'lik kesintinin davalıdan alınarak kendisine verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının talebinin istirdat mahiyetinde olduğunu ancak istirdatın şartlarını sağlamadığını, davacının bankacılık hizmet sözleşmesi ile maaşından kesinti yapılmasına muvafakat verdiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonunda, davacının kredi kulandığı banka nezdinde yapılan temel bankacılık hizmet sözleşmesinde muvafakatname, taahhütname, virman, takas ve mahsup talimatı sözleşmesi yaptığı, genel işlem şartlarının haksız şart olatak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karara karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince, davacının davalı ile imzaladığı sözleşmelerde takas, mahsup ve rehine muvafakat vermişse de bu muvafakatin İİK 83/a maddesi uyarınca geçersiz olduğu, davacının iddiasının emekli maaşının haczedilemeyeceğine yönelik olduğu, İİK 72/6 maddesinde düzenlenen istirdat davası olmadığından hak düşürücü sürenin sözkonusu olmadığı, 5510 sayılı Kanun'un 93. ve İİK'in 83. maddesi uyarınca emekli maaşının haczedilebileceğine dair önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu, bu nedenle davacının kesintileri öğrendiği anda dava açmamasının zımni muvafakatinin olduğunu göstermeyeceği, davacının emekli maaşından yapılan kesintilerin iadesi talebinin yerinde olduğu gerekçesi ile, davacı

vekilinin istinaf başvurusunun esastan kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının HMK'nın 353/(1)-b.2 gereğince kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne, davacının SGK emekli maaşından kesilen toplam 15.781,37 TL'nin davalı bankadan tahsili ile davacıya verilmesine, dava değeri 78.630,00 TL'nin altında olduğundan kesin olarak karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olup, Bölge Adliye Mahkemesince, HMK'nın 362/1-a maddesinde belirtilen miktar veya değeri 78.630,00 TL'yi geçmeyen kararların temyiz edilemeyeceği gerekçesiyle, 03.03.2021 tarihli ek karar ile davalı vekilinin temyiz talebinin reddine karar verilmiştir.

Davalı vekili ek kararı temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, ek kararın dayandığı gerektirici sebeblere temyiz olunan miktarın 6100 sayılı HMK 362/1-a maddesinde öngörülen kesinlik sınırları içerisinde bulunmasına göre ek karara yönelik temyiz isteminin reddi ile ek kararın onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle davalı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin reddi ile HMK 370/1 maddesi gereğince ek kararın **ONANMASINA**, HMK 372 maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 31.05.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KUR FARKI ALACAĞI
•
HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Kur farkı alacağı hesabından malın fatura tarihindeki kura göre bedeli tespit edilip fiili ödemenin yapıldığı tarihteki bedeli tespit edilip aradaki fark kadar alacağa hükmedilmelidir.

Y. 11. HD. E. 2020/5195 K. 2021/4976 T. 10.06.2021

Davacı vekili, davacı ile davalı arasında ticari ilişki bulunduğunu, bu ticari ilişki kapsamında davacının davalıdan mal aldığını, mal bedellerinin davalıya ödendiğini, ancak başka bir firmaya ödeme yapılacakken isim benzerliğinden sehven davalı şirkete 11.515,92 TL ödeme yapıldığını, ödemenin sehven yapıldığının davalı tarafça da kabul edildiğini, buna karşın iade edilmediğini, bu nedenle başlatılan takibe davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalının davacıya bir kısım ürünler sattığını, davacının borcunu ifa amacıyla Yapı Kredi Bankasından olan alacağının 320.000 USD+KDV kadarını davacıya temlik ettiğini, fatura üzerinde " İşbu fatura ....USD karşılığı kesilmiş olup vade tarihinde ....USD olarak tahsil edilecektir." şeklinde bir açıklama yer aldığını, davacının davalıya yabancı para cinsinden borçlandığını, fiili ödeme tarihinde ödemelerini fatura tarihindeki Türk parası üzerinden yaptığını, müvekkilinin fatura ve fiili ödeme tarihindeki döviz kurunun farklı olması nedeniyle alacaklı olduğunu, davalının hesabına 111.514,92 TL havale yapıldığını, 33.907,92 TL alacağın mahsup edilerek bakiye 77.607 TL'nin davacı hesabına iade edildiğini savunarak, davanın reddini ve %20 tazminat istemiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamaya göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık davalının vade farkı talep hakkı bulunup bulunmadığı, ödeme için ödeme tarihindeki USD kuru değerinin mi, yoksa fatura tarihindeki kur değerinin mi nazara alınacağı noktasında toplanmakta olup, satın alma sözleşmesinin 4.2 maddesine göre de "fatura tarihindeki USD kurunun nazara alınacağı" açıkça düzenlendiği, ancak daha sonradan davalı tarafından tanzim edilen faturalarda "İşbu fatura USD karşılığı kesilmiş olup vade tarihinde.... USD olarak tahsil edilecektir" ibaresi yer aldığı görüldüğü, işbu faturalara davacı yan tarafından itiraz edildiği ile ilgili dosyada somut bir belge ve verinin bulunmadığı görüldüğü, ödeme

tarihindeki USD kuru dikkate alınmış olup bu bağlamda davalı yanın davacı yana borcunun bulunmadığının tespit edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ise de bozma ilamı gereğince araştırma yapılmamış, alınan bilirkişi raporu da somut olayı çözmekten uzak soyut gerekçelere dayalı olup hükme esas alınamaz. Mahkemece dava dosyasının yeni bilirkişiye verilerek taraflar arasında düzenlenen satıma konu malın fatura tarihindeki TL karşılığı USD kuru tespit edilip bu USD'nin fatura bedellerinin ödendiği tarihlerdeki TL karşılığı USD bedeli tespit edilip fatura tarihi ile ödeme tarihi arasında kur farkı olup olmadığı belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme sonucu karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, takdir olunan 3.050,00 TL duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 10.06.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KUR FARKI TALEBİ • İSPAT KOŞULU

ÖZET: Kur farkı talep edilebilmesi için taraflar arasında yapılmış bir sözleşmenin ya da bir uygulamanın mevcut olması gerekir.*

Y. 11. HD. E. 2020/4207 K. 2021/6235 T. 15.11.2021

Davacı vekili, taraflar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan kur farkı alacağı için düzenlenen faturaların davalı tarafa noter kanalıyla bildirildiğini, ödeme yapılmayınca davalı hakkında icra takibi başlatıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptali ile %20 icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın haksız olduğunu, davacının düzenlemiş olduğu kur farkı faturasına itiraz edildiğini ve faturanın iade edildiğini, davacı tarafından sunulan sipariş formlarındaki imzaların davalı şirket yetkilisine

* Yargıtay 11. HD. 16.03.2021 T.2020/3816-2021/2492 sayılı kararında aurı doğrultudadır.

ait olmadığını, davacı ile aralarında kur farkına dair yazılı bir sözleşme bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamına göre, kur farkı alacağının istenebilmesi için borcun yabancı para cinsinden ödeneceği ve kur farkı yansıtılacağı hususunda taraflar arasında yazılı bir sözleşme veya uygulama bulunması gerektiği, davalı tarafın alacağın yabancı para ile ödeneceği veya kur farkı yansıtılacağını kabul etmediği, davacı tarafça dayanak olarak ileri sürülen sipariş formlarının asıllarının sunulmadığı, fotokopi olarak sunulan sipariş formları altındaki imzaların davalı şirket yetkilisi tarafından kabul edilmediği, sunulan sipariş formlarının fotokopi olması nedeni ile mahkemece imza incelemesine ilişkin bilirkişi raporunun da aldırılamadığı, davacı tarafça davalıya gönderilen ihtarnamelerin kabul edilmeyerek iade edildiği, alacağın yabancı para cinsinden ödeneceği ve kur farkı yansıtılacağı hususunun davacı tarafça ispatlanması gerektiği ancak bu hususun usulüne uygun delillerle ispatlanamadığı, ayrıca dava dilekçesinde açıkça yemin deliline dayanılmadığından yemin delilinin hatırlatılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karara karşı davacı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 4,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 15/11/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ • HAKSIZ İŞGAL • ECRİMİSİL

ÖZET: Kira sözleşmesinin sona ermesi ile kiralanan yeri boşaltmayarak o yerde bir süre daha kalan kişinin kiralayana ecrimisil ödemesi gerekir.

Y. 11. HD. E. 2021/5902 K. 2021/6459 T. 22.11.2021

Davacı vekili, taraflar arasındaki ticari ilişkiye istinaden davalı hakkında fatura borcu nedeniyle icra takibi başlatıldığını, takibe davalı tarafından itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında 11/07/2009 tarihli işletme projesinin imzalanmış olduğu, bilahare taraflar arasındaki protokole göre davalı ...'nin işletme projesinden doğan kira bedeli borçlarından 11/07/2010 tarihine kadar olan tüm borçları için 5.850,00 TL hariç olmak üzere ibra edildiği, 5.850,00 TL borç için de senet verilmiş olduğu, 11/07/2010 tarihine kadarki dönem için ibranın söz konusu olduğu, belirtilen protokolde 11/07/2010 tarihinden itibaren işletme sözleşmesi aylık bedelinin 7.500,00 TL+KDV ve güvenlik bedelinin, işletme sözleşmesini imzalayacak olan yeni gerçek ya da tüzel kişiye ait olacağının kararlaştırıldığı, davacı tarafından davalı ile yapılan sözleşme devam ederken 05/01/2010 tarihinde dava dışı 3. kişi olan ... ile yeni bir işletme sözleşmesinin imzalanmış olduğu, imzalanan bu sözleşmeyle davacının davalı ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmiş olduğu, talebe konu 11/07/2010 tarihinden sonraki kira bedellerinin yeni işletmeciden talep edilebileceği, tarafların bunu protokolle kararlaştırmış oldukları, davacının yapılan ibra ve protokolden sonra davalıdan ecrimisil ya da işletme bedelini talep edemeyeceği, 05/01/2011 tarihli sözleşme gereği yeri kullanan kişinin Muhterem Yıldırım olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karara karşı davacı vekili temyiz kanun yoluna başvurmuştur.

Dava mahkemece de nitelendirildiği üzere haksız işgal tazminatının tahsiline ilişkin başlatılan takibe itirazın iptali davasıdır. Taraflar arasındaki işletme (kira) sözleşmesi düzenlenen tarihsiz protokolle 11.07.2010 tarihi itibariyle sonlanmıştır. Bu durumda davalı, icarında bulunan yeri

tahliye etmek suretiyle davacıya teslim borcu altına girmiştir. Ancak toplanan delillerden de anlaşılacağı üzere mecuru iki ay daha hukuksal bir sebebe dayanmadan işgal ettiği ve bu suretle davacı lehine bir ecrimisil alacağı doğmuş olduğu aşikardır. Davalının istenen ecrimisil bedeline ayrıca ve açıkça bir itirazı da söz konusu olmadığına göre davalı hakkında iki adet fatura nedeniyle başlatılan takibe yapılan itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 22/11/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

İCRA TAKİBİ • YABANCI KİŞİLER
•
TEMİNAT KOŞULU

ÖZET: İcra takibinde bulunan yabancı ve gerçek ve tüzel kişiler mahkeme veya icra Müdürlüğünce belirlenecek olan teminatı yatırmak zorundadırlar. Yabancı devleti karşılıklılık uygulamasının bulunması veya bu konuda uluslararası sözleşme bulunması halinde teminat yatırmada muafiyet oluşacaktır.

Y. 12. HD. E. 2015/26555 K. 2016/3489 T. 11.02.2016

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97.maddesine göre de; "Türkiye'de Kanunu Medeni mucibince ikametgahı olmıyan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeğe mecburdur." düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddelerde öngörülen teminat hususu takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re'sen gözetilmelidir.

Mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir.

Yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK. nun 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır.

İcra takibini yapan alacaklı şirket Hollanda uyrukludur. Şirketin tabi olduğu Hollanda devleti Lahey Sözleşmesine taraftır.

13.04.1972 tarih ve 7/4283 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca onaylanması kararlaştırılarak 23.05.1972 tarih ve 14194 sayılı resmi gazetede ilan edilen 01.03.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 17/1. maddesinde "Akit devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan akit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez." hükmü düzenlenmiştir.

Tüzel kişilerin bu sözleşme kapsamına dahil edilmesi için Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan "Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesinde "Bir akit devlette mutat meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilirden (tüzelkişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri yada mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet yada depozito istenemez." değişikliği yapılmıştır. "Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun tasarısı" hazırlanarak meclise sunulmuş, ancak tasarının henüz yasalaşmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzel kişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzel kişileri kapsamadığını göstermektedir.

O halde mahkemece alacaklıya süre verilmek suretiyle icra müdürlüğünce belirlenecek teminatı yatırması sağlanarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 11.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA TAKİBİ • YABANCI KİŞİLER • TEMİNAT YATIRMA KOŞULU

ÖZET: İcra takibi yapan yabancı ve gerçek tüzel kişiler teminat göstermek zorundadırlar. Bu teminat takip yapma şartı olup mahkemece resen dikkate alınmalıdır.

Takibin İcra Mahkemesi'nde itirazın iptali safhasında gelmiş olması ya da bu teminat zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Y. 12. HD. E 2015/345 K. 2015/10684 T. 21.04.2015

Alacaklı tarafından taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takipte, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, alacaklının yabancı uyruklu olduğunu bu nedenle teminat yatırması gerektiğini ileri sürerek alacaklıya teminat yatırması için kesin süre verilmesini, teminatın yatırılmaması halinde ise takibin iptaline karar verilmesini istediği, mahkemece itirazın iptali davasının kısmen kabul kısmen reddine karar verildiğinden şikayetin konusuz kalması nedeni ile karar verilmesine yer olmadığına hükmedildiği anlaşılmıştır.5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Anılan maddede öngörülen teminat hususu takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re'sen gözetilmelidir.Yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK. nun 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır.Somut olayda alacaklı tarafın... olduğu ve ... Adaları Cumhuriyeti uyruklu olduğu görülmüştür. ...1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.02.2014 tarih ve 2012/116 E., 2014/185 K. sayılı ilamı ile takip dosyası hakkında itirazın iptaline karar verilmiş olması, MÖHUK. nun 48.maddesinde öngörülen teminat koşulunu ortadan kaldırmaz.

Bu durumda, mahkemece alacaklının tabiiyetinin bulunduğu ... Adaları Cumhuriyeti ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet

olup olmadığı araştırıldıktan sonra yok ise alacaklının teminat yatırması gerektiğine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizidir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21/04/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI ÜLKEDE DÜZENLENEN VEKALETNAME

•

GEÇERLİLİK ŞARTI TEMİNAT ŞARTI

ÖZET: Yurtdışında düzenlenmiş olan vekaletnamelerin Türkiye'de geçerli olabilmeleri belirli şartlara bağlıdır. İcra takibi yapan yabancı ve gerçek ve tüzel kişiler teminat yatırmak zorundadırlar. Yabancı devletle karşılılık uygulamasının bulunması ya da uluslararası sözleşme bulunması halinde teminat gösterme zorunluluğu olmayacaktır.

Y. 12. HD. E. 2019/566 K. 2020/714 T. 03.02.2020

İlamsız icra takibinde, borçlu donatanın icra mahkemesine başvurusunda; ödeme emri tebliğinin usulsüz olduğunu, tebliğ tarihinin öğrenme tarihi olarak belirlenmesini talep ettiği, mahkemece şikayetin kabulü ile ödeme emri tebliğ tarihinin 24/10/2017 tarihi olduğunun tespitine karar verildiği, alacaklı tarafından, ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğu, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun HMK'nin 353/1-b-1. maddesi gereğince esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

Yurt dışında düzenlenen vekaletnamelerin Türkiye'de geçerli olabilmesi belirli şartlara bağlıdır.

HMK 244 şu hükümleri ihtiva etmektedir. "(1) Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye'de bu vasfı taşıması, belgenin

verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır.

(2) Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır." ayrıca konu ile ilgili Noterlik Kanununun 195. maddesinde ise şu düzenleme mevcuttur: "Yabancı memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mührü, konsolos tarafından onanır. Özel kanun hükümleri saklıdır." anılan hükümlere göre yabancı bir ülkede, o ülkenin yetkili makamı tarafından düzenlenen resmi belgelerin Türkiye'de bu vasfı taşıması için belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk Konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır.

Türkiye 1961 tarihli "yabancı resmi belgelerin tasdiki mecburiyetinin kaldırılması hakkımdaki La Haye Sözleşmesi"ni 1984 yılında onaylamış ve bu sözleşme 1985 yılında yürürlüğe girmiştir.

Yabancı ülke noterlerince kendi mevzuatlarına uygun olarak düzenlenen vekaletnameler, belgenin hazırlandığı ülkenin yetkili makamınca 1961 tarihli lahey sözleşmesine göre tasdik edilip tasdik şerhi ülke lisanı yanına Fransızca "Apostille (Convertion De La Haye Du Octobre 1961" ibaresini de taşıması halinde bu tür belgeler ve vekaletnameler ile Türkçe tercümelerinde ayrıca o yerdeki Türk Konsolosluğunun tasdiki aranmadan işlem yapılmaktadır

Apostille şerhi olmayan yani 1961 tarihli Lahey sözleşmesine taraf olmayan yabancı ülke noterlerince kendi mevzuatlarına uygun olarak düzenlenen vekaletnamelerde ilgili noterin bağlı bulunduğu resmi makam tarafından bu mercinin imza ve mührünün o yerdeki Türk Konsolosluğunca tasdik edilmesinden sonra bu vekaletnamelerle işlem yapılabilinmektedir.

HMK'nun "Vekaletnamenin İbrazı" başlıklı 76/1. maddesinde; "Avukat, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır" hükmü düzenlemiş olup, "Vekâletnamesiz Dava Açılması Ve İşlem Yapılması" başlıklı 77/1. maddesine göre ise, "vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf, yapılan iş-

lemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, bir avukatın vekaletnamesiz işlem yapması olanaklı değildir (YHGK. 2011/11-779 Esas, 2011/786 Karar, 14.12.2011 Tarih).

Kıbrıs Cumhuriyeti, Ada'daki Kıbrıs Rum ve Türk Halkları arasında ortaklık temeline dayandırılan uluslararası antlaşmalar uyarınca 1960 yılında kurulmuştur. Söz konusu ortaklık Kıbrıs Rum tarafının 1963 yılında Kıbrıs Türk tarafını tüm devlet organlarından zorla uzakta tutarak devleti hukuka aykırı şekilde ele geçirmesiyle ortadan kalkmıştır. böylelikle 1963 yılından itibaren Ortaklık Devlet'inden dışlanan Kıbrıslı Türkler, kendi hudutları içerisinde örgütlenerek, devlet otoritesini ve egemenliğini icra etmektedirler. Kıbrıslı Türkleri ve Kıbrıslı Rumları ortaklaşa ve dolayısıyla Kıbrıs'ı bir bütün olarak hukuken ve fiilen temsil etmeye yetkili tek bir makam mevcut değildir.

Güney Kıbrıs Rum yönetimi ülkemiz tarafından tanınmamakta ve dolayısıyla diplomatik, siyasi, hukuki ve ekonomik herhangi bir ilişkimiz bulunmamaktadır.

Somut olayda; davacı borçlu donatanı temsilen sunulan vekaletnamenin Güney Kıbrıs Rum yönetimi makamlarınca düzenlenmiş vekaletname olduğu; Güney Kıbrıs Rum yönetiminin Türkiye Cumhuriyeti tarafından resmi olarak tanınmadığı, bu nedenle vekaletnamenin Türk yasalarına göre geçerli olmadığı anlaşılmıştır.

O halde, yukarıda açıklanan usul hükümleri gereğince, mahkemece HMK'nun 77. maddesi gereğince işlem yapması gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Diğer yandan;

Türk Hukukunda kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanmaları herhangi bir sınırlandırmaya tâbi tutulmamıştır. Ancak bazı istisnai durumlarda dava açan veya takip hakkını kullananın önceden belirlenen bazı özel yükümlülükleri yerine getirmesi şart koşulabilir. Bu istisnai şartlardan biri de teminat gösterme yükümlülüğüdür (cauta judicatum solvi).

Alacaklının takipte haksız çıkması halinde borçlunun uğrayacağı muhtemel zararların istenebilmesinin zor veya imkansız olacağı zannedilen bazı özel durumlarda kanun koyucu tarafından teminat gösterilmesi gerekli görülmüştür.

5718 sayılı MÖHUK madde 48/1'e göre; "Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tü-

zel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır". MÖHUK'ta teminat gösterme yükümlülüğü konusunda "yabancılık" ölçütü esas alınmıştır. Buna karşın davalının veya kendisine karşı takibe girişilen karşı tarafın vatandaşlığı, bu madde kapsamında da bir öneme sahip değildir

MÖHUK madde 48/2'de ise; "Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar" hükmü yer almaktadır.

Buna göre Türk hâkimi, yabancı davacının, davaya katılanın veya icra takibinde bulunanın vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) var ise, bu kişiyi teminattan muaf tutacaktır. Karşılıklılık, iki devlet arasında imzalanan (iki taraflı) anlaşma veya iki devletin de taraf olduğu uluslararası (çok taraflı) anlaşma ile sağlanabileceği gibi, kanuni veya fiili karşılıklılık şeklinde de sağlanabilir. Az yukarıda belirtilen anlaşmalardan biri de 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi olup, anılan sözleşmenin 17. maddesinde; âkit devletlerden birinde ikamet eden ve diğer bir devletin mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları sebebi ile herhangi bir teminat istenemeyeceği düzenlenmiştir.

İlk derece mahkemesine şikayet yoluyla başvuran donatan şirketin marshall adalarında kurulu olduğu belirtilmiş olmakla, mahkemece şikayetçinin teminat muafiyetinin bulunup bulunmadığı hususunda, hükme dayanak oluşturacak nitelikte bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece, şikayetçinin teminattan muaf olup olmadığı hususunun ... Bakanlığından sorularak alınacak yazı cevabına göre, şikayetçinin teminat göstermesi gerektiği sonucuna varılırsa, teminatın yatırılması için şikayetçiye kesin süre verilmesi, anılan sürede belirtilen teminatın yatırılmaması halinde istemin usulden reddine, yatırılması halinde ise, dava şartı eksikliği süresinde giderilmiş olacağından işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nin 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nin 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 24/10/2018 tarihli ve 2018/1447 Esas-2018/1932 Karar sayılı istinaf talebinin reddine

ilişkin kararının **KALDIRILMASINA** ve ... 3. İcra Hukuk Mahkemesinin 03/04/2018 tarihli ve 2018/53 Esas-2018/271 Karar sayılı kararının **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, dosyanın, kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de, Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 03/02/2020 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BORÇLUYA İKİNCİ KEZ GÖNDERİLEN ÖDEME EMRİ
•
İTİRAZ HAKKI

ÖZET: Alacaklının talebiyle borçluya ikinci kez ödeme emri tebliği borçluya yeni bir itiraz hakkı tanır.

Y. 12. HD. E. 2021/2193 K. 2021/6921 T. 24.06.2021

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan takipte, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, takibe konu senedin teminat senedi olarak verildiğini, kayıtsız şartsız borç ikrarının içermediğini, kambiyo vasfında olmadığını, senedin arka yüzünde belirtilen kredi borcunun başka bir takip dosyasına ödendiğini, ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, ilk derece mahkemesince; davanın kabulü ile borçlu yönünden takibin iptaline karar verildiği, alacaklının istinaf yoluna başvurması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince; alacaklının istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verildiği görülmektedir.

Somut olayda, ödeme emri tabligatının, borçlunun yurt dışı adresine tebliğ edildiği, her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesince Los Angeles Başkonsolosluğunun hazırladığı tebliğ tebellüğ mazbatasına göre ödeme emrinin davacıya 12/12/2018 tarihinde tebliğ edildiği gerekçesi ile süre aşımından ret kararı verilmiş ise de; icra dosyasında alacaklı vekilinin 28/11/2018 tarihli yeniden ödeme emri tebliğ talebinin olduğu, dosyada mevcut Los Angeles Başkonsolosluğunun icra müdürlüğüne göndermiş olduğu 24/12/2018 tarihli üst yazısında da "…. adı geçenin 19 Aralık 2018 tarihli dilekçesi ile adli evrakı teslim aldığına dair Başkonsolosluğumuzca

hazırlanan Tebliğ-Tebellüğ mazbatası onaylanarak ekte sunulmaktadır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesi uyarınca çağrı bildiriminin ilgilinin adresine teslimini müteakip başlayan 30 günlük başvuru süresi içerisinde Başkonsolosluğumuza müracaat edilmemiş olması nedeniyle, tebligat 26 Aralık 2018 tarihinde adı geçene tebliğ edilmiş sayılabileceği düşünülmektedir...." şeklinde açıklamada bulunulduğu, ekinde bulunan 26/12/2018 tarihli tebliğ tebellüğ mazbatasından da tebliğ tarihinin 26/12/2018 olarak belirtildiği, borçlu vekilinin de şikayet dilekçesinde ödeme emrinin 14/12/2018 tarihinde konsolosluk aracılığı ile tebliğ edilmiş olduğunu beyan ettiği görülmektedir. Bu durumda borçlu tarafından icra mahkemesine 18/12/2018 tarihinde yapılan başvurunun yasal beş günlük süre içerisinde olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan Dairemizin, Hukuk Genel Kurulu'nca da aynen benimsenen yerleşik uygulamasına göre, alacaklının talebiyle icra müdürlüğünce borçluya ikinci kez ödeme emri tebliği, ona yeni bir itiraz hakkı tanır (HGK.nun 13.12.2006 tarih ve 2006/12-786/783 sayılı kararı).

O halde Bölge Adliye Mahkemesince; işin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin süre aşımı nedeniyle reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile, ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 28/10/2020 tarih ve 2019/1284 Esas - 2020/1551 Karar sayılı kararının yukarıda yazılı nedenlerle, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 24/06/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İHTİYATİ HACİZ • İNFAZA İLİŞKİN SORUNLAR • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İhtiyati haciz tedbir niteliğinde bir uygulama olup bu ihtiyati tedbirin infazına ilişkin şikayetlerin kararı veren mahkeme tarafından uygulanması gerekir.

Y. 12. HD. E 2021/5721 K. 2021/10785 T. 30.11.2021

Şikayetçinin icra mahkemesine başvurusunda; genel mahkemece verilen ihtiyati haciz ara kararı üzerine uygulanan ihtiyati hacizlerin, yine şikayetçinin başvurusu üzerine icra hukuk mahkemesince nakdi teminatın yatırılması sureti ile kaldırılmasına karar verildiği ve kararın istinaf edilmeksizin kesinleştiği, yatırılan nakdi teminatın sunacakları teminat mektubu ile değiştirilmesi ve nakdi teminatın şikayetçiye iadesi talebinin ihtiyati haczin infazı ile görevli icra müdürlüğünce usul ve yasaya aykırı olarak reddedildiğini ileri sürerek 19.11.2019 tarihli müdürlük kararının iptalini talep ettiği, ilk derece mahkemesince, şikayetin reddine karar verildiği, şikayetçi tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, genel mahkemece yapılan yargılama sırasında ihtiyati hacze ilişkin verilen bir ara kararın (ihtiyati tedbir mahiyetindeki ihtiyati haciz kararının) infazı söz konusu olduğu, bu ihtiyati haciz hakkında bir takibin bulunmadığı görülmekle şikayetçinin talebinin ancak genel mahkemede yapılan yargılamada değerlendirilebileceğinden icra mahkemesinin talep hakkında karar verme görevi bulunmadığı, bu gerekçe ile şikayetin reddi gerekir ise de sair gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmekle sonucu itibariyle doğru mahkeme kararına karşı yapılan istinaf talebinin esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

Somut olayda; şikayete konu edilen ihtiyati haciz kararı İİK'nun 281/2. maddesine göre verilmiş olup, gerçekte ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar olduğu, ayrıca ... Anadolu 18. İcra Müdürlüğü'nün 2019/32528 E. sayılı dosyası ile herhangi bir icra takibinin başlatılmadığı, sadece genel mahkeme yargılaması sırasında verilen ihtiyati haciz kararının infaz edildiği görülmüştür.

Bu nedenle kararın infazına ilişkin inceleme görevi, ihtiyati haciz kararını veren ... Anadolu 26. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait olup Bölge Adliye Mahkemesince, icra mahkemesinin talep hakkında karar verme görevi

bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin şikayetin reddine dair kararının ortadan kaldırılarak davanın görevsizlik nedeniyle usulden reddine karar verilmesi yönünde yeniden hüküm kurulması gerekirken, icra mahkemesinin talep hakkında karar verme görevi bulunmadığı tespitine rağmen, şikayet reddedildiğinden sonucu itibariyle doğru mahkeme kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

O halde; ilk derece mahkemesince, ihtiyati haciz hakkında bir takibin bulunmadığı, ihtiyati haczin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu değerlendirilerek ihtiyati tedbirin infazına ilişkin şikayetlerin de kararı veren ... Anadolu 26. Asliye Hukuk Mahkemesince incelenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görevsizlik nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin istinaf talebinin esastan reddine ilişkin 28.01.2021 tarih ve 2020/775 E. - 2021/210 K. sayılı kararının **KALDIRILMASINA,** kamu düzeni nedeniyle re'sen yapılan inceleme sonucu ... Anadolu 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 20/01/2020 tarih, 2019/871 E. - 2020/34 K. sayılı kararının **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre borçlunun temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin de, Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 30/11/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

DOĞUMDAN SONRA YAPILAN FESİH
•
AYRIMCILIK TAZMİNATI

ÖZET: Doğumdan sonra doğum izni kullanan ve ücretsiz izine ayrılan kadın işçinin hizmet akdinin bu sahada feseden işveren feshin makul ve geçerli bir sebebe dayandığını ispat edememiştir. Bu durum karşısında işçiye ayrımcılık yapıldığı kabul edilerek ayrımcılık tazminatına hükmedilmelidir.

Y. 22. HD. E. 2015/15750 K. 2015/20058 T. 09.06.2015

Davacı işçi vekili, müvekkilinin davalı şirkete ait iş yerinde çalışmaya başladıktan son-ra hamile kaldığını, hamileliğini öğrenen şirket ortağının verimsiz olacağını düşünerek işten çıkmaya zorladığını, mesleki açıdan yetersiz olduğunu söyleyerek kendisine sürekli psikolojik baskı yaptığını, ücretini ödemediği halde fazla mesaiye bıraktığını, işsiz kalmamak adına doğum iznine ayrılıncaya kadar bu baskılara boyun eğmek zo-runda kaldığını, kendisine verilen görevleri eksiksiz yerine getirmeye çalıştığı halde doğum izninde iken iş sözleşme-sinin feshedildiğini ileri sürerek yapılan ayırımcılık nedeniyle tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren vekili, davacıya psikolojik baskı ve ayrımcılık yapıldığına yönelik iddianın doğru olmadığını, davacının doğum izni dönüş tarihinde şirketin yüklenimi altındaki işlerin alt yüklenici tarafından ifa edildiğini, söz-leşmenin feshedildiği tarihi itibariyle işyerinde mimar çalıştırılmasına ihtiyaç kalmadığını belirterek davanın reddi-ne karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı işverenin eşit davranma ilkesine aykırı bir tutum ve davranışının ispat edilemediği gerekçesiyle eşit davranmama tazminatının reddine karar verilmiştir.

Eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu

Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

Istihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC sayılı Direktifinin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15 inci maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır.

"Eşitlik İlkesi" en temel anlamda Anayasanın 10. ve 55. maddelerinde ifade edilmiş, 10 uncu maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiş; üçüncü fıkrasında ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı dü-zenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcu vurgulanmıştır.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda söz edilen maddesine göre eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide ol-makla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde göste-ren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda davacı işçi, davalıya ait işyerinde mimar olarak işe başlamıştır. Davacının işe girdiği tarihte dosya kapsamına göre işyerinde bir erkek ve sekiz bayan işçi olmak üzere toplam dokuz işçi çalışmaktadır. Davacı 16.02.2011-13.04.2011 tarihleri arasında doğum öncesi izin, 13.04.2011-07.06.2011 tarihleri arasında doğum sonrası izin kullanmış, 08.06.2011-08.12.2011 tarihleri arasında ise doğum nedeniyle ücretsiz izne ayrılmıştır. İş söz-leşmesi davalı işveren taraqfından 06.12.2011 tarihli bildirimle gerekçesiz olarak feshedilmiştir. İş sözleşmesnin feshedildiğit tarih itibariyle çalışan sayısında artış meydana gelmiştir. Davacı iş sözleşmesinin feshinden sonra hamile kaldığı için kendisine ayrımcılık yapıldığını ve doğum sonrası iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek 28.12. 2011 tarihinde ... şikayette bulunmuştur. ... şikayet konusunun

mesleki bir konu olmadığı gerekçesi ile işlem yapılamadığına karar verilmiştir.

Davalı işveren vekili cevap dilekçesinde şirket tarafından yürütülen işlerin alt yükleniciye verildiğini belirtmiş, dava-lı tanıkları ise davacının doğum sonrası işlerin yoğun olmamasından dolayı işe başlatılmadığını açıklamışlardır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre alt yüklenici olduğu belirtilen .... ile davalı şirketin aynı adreste faaliyet gösterdikle-ri, davalı şirket ortağı ...'ın anılan şirkette mimar olarak yönetici pozisyonunda olduğu anlaşılmaktadır. Şirketler arasındaki organik bağ, isim benzerliği ve asıl işin yaptırılması da dikkate alındığında aralarında 4857 sayılı Kanun'un 2.maddesinin 6 ve 7. fıkralarına aykırı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmelidir. Her iki şirketin toplam çalı-şan sayısı gözönünde bulundurulduğunda "ihtiyaç kalmadığı" şeklinde gösterilen fesih gerekçesinin gerçeği yansıt-madığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş mey-dana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değil-dir. Davalı işverenin cinsiyet nedeniyle ayırımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca davacının 4857 sayılı Kanun'un 5.maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAFTA TATİLİ • FAZLA ÇALIŞMA ISLAHA KARŞI • ZAMANAŞIMI DEFİ • İZİN ÜCRETİ FAİZİ

ÖZET: Kural olarak hafta tatili çalışması fazla çalışmadır bu nedenle dava dilekçesinde ayrı bir kalem olarak hafta tatili ücreti talep edilmemiş olsa da eğer işçi haftada yedi gün çalıştığını iddia etmiş ve bu iddiasını ispat etmiş ise haftanın yedinci günü olan hafta tatili gününe isabet eden çalışma süresi de fazla çalışma ücreti olarak hesaplanmalıdır. Islah dilekçesinin tebliğini izleyen iki haftalık süre içerisinde zamanaşımı defi ileri sürülmelidir. İzin ücretine uygulanan faiz en yüksek mevduat faizi değil yasal faizdir. Asıl dava ile birleşen dava için ayrı ayrı vekalet ücreti ve mahkeme takdir edilmelidir.

Y. 22. HD. E. 2018/14195 K. 2018/23782 T. 07.11.2018

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Aynı ilkeler, hafta tatili çalışmasının ispatı bakımından da geçerlidir.

Somut olayda, davacı haftanın yedi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştığını, fazla 4857 sayılı Yasanın 46.maddesinde bu kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63'üncü maddeye göre belirlenen işgünlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verileceği bildirilmiştir. Yirmidört saat dinlenmenin haftanın pazar günü dışında başka bir gününde kullandırılması olanaklıdır. Ancak işçinin hafta tatillerinde çalıştırılarak 24 saatlik dinlenme süresinin (hafta tatili) toplu halde kullandırılması yasa hükmünün konuluş amacına aykırı olduğundan mümkün değildir.

Somut olayda; davacı haftanın yedi günü çalışmasına rağmen ücretinin ödenmediğini iddia etmiş olup, davacı tanıklar ayda dört gün izin

kullandırıldığını beyan etmişlerdir. Hükme esas bilirkişi raporunda, söz konusu izinlerin ay sonunda topluca kullanıldığı kabul edilmek suretiyle bu iznin bir gününün normal hafta tatili olarak kabul edileceği yerinde olarak değerlendirilmekle birlikte, netice itibariyle ayda üç hafta tatili çalışması alacağı bulunduğu kabul edilmesi gerekirken, aylık 1,5 günlük hafta tatili karşılığı alacağının bulunduğunun kabulü hatalı ise de; konuya ilişkin davacı temyizi bulunmaması ve aleyhe bozma yasağı ilkesi gereği bu husus bozma sebebi yapılmamışır.

3-Taraflar arasında zamanaşımı savunmasının dikkate alınıp alınamayacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulandığı dönemde, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defi de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamada, 371/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı definde bulunulabileceği kabul edilmelidir.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı define davacı taraf süre yönünden hemen ve açıkça karşı çıkmamışsa (suskun kalınmışsa) zamanaşımı def'i geçerli sayılmakta iken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı dönemde süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Başka bir anlatımla 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamalar

bakımından süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı def'ine davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı def'i dikkate alınmaz.

Somut uyuşmazlıkta, davacı, 23.06.2015 tarihinde ıslah dilekçesi sunmuş, ıslah dilekçesi davalı şirkete 24.06.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı ise 25.06.2015 tarihinde ıslaha karşı zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Davalı tarafın yasal süresi içerisinde davacı tarafın ıslah talebine karşı yaptığı zamanaşımı def'inin değerlendirilmeden hüküm kurulması hatalı olmuştur.

4-Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı Kanun'un 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Dosya içeriğine göre, davacının kısmi dava açtığı ve dava konusu alacaklarının artırılmasına yönelik olarak ıslah dilekçesi verdiği görülmüş ve mahkeme bu ıslaha göre talepler hakkında hüküm kurmuştur. Mahkemece, yıllık izin ücretine en yüksek banka mevduat faizi talep edildiğinden taleple bağlılık ilkesi gereği "yasal faiz oranını aşmamak üzere en yüksek banka mevduat faizine" hükmedilmesi gerekirken "en yüksek banka mevduat faizi" işletilmesine karar verilmesi de isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

5-Kabule göre de, asıl dava ile birleşen davaların ayrı dava olma özelliklerini korumaları nedeniyle asıl dava için ayrı, birleşen dava için ayrı vekalet ücretine ve yargılama giderine hükmedilmemesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KISMİ ÇALIŞMA • HİZMET SÜRESİ • ÜCRET • HAFTA TATİLİ ÜCRETİ • İZİN ÜCRETİ

ÖZET: 45 saatin 2/3 üçüne tekabül eden 30 saat veya daha az çalışan işçinin bu çalışma kısmi çalışmada bu işçinin ücretleri tam süreli çalışan emsal işçinin aldığı ücrete göre orantılı olarak tespit edilir. Kısmi çalışmada işçinin hizmet süresi çalışmaya başladığı tarih ile iş yerinden ayrıldığı tarihi arasındaki süre Kısmi çalışmada haftalık çalışma süresi 45 saati aşmayacağından hafta tatili ücretinden söz edilemez. Kısmi çalışmada yıllık izin ücreti alacağıda söz konusudur.

Y. 22. HD. E. 2017/20568 K. 2019/4851 T. 04.03.2019

Davacının kısmi süreli mi tam süreli mi çalışan olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirle ndiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanunun 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi, haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesi kapsamında çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde, " İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır". Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmi süreli hizmet aktiyle çalışan işçiye ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde bu yönde ayrım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayrımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur.

Kısmi çalışma Kanunda yer almasına rağmen kıdemin nasıl belirleneceği ihbar, izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir(Yargıtay 9. HD. 12.2.2008 gün 2007/ 31462 esas, 2008/ 108 karar). Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

Mülga 1475 sayılı Yasanın 41. maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki 6 günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanununda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla 7 günlük zaman dilimi içinde kesintisiz 24 saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede ise, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok 45 saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönem-de, haftalık çalışma süresinin 45 saati bulamayacağından, kısmi süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanmak mümkün olmaz.

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliğinin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır.

Kısmi süreli çalışan işçiler sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanunun 18 ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Somut olayda, dosya içerisinde yer alan belirli süreli hizmet sözleşmesi (part time) başlıklı sözleşmeler bulunmaktadır. Dinlenen davalı tanıkları davacının yarı zamanlı çalıştıklarını beyan etmişlerdir. Davacının Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre de, çalışma süresi genellikle 30 günün altındadır. Mahkemece, hakimin davayı aydınlatma görevi kapsamında, davacıya ait ücret bordroları da incelenerek ve davacının imzaladığı hizmet sözleşmesi ve diğer delilleri birlikte değerlendirilerek, davacının kısmi süreli mi yoksa tam süreli çalışan mı olduğu belirlenmeli, davacının kısmi süreli olarak çalıştığının anlaşılması halinde, davaya konu Toplu İş Sözleşmesinin 6/c maddesinde yer alan part time çalışan işçilerin ayrıca toplu iş sözleşmesindeki bu yardımlardan yararlanamayacağına ilişkin düzenlemenin, davalı tarafından bu düzenlemeyi haklı kılan bir nedenin bulunduğu ispat edilemediğinden, geçersiz olduğu kabul edilerek, davacının çalışma süresi ile orantılı olarak Toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmelidir. Anılan yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacının hak kazandığı yıllık izin konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda davacı, davalı işyerinde 04.06.1996-27.05.2010 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Yıllık Ücretli izin Yönetmeliğinin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır. Kısmi süreli çalışan işçiler sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler. Davacının yararlanma hakkına sahip olduğu, Toplu İş Sözleşmelerinin 27 ve 28. maddelerinde aynen "İşyerine girdiği tarihten öteye 1 yıl çalışmış üye işçilerin yasada belirtilen yıllık ücretli izin süreleri 30 gündür. Ancak 2 Şubat 2001 tarihinden sonra işe alınan taraf sendika üyelerinin yıllık ücretli izinleri hakkında Yasa hükümleri uygulanır." denildikten sonra hizmet süresi 1-5 yıl olanlara yılda 14, 5-15 arası olanlara 20 ve 15 yıldan fazla olanlara 26 gün ücretli izin verileceği belirtilmiştir. Davacının davalılara ait işyerinde 04.06.1996 tarihinde işe başladığı dikkate alındığında, toplu iş sözleşmelerindeki 02.02.2001 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçiler için yıllık 30 gün üzerinden izin kullandırılacağı düzenlemesi dikkate alınarak, hak kazanılan yıllık izin süresi hesaplanmalı, bu süre boyunca kullandırılan yıllık izin sürelerinin mahsubu ile bakiye yıllık izin ücreti alacağı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece bu yön gözetilmeden yıllık izin alacağının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 04/03/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ TAHRİK • İNSAN ÖLDÜRME

ÖZET: Maktulün yanına giden sanığın av tüfeğini maktulün kasıklarına dayayarak iki el, bir el de maktulün başına ateş ettiği, maktulün yaşamını kaybetmesinden sonra bıçağını çıkararak maktul ...'in başını gövdesinden ayırdığı, elindeki bıçağı maktulün göğsüne sapladığı, maktulün başını eline alıp, av tüfeğini omzuna astıktan sonra köy meydanında bulunan kahvenin önüne gittiği, maktulün başını köy meydanına atarak "İşte namusumla oynayanın kellesi, benim arkamdan konuşmayın" diyerek eve döndüğü anlaşılan olayda;

Maktulün annesi katılan ..., maktulün eşi ...'in beyanları ile maktulün samimi arkadaşları ... ve ...'in ifadeleri ve yine sanık ve maktulle birlikte tarım işçiliği yapan tanıklar ..., ... ve ...'ın anlatımları, sanığın maktul tarafından çekilmiş maktulün güneş gözlüğünü takıp gülerken çekilmiş fotoğrafı, sanıkla maktul arasında 3 yıla yayılan telefon görüşmeleri, 2012 yılında gerçekleşen 114 saat 47 dakika 33 saniyelik toplam konuşma süresi, sanık ve maktul arasındaki görüşme ve mesajlaşmalarda "Seni seviyorum, canım" gibi sevgi içeren samimi sözlerin kullanıldığına ilişkin iletişim kayıtları ve buna ilişkin katılan ... ile tanık ...'ın beyanları, sanık ...'in de bu tür sözleri sanıktan korktuğu için söylediğine ilişkin tevilli ikrarı bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, sanık ...'in maktul ...'in birkaç yıl boyu süren sistematik tecavüzüne uğradığı için maktulü öldürdüğü yönündeki cezadan kurtulmaya yönelik soyut iddiadan ibaret savunmasına itibar edilemeyeceği,

maktulden kaynaklanarak sanığa yönelen haksız bir fiil bulunmayan olayda, sanığın rızaya dayalı maktulle yaşadığı cinsel birlikteliğin sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasına yol açmayacağının da anlaşılması karşısında sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bu itibarla, bu uyuşmazlık konusu yönünden haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Y. CGK E. 2019/597 K. 2021/344 T. 06.07.2021

Sanık ... hakkında nitelikli kasten öldürme suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonunda Yalvaç Ağır Ceza Mahkemesince 25.03.2015 tarih ve 60-29 sayı ile; sanığın eyleminin kasten öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilerek TCK'nın 81/1, 53, 63 ve 54/1. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve müsadereye hükmedilmiştir. Karar tarihi itibarıyla resen temyize tabi olan hükmün sanık müdafisi, Cumhuriyet savcısı ve katılanlar vekili tarafından da temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 18.09.2017 tarih ve 2516-2790 sayı ile;

"Mahkemenin 25.03.2015 tarihli kararının hüküm kısmının 8. bendinde 'Suçun işleniş şekli ile mahkememizce alınan bir kısım tanık beyanları dikkate alındığında eylemin tek kişi tarafından işlenmediği düşünüldüğünden sanığın suç ortaklarının tespiti ve gereği için Yalvaç Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına' denmesi karşısında;

Suç duyurusuna ve eksik soruşturmaya ilişkin evrak akıbetinin araştırılması, soruşturmanın devamı durumunda, sanık ...'in hukuki durumunun da değişebileceği ihtimali karşısında makul bir süre beklenilerek, delil durumuna göre ilgili kişi ya da kişiler hakkında iddianame tanzimi yapılması hâlinde bu dava ile birleştirilerek, delillerin birlikte takdir ve tayin edilmesinde hukuki zorunluluk bulunması karşısında yazılı şekilde sanık hakkında hüküm kurulması," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiş;

Daire Üyesi ...; "...Yalvaç Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın onanması gerektiği," düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

Bozmaya uyan Yalvaç Ağır Ceza Mahkemesince, Yargıtay ilamında belirtilen araştırma yapıldıktan sonra 21.03.2018 tarih ve 52-24 sayı ile; sanığın kasten öldürme suçundan TCK'nın 81/1, 53, 63 ve 54/1. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve müsadereye karar verilmiş, ceza miktarı yönünden resen temyize tabi olan hükmün sanık müdafileri tarafından da temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 21.05.2019 tarih ve 324-2876 sayı ile onanmasına karar verilmiş,

Daire Üyesi...; "...Dosya kapsamında olay gün ve saatine ilişkin sanığın savunması dışında tek bir delil bulunmamaktadır. Sanığın savunmasının aksine, maktul ile sanık arasında, Yalvaç Ağır Ceza Mahkemesinin kabul ettiği, sayın çoğunluk görüşünün de benimsediği şekli ile taraflar arasında rızai ilişkinin varlığı hâlinde, sanığın olay günü maktulü eşinin evde olmadığından bahisle çağırıp, henüz eve dahi girmeden, kayınpederine ait tüfek ile onu vurması, süreç içerisinde 7 kez ateş etmeye devam etmesi, sonra bıçaklaması, hatta ve hatta bıçak ile maktulün başını vücudundan ayırıp, bıçağı onun göğsüne saplar şekilde bırakması (ki, maktulün vücudundan elde edilen bu bıçak üzerinde sanığın da dahil hiçbir parmak izine rastlanılmaması da düşündürücü olmakla birlikte) ne şekilde açıklanabilecektir. Bu husus hayatın olağan akışına, insanın tabiatına da aykırı bir durumdur.

Sanığın maktul ile ilişkisinin rızai, ya da zora dayalı olduğuna ilişkin tam bir tespit yapmak dosya kapsamına göre mümkün değil iken, yerel mahkeme sanığın yaşadığı çevrenin sosyal ve psikolojik konum ve durumlarını hiç değerlendirilmeden, ortada gözüken şekle göre bir karar verilmiştir.

Ancak, ilişkinin rızai olmadığına ilişkin lehe de bir şüphe bulunmaktadır. Bu da, TCK'nın 'şüpheden, sanık yararlanır' genel prensibi çerçevesinde sanık lehine değerlendirilmeli ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 29. maddesi asgari dahi olsa, sanık lehine uygulanmalı düşüncesiyle kararın bozulması gerektiği düşüncesinde olduğumdan yerel mahkeme hükmünün onanmasına ilişkin, sayın çoğunluk görüşüne muhalifim." düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 12.07.2019 tarih ve 41573 sayı ile;

"...Sanık lehine asgari oranda tahrik indirimi uygulanması gerektiği," görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 1. Ceza Da-

iresince 22.10.2019 tarih, 3288-4506 sayı ve oy çokluğuyla itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve müzakere sırasında Ceza Genel Kurul Başkanınca yeniden belirlendiği şekliyle Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının,

2- Sanık hakkında TCK'nın 62. maddesi hükmünün uygulanmamasının isabetli olup olmadığının,

Belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay yeri inceleme tutanağında; 28.08.2012 tarihinde saat 22.45 sıralarında, ... ili, Yalvaç ilçesi, Kyköyünde bir kişinin öldürüldüğünün bildirilmesi üzerine olay yerine gidildiği, yapılan incelemede, maktulün cesedinin köy camisinin karşısındaki iki evin arasında bulunduğu, sanık ...'ın ikamet ettiği evin arka kısmında maktul ...'e ait cesedin sırtüstü yatar hâlde olduğu, cesedin başının boyundan omuz hizasına kadar düz bir şekilde kesilmiş olduğu, boyun kemiğinin düz ve dağılmamış olduğu, toprak zeminde yoğun kan birikintisinin bulunduğu, cesedin karın bölgesine bir bıçağın saplanmış olduğu, cesedin yakınında maktule ait cep telefonu ile maktule ait olduğu düşünülen 7,65 mm çapında fişek kullanan tabancanın bulunduğu, olay yerinde 9 adet boş av tüfeği kartuşu olduğu, bir ucu balkona bağlı 685 cm uzunluğunda urganın diğer ucunun serbest hâlde olduğu, maktulün başının köy meydanına sanık tarafından savrulduğu yerde bulunduğunun söylenmesi üzerine köy meydanına gelindiği, kesilmiş olan başın yanında kanlı av tüfeği kartuş tapasının bulunduğu, bu kartuşun yakın atış sonucu maktulün yüzüne saplandığı, kesilmiş baş yere atılınca da baştan ayrıldığının değerlendirildiği ifade edilerek, kesilmiş başın 8-10 metre kuzeydoğusunda üzerinde iki adet çalışır durumda kamera bulunan aydınlatma direğinin olduğu, bu direkteki kameralardan birinin köy meydanından geçen yolu, diğerinin de sanık ...'in evine

giden yolu kapsayacak şekilde kayıt yaptığı, kaydedilen görüntüler incelendiğinde, sanık...'ın saat 22.07'de maktul ...'in başını sağ eline alıp, av tüfeğini de sol omzuna asarak köy kahvesinin önüne geldiği, maktulün başını kahvede bulunanlara doğru fırlatıp geldiği yoldan geri döndüğünün görüldüğü tespitlerine yer verildiği,

Şeklinde ibarelerin tutağa geçirildiği,

Özel Dairece eksik araştırmayla hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozulan 25.03.2015 tarihli kararda Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdirimi indirim hükmünün uygulanmamasına ilişkin olarak; "Somut olayda sanık duruşma tutanaklarına da yansıtıldığı üzere, özellikle 3. Celsede ...ve ...'in, 4. Celsede tanık ... ...'ın tanık olarak beyanları alınırken sanığın taşkın tavırlar sergileyerek tanıklar, katılan ... ve katılanlar vekiline yönelik çıkışarak bir şeyler söylemiş ve ifadelerin alındığı sırada birçok kez Mahkeme heyetine karşı gülerek gayrı ciddi bir tutum sergilemiş, yargılamalar boyunca olumsuz hal ve tutum içinde bulunmuştur. Ayrıca sanık, maktulü av tüfeği ile öldürdükten sonra maktulün kafasını bıçakla keserek yaklaşık 200 metre mesafedeki köy meydanına götürüp atmıştır. Bu durum da sanığın fiilden sonraki olumsuz tutum ve davranışları olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca tüm yargılama aşamasında sanık...'ın tüm dosya kapsamı itibarıyla, suçun işleniş şekli ile mahkememizce alınan bir kısım tanık beyanları dikkate alındığında eylemin tek kişi tarafından işlenmediği düşünülmüş, sanığın suç ortaklarının tespiti ve gereği için Yalvaç Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiş olup, yargılamanın hiçbir aşamasında sanık...'ın Mahkeme heyetine yardımcı olmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan bu nedenlerle, bu şekilde sanığın fiilden sonraki ve duruşmalardaki olumsuz tutum ve davranışları dikkate alınarak 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri uygulanmamıştır.",

21.03.2018 tarihli kararda Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdirimi indirim hükmünün uygulanmamasına ilişkin olarak ise; "Somut olayda dinlenen tanık beyanları, sanık ...'in bu hususta beyanları, dosya içerisinde yer alan CD içerikleri, maktule ait otopsi raporu ve dosyadaki tüm bilgi ve belgelerden, sanık ...'in maktulü av tüfeği ile öldürdükten sonra maktulün kafasını bıçakla keserek yaklaşık 200 metre boyunca elinde taşıyarak köy meydanına götürüp attığı sabit olup, bu durum sanığın fiilden sonraki olumsuz tutum

ve davranışları olarak mahkememizce kabul edilmiş ve sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına yer olmadığı vicdani kanaatine varılmıştır." şeklinde gerekçe gösterildiği,

Anlaşılmaktadır.

Katılan ... 31.08.2012 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığında; "... benim öz oğlum olur. Biz gelinim, ..., oğlum ve torunlarımla Kyköyünde ikamet ederiz. Benim eşim 22 yaşında iken vefat etti. Ben üç çocuğumu kendim yetiştirdim. ... çiftçilik yapardı. Yaklaşık üç yıl önce ..., Polatlı pancar tarlasında oğlum ... ile ... birbirlerine yakınlık duymuşlar, birlikte olmuşlar. Gelinim de bundan haberdar olmuş. Bu nedenle tartışmışlar. Geldikten sonra bana bunu gelinim söyledi ama ben yapmayacaklarını düşündüğümden üzerine gitmedim. Yaklaşık 1 yıl önce gelinim ... bana ... ile ...'in ilişkisinin olduğunu söyledi. Ben de bunun üzerine ...'e olayı sordum. ... olduğunu söyledi, bana ... ile birbirlerini sevdiklerini söyledi. Ben de bunun üzerine ...'in üzerine çıktım, üzerindeki elbiseyi parçaladım, ona vurdum. 'Bu bize yakışmaz, ondan vazgeçeceksin' dedim, o da 'Vazgeçmem' dedi. Biz ... ile epeyce bu konuda tartıştık. ...'i evden kovdum ancak ... vazgeçmedi. 2012 yılının ocak ayında gelinim ... bana ...'in fotoğraflarını ...'in telefonunda bulunduğunu söyledi. Yine aynı şekilde ...'e vurdum. Üzerini başını parçaladım. ...'e yine 'Vazgeç bundan' dedim, ancak ... 'Vazgeçmem' dedi. Yaklaşık üç ay önce de gelinim ... bana ...'in cebinde ...'in fotoğrafları olduğunu söyleyerek bu fotoğrafları bana gösterdi. Ben yine ...'e kızdım, üçümüz bir araya geldik. 'Bunu niye yaptın?' dedim, ... de bana 'Beni kendisi çağırıyor, ben çağrı atınca kapıyı açıyor,' dedi. Ben unutmasını söyledim, ... bana 'Unutmam, onda benim çocuğum var. Ben ettiğim şeyin ardında dururum. Beni vazgeçirmeye çalışmayın' dedi. ..., ne olacak dediğimizde 'Onu da getireceğim, ona da bakacaksınız' dedi. Ben '...'ın kardeşinin gelini, hazmedilmez, olmaz' dedim. Ancak ... getireceğini söyledi. Biz sürekli ... ile bu ilişki konusunda tartıştık. ... ve ... çocuğun doğmasını istiyorlardı. Biz sonradan ... ile ...'in doktora gittiklerini öğrendik. ... bana ...'in karnındaki çocuğun eşi kendisinden olduğunu zannettiğini söyledi. Biz ...'e 'Ne olursa olsun ...'i eve katmayız dedik' ... de bize 'Ne olursa olsun ben onu getireceğim, gerekirse ...'a ...'ya alır giderim' dedi. Ben de 'Gidersen git yeter ki eve onu getirme' dedim. ... gelinim ... ile her şeyi konuşurdu, ona ...'in ilişkilerini annesi ...'ya söylediğini, ...'nın da bunu diğer aile büyüklerine söylediğini söylemiş. Ramazan ayında ... babası ...'ın evine gitmiş, ...'e 'Babamla konuş, babamın gönlünü yap' demiş, ... de ...'ın yanına gitmiş, durumu anlatmış, 'Cezası neyse verin' demiş. ... de 'Bunun sonu ölüm olur' demiş. 'Şu anda araştırıyorum' de-

miş. ... Kadir gecesi günü tekrar kayınpederinin evine gelmiş, bunu orada dövmüşler. ... ...'i telefonla arayarak, 'Beni dövdüler, beni kaçıracaksan kaçır, seninle geleceğim' demiş. O da ...'e 'Sen kararını verdiysen bana iki üç gün süre ver. Ben seni götüreceğim' demiş. Bana bunları gelinim ... söyledi. Ramazan Bayramının ikinci günü ... ...'e bakmaya gitmiş, caminin orada beklemiş, ... de aşağı inmiş, yüzünün berelendiğini görmüş, bize bunu çok dövmüşler, onu götürmem lazım diye ... bizzat kendisi söyledi. Olayın olduğu gün olan 28.08.2012 günü biz gelinim ve ... ile birlikte ormana gittik, ... ve ... da silahla arkamızdan gelmiş, biz farklı bir yoldan gidince bizi görememişler. Aynı gün saat 11.00 sıralarında eve geldik saat 17.00 sıralarında da oğlum evden gitti, kendisinden bir daha haber alamadım. Oğlumun kayınpederi ..., ...'in babası ..., ..., ..., ... tarafından öldürüldüğünü düşünüyorum çünkü bir yıl önceden ve bir hafta önceden 'Biz ...'in kafasını gövdesinden ayıracağız' demişler. Bunu ...'e ... demiş. Benim bildiğim kadarıyla oğlum ...'in silahı yoktu, bana göstermiş olduğunuz 7,65 çapındaki silahı ben iki haftadır görüyorum, ondan önce silahı yoktu, bu olaylardan sonra oğlum ... tedirgindi. Başına bir iş geleceğinden korkuyordu. Hatta bana göstermiş olduğunuz, gelinimin vermiş olduğu fotoğrafları ... gelinime verdi, 'Bak başıma bir iş gelirse, bunları savcıya sen vereceksin' demiş, bana bunları gelinim söyledi. Ben oğlumu öldüren bu kişilerden şikâyetçiyim.",

Mahkemede; "2010 yılında ben bu olayı bakkalda köyde ve başka birkaç yerde duydum, oğlum ...'e söyledim, ...'e iki üç değnek vurdum, ...'a ... ablasının yanına gitti. Orada 8-10 gün durdu sonra pamuğa gittiler. 2010 yılında kimden duyduğumu isimlerini hatırlamıyorum, 1-2 yerde konuşulurken duydum. ben pamuğa gitmedim çocuklarla kaldım, pamuktan dönüşte gelinim ... ...'in vazgeçmediğini söyledi, ben de ...'le tartıştım, ... vazgeçtiğini bittiğini söyledi, aradan uzun zaman geçti ... tekrar bana ...'in ...'le görüştüğünü söyledi, ben ...'le konuştum, ...'in kendisini çağırdığını söyledi, ben de 'O çağırıyorsa sen gitmeyeceksin' dedim, ... de 'Bana sizden iyi davranıyor' dedi. 3-4 günde bir gece 2'de 3'te gelirdi ben uyumaz onu beklerdim. Çok sordum çok dövüştüm, bana şuradaydım buradaydım derdi, arkadaşların yanındaydım diyordu. Ölüm olayından 3-4 ay önce hamileliği öğrendim, ... kendisi söyledi, ben de ...'e vurdum, evden kovdum. ... başlarda ...'i eve getireceğini söylemiyordu sonra illa eve getireceğim diyordu. ... ...'i eve getirseydi neler yaşanacağını bilemiyorum. ...'i evden kovdum, o da 'Sen beni düşünüyorsun ...'i düşünmüyorsun' dedi. Ben de '... çocuklarına sahip olsun, sen de çocuklarına sahip ol, sizin yaptığınız ayıp bir iş' dedim, bunu ben kabul edemem, o da 'Ben onu götürmedikten sonra gitmem, ben bu şerefsizliği ...'e yapamam' dedi, ben

de ...'e 'Bizden uzak dur ...'i nereye götürürsen götür' dedim. Köylüye ...'in öldürüleceği yayılmıştı, ben de ...'e 'Öldürülecekmişsin buradan git' dedim, o da ...'i götürmeden gitmeyeceğini söyledi, 2-3 gün geçtikten sonra 'Samanları alıp gideceğim gayrı yoksa beni öldürecekler, garantiye koyacaklar bugün yarın öldürecekler' dedi. Ben de ...'e bunu arkadaşlarından ve herkesten duyduğunu neden gitmediğini söyledim, bunu ... da kendisine söylemiş, başka arkadaşları da söylemiş. Bu olaydan önce ... 3 tane dana sattı, 10 milyar civarıydı 1.000 TL'sini eve harcadı 9.000 TL'sini olay günü alacaktı. Onu da almaya koymadılar. Olay günü köyde düğün vardı. ...'in düğünüydü, ben gündüzden ...'e 'Gece gitme, seni öldüreceklermiş' dedim, o da 'Siz ahırı görünceye kadar ben gelirim' dedi. Olay günü silah sesi duymadık çünkü bizim evimiz uzaktadır, yürüyerek köy içiyle bizim ev 15-20 dakika sürer, ...'in evi köy içindedir. Torunuma ambulans geçince sordum, torunum da babasını görmemiş, oğlum gelmeyince kalbime şüphe geldi ben de köy içinde torunumla yürüdüm, oraya kadar gelince beni gören kaçtı, beni köy meydanına sokmadılar, beni komşular geri getirdi. Bunu ... yapmadı, adalet yerini bulsun, kesenler meydana çıksın, katiller meydana çıksın istiyorum, katiller elini kolunu sallaya sallaya geziyor, ...'i öldürmedi, ben ...'in ...'i öldürdüğüne inanmıyorum, sanığın kendi ailesi ve eşinin ailesinden şüpheniyorum.",

Katılan ... 31.08.2012 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığında; "... benim eşim olur. Ben eşimle yaklaşık 16 yıldır evliyiz. Bu evliliğimizden 2001 ve 1997 doğumlu bir kız, bir erkek çocuğumuz vardır. Biz eşimin annesi, ben ve çocuklarım ile birlikte Kyköyünde ikamet ederiz. Çiftçilikle uğraşırız. ...'ı tanırım, ... benim öz kardeşim ...'ın gelini olur. ..., ... ile evlidir. Yaklaşık 7 yıl önce evlendiler. ..., ...'in teyzesinin kızı olur. Bunların 6 yaşında bir kızı, 3 yaşında da bir oğlu vardır. ...lerle biz akraba olduğumuzdan dolayı birbirimize gider gelir konuşurduk. Benim eşim ..., köy halkını toplar, çapaya götürürdü. 1,5-2 ay çalışırdık sonra tekrar köyümüze dönerdik. Genelde Polatlı, ... ve ...'ya sezonluk işçi olarak giderdik. Gittiğimizde evin altındaki garajlarda kalırdık, genelde topluca yatardık. Yaklaşık 3 yıl önce yine eşim köy halkından 13-15 kişiyi toplayıp Polatlı'nın Karailyas köyüne pancar çapasına götürdü. Götürdükleri arasında ..., ...'in kaynı ... da vardı. Biz akraba olduğumuz için bir odada kaldık. Aynı odada yatıp kalktık. ... ile ... burada yakınlaşmışlar. Ben bunu bizzat görmedim ancak bana bunu diğer çalışanlar söylediler, ben her ikisine de güvendiğimden böyle bir şey olacağına ihtimal vermedim. Bana 'Senin kocan yanlış yapıyor, bu ikisi birbirlerinin elini tutuyor, öpüşüyorlar, sen bunları takip et' dediler. Ben takip ettim ancak şüpheli bir durum görmedim. Durumu kocama ve ...'e sordum, her ikisi de yalanladılar, dedikodu

inanma dediler. Ben de itimat ettim. Bundan dört ay sonra pamuk sezonunda yine aynı kişilerle eşim bizi ..., Yanköy'e götürdü. Burada tüm çalışanlar aynı odada kaldık. Burada ...'in eşi de vardı. Ben bir gün eşim ... ile ...'i banyonun önünde eşimi yarı çıplak hâlde gördüm Ben ilk etapta banyo havlusu sarılı olduğu için ...'i görmemiştim. Eşime 'Ne yapıyorsun burada, hadi çayı demledim' dedim. Bu sırada ...'in bütün vücudunu gördüm. ... ile eşim öpüşüyorlardı. Bunun üzerine ben yerden iki taş alıp yanlarına vardım, 'Sizin yediğiniz halt ne' dedim, taşı tam vuracakken bayılmışım. Eşim beni tokatlayarak ayılttı, ...'e de 'Sen git, gözükme, ben bunu sustururum' dedi. Ben o gün olayın etkisiyle işe gidemedim, herkese de hastayım, dedim, zaten eşim de beni çalışanlar arasında bulunan abim, aynı zamanda ...'in kayınpederi olan ...'a söylememden korktuğundan çalışmaya göndermedi. Biz o dönem eşimle uzun süre tartıştık. Akşamleyin eşim hiçbir şey yokmuş gibi yemek yaptırıp ameleye dağıttırdı. Ben hiç kimseye söylemedim, çalışmaya devam ettik. Eşim bir gün sonra pazara gitti, ben de tarlada ...'i tenha bir yere götürüp ...'e 'Bak ..., sen yabancı değilsin, kardeşimin gelinisin, beni de yakarsın, kendini de yakarsın' dedim, kendisine yapmaması için yalvardım, 'Ne olur 16 yaşında oğlum var, 11 yaşında kızım var, yapma, yuvamı yıkma, benim yuvamı da kendi yuvanı da yıkma, ben bunu sineye çekerim' dedim. ... de bana 'Tamam söz hala, bir daha sana yanlış yapmayacağım' dedi. Ben akşam aynısını eşime de söyledim, eşim bana söz verdi, ben de olanları sineye çektim, hiçbir şey olmamış gibi davranmaya çalıştım. Aradan 3-4 gün geçti, bunlar yine bu şekilde birbirlerine yakınlık göstermeye başladılar, birbirlerinin elinden tutup, tenha yerlere asılıp gidiyorlardı. Ben artık bunu böyle kabullendim, eşime niye yapıyorsun bunu dediğimde bana 'Elimden gelmiyor, çok seviyorum' dedi. Ben de bunun üzerine eşime 'Beni istemiyorsan ben boşanırım, sana istediğin kızı bulmak için yardımcı olurum ancak bu kardeşimin gelini, bununla olmaz, bundan uzak dur, iki tane onun da senin de çocuğun var' dedim. Eşim de bitirmeye çalışacağım dedi, bana söz verdi, ben bittiğini düşünmüştüm, bir daha peşlerine de düşmedim. 2-3 ay orada çalıştıktan sonra tekrar köye geldik. Köyde yine bu tarz dedikodular duymaya başladım, bana köy halkımız eşim ... ile ...'in birlikte olduklarını söylediler ancak ben her ikisine de güvenmek istedim ve bunların ilişkisinin olmadığını kendimi inandırmaya çalıştım, pek fazla araştırmamaya çalıştım, zaten bundan sonra bir daha pancara ya da pamuğa birlikte gitmedik. Bunların ilişkisi hiç kesintisiz devam etmiş, 2012 yılının ocak ayında ben eşimin telefonunu kurcaladım, telefonunu açtığımda telefonda Mavilim adında birçok arayan ve aranan olduğunu gördüm. Şüphelendim, kızım ...'ten fotoğraflar kısmını açmasını istedim. ...

fotoğraflar kısımını açtı, size sunmuş olduğum resimlere benzer birçok resminin olduğunu gördüm. Ben daha sonra size sunmuş olduğum resimleri yaklaşık 3 ay önce eşimin arka cebinde kağıdı basılmış hâlde gördüm, şüphelendim, fotoğrafları çektim, çekince fotoğraflar yere döküldü. Yere dökülen fotoğrafları eşim hızlı bir şekilde yerden aldı, bana şimdi dışarıdayız, bunları sana sonra gösteririm, dedi ve eve girdi. Ben de eşimi takip ettim. Eşim fotoğrafları muşambanın altına sakladı. Ben hiç görmemiş gibi oturdum, eşimin gitmesini bekledim. Eşim gitti, ben fotoğrafları çıkardım ve size sunmuş olduğum fotoğrafları gördüm. Ben bizim arabanın içinde ve yanında ...'in gözlüklerle gülerken, otururken fotoğrafları olduğunu da gördüm ancak o fotoğrafları eşim yırtmış. Eşim gelince ben eşime 'Gerçekleri anlat' dedim, o da bana 'Sen ne biliyorsun?' dedi, ben de 'Ben fotoğrafları gördüm' dedim. O da bunun üzerine 'Benim üç yıldır, bununla ilişkim devam ediyor, kocası olmadığı zaman beni arar, biz onunla birlikte oluruz, ben onu seviyorum, ondan ayrılamıyorum ayrıca benim ondan çocuğum var' dedi. Eşim bana bunları yaklaşık 3 ay önce anlattı. Bunun üzerine ben 'Bunu nasıl yaparsın' diye tepki gösterdim, durumu kaynanam ...'e anlattım. Kaynanam fotoğraflara baktı, 'Bunu nasıl yaparsın?' dedi, kocam da 'Biz birbirimizden vazgeçemiyoruz, artık ondan çocuğum var, ayrılamıyorum' dedi. 'Peki ne olacak?' diye sorduğumda 'Onu buraya getireceğim' dedi. Ben ve kayınvalidem bunu kabul etmedik. Eşim ..., bize 'Kabul etseniz de etmeseniz de onu buraya getireceğim' dedi. Biz ısrarla olmayacağını söyledik. Biz ona 'Ya bizim ölümüzü çiğnersin, ya da o buraya gelmeyecek' dedik, bu tartışmalar sürekli oldu. Biz kimseye belli etmemeye çalıştık. ...'in eşi ...'da çalışmada olduğu için bunlar sık sık görüşüyorlardı. Bizim yanımızda konuşmuyordu ancak ... çağrı atıyordu. ... de bizim yanımızdan uzaklaşıp ...'i arıyordu. ... bana kendisinin ... ile görüşmek üzere telefon alıp ...'e verdiğini, o numaradan konuştuklarını söyledi. Bana ... ...'in kendisinden hamile olduğunu, o çocuğun kendisinden olduğunu, 'Eğer ... ve ailesi bu çocuğu istemezlerse bu çocuğa sen bak, sen sahip çık, annelik yap, çocuklarından ayırma' dedi, ben de 'Ben bakamam' dedim. ... ve ... bu çocuğun doğmasını istiyorlardı. Bana ... ...'in ve kendisinin bu çocuğun doğmasını istediklerini ancak ..., eşi çalışmaya gittikten bir ay sonra hamile kaldığı için kuşkulanılacağını, bu nedenle aldırmalarının daha uygun olacağını düşündüğünü, bu nedenle o sıralarda hastaneye gittiklerini ve hastanede kendilerine çocuğun kalp atışları başlamış, bunu alamayız dediklerini söyledi. ... eşinin ve eşinin akrabalarına sanki karnındaki çocuğa eşi ... ...'ya gitmeden önce (bir ay öncesi) hamile kaldığını söylüyormuş. Bana ve kayınvalideme ... ...'i çok sevdiğini, ...'in de kendisini çok sevdiğini, birbirleri olmadan yapamaya-

caklarını söylüyordu. ... bana ...'in olanları annesi ...'a anlattığını, ...'nın ... ile ...'in ilişkisini ve çocuğun ...'den olduğunu bildiğini söyledi. ... da bunları diğer aile bireylerine söylemiş. ...'in babası ...'ın yanına ... Ramazan Bayramından önce gidip ... ile ilişkisinin olduğunu, çocuğun kendisinden olduğunu, ... ile birbirlerini sevdiklerini söylemiş ve ...'ye 'Benim suçum ne, suçum ne ise cezasını ver, istiyorsan sana şu küreği vereyim istediğin kadar döv' demiş. ... de 'Senin cezan sonra verilecek, araştırıyorum' demiş. Bunları bana ... söyledi. Bunun üzerine ...'i aynı köyde bulunan babası ...'ın evine bırakmışlar. ... bir ay kadar burada kalmış. Ramazan Bayramında tekrar kendi evine getirmişler. Ramazan ayında da eşi ... bu ilişkiden dolayı ...'i dövmüş, bana bunları eşim ... söyledi. ... ...'e 'Annenin babanın evinde kal, kayınpederlerinin evine gitme, bunlar bu çocuğu öğrendi, sen de tehlikedesin, ben de tehlikedeyim' demiş, ... de ...'e 'Annem de babam da benim gitmemi istiyor, bana kimse sahip çıkmıyor' demiş, bana bunu ... söyledi. Ramazan Bayramında ... bana ...'in artık telefonlara çıkmadığını söyledi. Ramazan Bayramında kocası izne gelmiş. Ramazan Bayramında ...'in dövmüşler. Eşim ...'e ...'in bayramın ikinci günü telefonla kendisini aşırı dövdüklerini söyledi. ... de ona 'Annengile sığın' demiş. ... de ...'e 'Benim dayak yememi onlar istedi, oraya gitmem, götürürsen senin evine geleyim' demiş. ... de ben ...'in kayınpederinin kardeşi olduğum ve getirmesini istemediğim için getirmedi. Ben eşim ...'e 'Buraya sakın getirme, benim iki çocuğum var, ben çocuklarıma bakarım ancak nereye götürürsen götür, ben senden ekmek de istemiyorum' dedim. ... de onu ... veya ...'ya götürmek ya da Yalvaç'tan ev tutup oraya görmek istedi, ben de ona Yalvaç'ta ... güvenliğinin olmadığını söyledim. Ramazan Bayramının ikinci günü ... tekrar aradı, ...'e 'Beni dövdüler, gel halime bak, artık beni götür, dayanacak gücüm kalmadı' demiş. ... o gece gitmedi, bana sabahleyin 'Merak ettim, gidip bakacağım' dedi. Normalde ... kaynanasına 'kaltak' kayınbabasına 'o' eşine de 'boynuzlu' dermiş. Ancak o gün bunlara kaynanam, kayınbabam ve eşim diye bahsetmiş. Bundan eşim ... şüphelendi. ...'e 'Sen normalde onlara böyle demezdin, niye böyle dedin' demiş, o da 'Sen bu dayağı yemiş olsan, ne diyeceğini bilemezdin' demiş. Eşim ...'e 'Madem gitmeye karar vermişsin gitmeden bir iki gün önce bana söyle ben de hazırlık yapayım' demiş. Olayın olduğu 28.08.2012 günü ben, eşim ve kayınvalidem birlikte ormana gittik. Kesim alanında bekledik, bir şeyler yiyip içtik. Saat 11.00 sıralarında evimize geldik. Biz ormana gittiğimizde ... ile ... silahla bizim arkamızdan gelmişler ancak bizi görememişler. Bana bunu ... söyledi. Bana ...'in olay günü köyde olduğunu net bir şekilde gördüğünü söyledi. Eve geldik, evde yemeğimizi yedik, biraz istirahat ettik, sohbet ettik, ... saat 17.00 sıralarında ben kahveye gi-

deceğim dedi, biraz dolanıp geleceğim dedi, ben gitmesini istemedim ancak ... gitti, 18.30-19.00 sıralarında ben ahıra girdim. Bu sırada oğlum ... geldi, bana 'Anne babamı merak etmeyecekmişsin, ... ile gittiler' dedi. Yaklaşık 20 dakika sonra oğlum kahvehaneye gitti, ... babasını ... ile birlikte bakkalın önünde görmüş. Daha sonra geri döndüğünde yoklarmış. Daha sonra ben eşimden bir daha haber alamadım. Eşim bana ... ile arasında olan her şeyi anlatırdı. ... ile ... birbirlerini seviyorlardı. Kesinlikle ...'in ...'e tecavüz etmesi söz konusu olamaz. ... ...'i öldürebilecek bir durumu yoktu, bunun için ona ...'i öldürmesi için kayınpederi ..., annesi ..., eşi ..., dedesi ..., ...'in babası ..., ... ve ...'nin bacanağı olan ... ve ...'nin kardeşi ... planlayarak ...'e öldürtmüşlerdir. Çünkü ... bana kayınvalidem 'Bunlar beni öldüreceklermiş, öyle konuşuyorlarmış, benim başımı gövdemden ayıracaklarmış, diye her tarafta söylemişler' dedi. Hatta ... ...'e 'Dikkat et, bunlar seni öldürecek' demiş. ... de bu nedenle bana göstermiş olduğunuz 7,65 mm çapındaki silahı yaklaşık 2 hafta önce almış, ben silahı iki haftadır görüyordum. ... tedirgindi, bayramdan sonra fazla dışarıya çıkmazdı, özellikle son zamanlarda geceleri dışarı çıkmazdı. Bunların ilişkisi olduğunu herkes bilirdi. ... size vermiş olduğum ...'in fotoğraflarını 'Bana bir şey olursa bunu savcılığa ver, ben bunlardan çekiniyorum' diyerek verdi. ... ...'den şüphelenmiyordu, çünkü kendisini sevdiğini düşünüyordu ancak ...'in ailesinden kendisine zarar vermelerinden çekiniyordu. Kesinlikle eşim bunu herkese duyurmadı, eşim bana ...'i de beni de sevdiğini söylüyordu. Ben eşimi çok seviyordum, ondan dolayı bu yaptıklarına katlandım. Eşimi kıskanıyordum, ... ile konuşup görüşmesini istemiyordum, ancak eşim beni dövüyordu ve ... ile ilişkisini devam ettirdi, ben çaresizlikten katlanıyordum, çünkü bir tarafta eşim, bir tarafta da yeğenim ve kardeşim vardı. Ben mecburen bunlara katlanıyordum. Kesinlikle ... ile ...'in aralarındaki ilişki rızaya dayalıydı, ...'in ...'e tecavüz etmesi imkânsız. Ben tüm bu ismini saydığım kişilerden şikâyetçiyim.",

Mahkemede; " Şikâyetçiyim, davaya katılmak istiyorum, ... bizim gelinimiz olurdu, kardeşimin gelinidir, benim de gelinim sayılır, yani onun kayınpederi benim kardeşim olur. ...'i de ...'i de çok severdim, daha önce de gitmiştik pancara, 2010 yılında da pancara gittik, pancara ...'in ailesi yani kaynı, ... ve ailesi, ... ve ailesi, ... ve ailesi Polatlı'ya pancar tarlasına gittik. 2 aya yakın süre orada kaldık. 20-25 gün sonra ben eşimle tartıştım, ağlamaya başladım, aile içi meseleydi, arkadaşlardan ...yanıma gelerek 'Sen daha çok ağlarsın seninkilerin yaptıklarını bir bilsen' dedi, seninkiler derken ... ile ...'i kastetti, ben de 'Ne yapıyorlar, bana da anlat' dedim, o da takip etmemi söyledi, ben de takip ettim, ona 'Ağzını topla o bizim gelinimiz' dedim ben ilk başta inanmadım, ...'e sordum, o da saçmalama,

'O benim gelinim. Nasıl böyle düşünebiliyorsun, sen beni kaç yıldır tanıyorsun' dedi, takip ettim, gülüşmelerini gördüm, ...'e dedim ki siz sohbet mi ediyorsunuz, o da kabul etmedi, takip ettim ama herhangi bir yanlışını orada görmedim, aradan bir iki hafta geçti biz köye dönmek üzereydik, hâlâ Polatlı'dayken ... 'Birilerinin alnını karışlaman var' dedi, ben de 'Ağzını topla, düzgün konuş' dedim, ...'i kastediyordu, diğer çalışanlar ..., ..., ..., ... bunlar ilişkiyi biliyorlarmış, aralarında konuşup samimi olduklarını biliyorlarmış, gülüşüp öpücük atıyorlarmış, bana bunları öldükten sonra bu şahıslar söyledi, o gün ... ile ... kavga ettiler, ... ettiklerini söyleyeceğim dedi, sonra ben ...'ya sordum söylemedi, pancardan döndük Yalvaç'a döndük aradan 1-2 aylık zaman geçti. ...'in cep telefonu 'Mavilim' adında çalmaya başladı, ... telefonunu herkesin görebileceği yerlerde bırakırdı, ev telefonumuz yoktu, ben ...'e Mavilim diye kayıtlı kişiyi sordum söylemedi. Aradan biraz zaman geçti nohutlar olgunlaşmıştı, ben gündelik çalışmaya gitmiştim, orada amelelerden bazıları bunun kocası ile ...'in ilişkisi varmış dediler. bunları söyleyenlerin isimlerini hatırlamıyorum, ben eve gelince ... ile konuştuk tartıştık, ... bana 'Sen ona mı inanıyorsun bana mı?' dedi, ben ...'e inandım. Pamuğa gitmemize 10 gün kala ...'i cep telefonundan ev telefonu numarasını aradığını gördüm, hangi numaranın aradığını dikkat etmedim, ...'in kayınpederi...'a yüklü bir cep telefonu faturası gelmiş, miktarını hatırlamıyorum. O günlerde ...'le kaynanası ... yufka yapmaya bize geldiler, ...'a yüklü fatura geldiğini o gün öğrendik, ben de 'Dokümanını çıkartın' dedim, ... de dedi ki 'Benim aramayacağım kesin, benim arayacağım şahıslar bellidir', ertesi gün ... geldiğinde 'Yarın ... yufka yapmaya gelecek ben gelemeyeceğim' dedi, kaynanam ... bana ...'in gelmesini istemediğini söyledi, sonra 10-15 gün sonra Kadir gecesi günü kaynanam köy içinden duyduğu kadarıyla ...'le ...'in ilişkisi olduğunu bana kaynanam söyledi. ...'e böyle bir ilişki olursa evi terk edeceğimi gideceğimi söyledi, ... kabul etmedi, o gün ... eve gelmedi, ...'a gitmiş, bundan benim haberim olmadı, ...'in evi terk ettiğini düşündüm, ... evi terk etmemi istemedi. ...'dan 10 gün içinde döndü, sonra pamuğa ..., ..., ...'in kayınbiraderi, kocası, kayınpederi ile beraber ...'le ... Yanköy'e pamuk toplamaya gittik. Pamuğa gitmeden...'ın evinin telefonundan ...'in ...'i aradığını duydum, ...'e neden aradığını sordum, ... de iş bulmak için aradığını söyledi, ben de inandım, pamuğa giderken ...'e bu durumu sordum, iş bulsun diye aradığını söyledi. Gittikten 20-25 gün sonra bir birbirine bakmadılar. Büyük bir odada hepimiz kalıyorduk. Bir gün sabah ezanından sonra amelelerin kalkma saatinde ... kalktı, duş almaya gitti, ...'in üzerinde bir atlet ile uzun paçalı don vardı, havluyla sarılıydı, ben de 10 dakika sonra çayı koydum, kadınları uyandırdım. Kadınlar tuvalete gidip geliyor-

lardı, tuvalet ile duş alınan yerin yolları farklıdır, ben de eşimi çağırmak için yanına gittim, yanına yaklaştığımda duvara tuvaletini yapıyor sandım, ne yapıyorsun dedim, hızla döndüğünde ...'in de ...'in arkasında olduğunu gördüm, ikisinin de üzerlerinde havlu sarılıydı, ... banyodan çıkmıştı havlu ikisine de sarılıydı, ... duvarın dibindeydi, ... de ...'in önündeydi ben bakınca sadece ...'i görüyordum havlu da ikisinin üzerine sarılıydı, ...'in üzerinde elbisesi vardı, eşimin üzerinde de atletle uzun paçalı don vardı, her ikisini de öpüşürken gördüm. 'Ne yapıyorsunuz siz, yediğiniz halt ne, duyduklarım doğruymuş' dedim. Yerden taş aldım vuracağım sırada bayıldım. Ayıldığımda ... beni uyandırmaya çalışıyordu ... atıp su dökmüştü, bu olanları kardeşime söyleyeceğimi ifade ettim. ... hâlâ başımda duruyordu, bir yere gitmemişti, benden başka bu olayı gören olmadı, ... bana hadi sen git bunun bir çaresine bakarız dedi. Beni o gün işe götürmedi, ... de işe gitmedi, ... işe gitti, akşama kadar ...'le tartışıp kavga etttik, sonra ... bana bu olayı unutmamı kendisinin de ...'i unutacağını söyledi. Söylersen ...'e zarar vereceklerini öldüreceklerini söyledi, ...'i öleceğine ihtimal bile vermemiştim, olayı kimseye söylemedim, ... bana yemek hazırlattırdı amelelere dağıttırdı, bana yemin etti bir daha böyle bir şey yaşanmayacak dedi. Ben de eşimle ...'i ayrı tutmaya çalıştım, aradan 2-3 gün geçti tekrar sırıttıklarını gördüm. Pamukta yine 10 gün geçmeden eşim çarşıya gideceğini söyledi, tarla uzundu, ben tarlanın öteki başına gideceğimi söyledim, ...'e tarlanın öbür ucuna gitmek istedim, ...'e her şeyi anlatacaktım, ... tarlanın öbür tarafına gelmedi, ... geldi, ...'le konuştuk, ...'e doğru yolda olmadığını, 'Yuvamı yıkma, aranıza ölüm girer' dedim. ... bana bir daha asla böyle bir şey yaşanmayacağını söyledi. 'Bir daha olmayacak' dedi. ... akşam geldiğinde aynısını ona da söyledim, ... bana ...'in de aynı şeyi kendisine söylediğini söyledi. Beni istemiyorsan boşanabileceğimi, kendisine bekâr bir kız alacağımı, çocuklarımla bırak beni dedim. ... bu işi bitirdiğini söyledi. Bu arada ... ve ...'in birbirlerini sırıttıklarını ve şakalaştıklarını, birbirlerine karı kocanın yapacağı el şakalarını yapıyorlardı. Pamuktan döndükten sonra eşimle çalışmaya gitmeyeceğimi söyledim, mal varlığımızı birleştirerek devletten destek alarak hayvan satın aldık. ... hayvanlara baktı, ben bir sezon daha başkalarının tarlasında çapaya gittim. ...'in telefonları çalıyordu ...'in olduğuna ihtimal vermiyordum, ta ki ölmeden önceki kışa kadar. 2012 yılının kış aylarında telefonlar sürekli çalmaya başladı, ...'in bir kadınla konuştuğunu duyuyordum, sesin kime olduğunu anlamıyordum telefona baktığımda ... yazıyordu, iki tane ... telefonda kayıtlıydı, bana ...'la konuştuğunu söylüyordu. ...'in arka cebinde fotoğraflar vardı, bizim fotoğraflar zannettim, hızlıca almaya çalışınca yırtılıp yere düştü, kimin demeye kalmadan ... fotoğrafları topladı, gizlice ...'i takip

ettim, ... fotoğrafları sakladı sonra ben ... evden çıkınca fotoğrafları aldım baktım, fotoğraflarda Toyota arabada ...'in gözlüklü gülerken çekilmiş iki adet fotoğrafları ayrıca kendimizin de fotoğrafları vardı. fotoğrafları kaynanama gösterdim akşam ... geldiğinde tartıştık, kaynanam ...'i dövdü, ... 'Seviyorum, ok yaydan çıktı' dedi. ... bir çocuğu olacağını, söyledi. Ben de iki çocuğum olduğunu söyledim, 'Senden değil ...'den' dedi. Ben ...'i ve çocuğu istemediğimi söyledim, ... de '... eninde sonunda burayı bulacak ikimiz de birbirimizi seviyoruz' dedi. 2012 yılının haziran ayının vişne zamanında, ...'in işleri yoğundu boş değildi. 25 tane büyükbaş ve küçükbaş hayvana bakıyordu, hayvanlar için dağlardan ot topluyorduk, beraber ...'le topluyorduk. 2012 yılının Ağustos aylarında Ramazanın içinde ...'i babasının evine sürdüklerini yani döverek gönderdiklerini söyledi. ...'in söylediğine göre mandıranın önünde ...'in kaynanası ... ile babası ...'nın tartıştıklarını, ...'in ...'ya 'Al şu orospu kızını götür' dediğini ... bana söyledi. Ben de 'Yapmasaydınız ikiniz de çekin. Ben üç yıldır çekiyorum siz de çekin' dedim. Aradan 5-6 gün geçti, ...'in telefonunun kırıldığını ulaşamadığını söyledi, bizim evde eski bir telefon vardı, ben kullanıyordum onu alıp ...'e götürmüş, ... babasının evindeyken, ...'le tekrar görüşmeye haber almaya başlamışlar. ... bayrama 3-5 gün kala babasının evinden tekrar kocasının evine götürüldüğünü duydum. ...'in söylediğine göre ... ...'in kendi babasıyla görüşmesini istediğini söylemiş. ... kendi babasının evindeyken ...'e bunu söylemiş. ... mandıraya gitti. ... mandırada işçiydi, ... ve ... orada görüşmüşler ve her şeyi anlatmış, ... 'Suçum neyse çekerim biz bu hatayı işledik, al git götür dediğin an alıp götürürüm. Dövüp sövmek istersen de al orada kürek var bana vurabilirsin' demiş. ... da 'Biz bunu araştırıyoruz suçun varsa icabına bakarız, cezan idam' demiş. Bayramın 2 ya da 3. günü telefon geldi, ...'i cep telefonunu ... aradı, ne konuşulduğunu duymadım. 25 ya da 26 Ağustos tarihinde eşimle hayvanları takibe gittiğimizde hayvanların yanına geldiğimizde gece saat 23.00 sıralarında ...'e mesaj geldi, kimden olduğunu sorduğumda Vodafone'dan mesaj geldiğini söyledi, 'Sen git ben ağaçların arasına bakacağım' dedi, ben eve dönüp uyudum, yarım saat geçtikten sonra uyudum. 2 el silah sesi köy içinden duydum. ... o sırada evde yoktu, ... sürekli arkadaşlarının kendisine kendisinin öldürüleceğini söylediğini söyledi. ... öldürüleceğini biliyordu. Kaynanama ...'in evde olmadığını iki el silah sesi duyduğumu söyledim. ...'i aradık, bulamadık, evin kenarına oturduk, dışarda oturduk. Tarlaların ordan eve doğru ışık sızdı, kaynanam ...'in geldiğini gördü, biz ...'in ...'i getirdiğini zannetik biz onu sakladığını sanıyorduk. Kaynanam ...'i eline sopa alıp dövdü, 'Bu saatte kiminle konuşuyorsun senin yediğin halt ne?' dedi, o da 'Bilmediğiniz yerde iş var, ... iki elin kanda da

olsa gel beni götür' diyor, ...'in aşırı dövüldüğünü söyledi kendisinin inanmadığını, kayınpederinin hasta kaynanasının uyur olduğunu eşinin de evde olmadığını söyleyerek, kendisini götürmesini istemiş. ... ...'e 'Sen bana tuzak kuruyorsun, sen kaynanana kaltak kocana da boynuzlu derdin neden şimdi böyle söylüyorsun sen de bir iş var' demiş. O da inanmazsan fotoğrafımı çekip göndereyim demiş. ... aradığında ... benim yanımdaydı, ... telefonu açmadı, sonra ... ...'i aradı, niye fotoğraf göndermediğini sordu o da bellek dolu olduğu için gönderemediğini söyledi. Yarın caminin oraya gelip sen de in bir bakayım dedi. ... ertesi gün sabah 09.00'da traktörüyle caminin oraya gitti. O iki el silah sesinin düğün nedeniyle atıldığını köy halkından duyduk. ... ve ...'le alakası olmadığını sonradan öğrendik. Olaydan 1-2 gün önce ... caminin yanına gitmiş, ...'i anlattığına göre ...'in gözü göz hâlinden çıkmıştı, gözünden ağır yaralandığını söyledi, o da iyileşmiş hâliymiş, ..., ...'e 'Ben çocukları istemiyorum senle geleceğim' demiş ilk başlarda kızını yanına alacağını kızını getireceğini söylüyordu, oğlunu bırakacağını söylüyordu, ...le ... ...'a veya ...'ya gidiceklerdi ... güvenlikleri olmadıkları için Yalvaç'a gitmeyeceklerdi. 27.08.2012 tarihinde gece saat 23.30 civarında işten döndüğümüzde, hepimiz evin içinde oturuyorduk, inekler böğürmeye başladı, kaynanama 'Gidip bakalım' dedim o kabul etmedi ...'e sordum o da '... güvenliğim yok, ev yanıp kül olsa gene gitmem' dedi. ... korktuğunu söyledi, ben yalnız hayvanlara bakmaya gittim, hayvanların hepsi ayaktaydı çok korkmuşlardı, ben eve girdiğimde dış kapıyı kapattım iç kapıyı kapatmadan horoz sesi duydum, sabah kalktığımda demir kapıya horozun kellesi az bir ilerdede horozun gövdesi duruyordu, savcılık aşamasında horozdan bahsetmedim, çünkü hiç ihtimal vermemiştim. ...'e horozdan bahsettim, ... de olabilir, bir hayvan yapmıştır dedi. Horozun boynu dümdüz kesilmiş şekildeydi, hayvan parçalaması gibi değildi, üç tane köpeğimiz vardır yabancı bir hayvan giremez. Horoz köpeklerin görmeyeceği taraftaydı. Olay günü ormana çubuk toplamaya gittik, eşim ve kaynanam da vardı, kesim yerini bulamadığmız için gündüz 11.00 civarı geri döndük, kaynanam annesilere gitti. Yolda ...'in dedesi ile kızkardeşi ...'yi gördük, ... işaret parmağıyla boynunu göstererek bana el işareti yaptı, ...'in dedesi de ...'e kafayı aşağı yukarı salladı. ...'le beraber eve geldik yemek yedik. Saat 14.00-15.00 civarı ... gidip annesini getirdi saat 17.00'ye kadar evde uyudu, ... uyurken mesaj geldi uyanıp mesaja baktı ve tahminimce köy içine traktörle gitti. Ben 'Gitme... seni vuracakmış. Ölmeni istemiyorum şuradan git' dedim, o da 'Tek beni mi düşünürsün ... ... değil mi? Ben asla öyle bir şerefsizlik yapmam' dedi. ...'in o gidişinden sonra bir daha görmedim. Oğlum ... köy içindeydi, ana yolda tarla arasında bir yol vardır ... ...'ı ora-

ya bırakmış, kendisine merak etmememizi söylemiş, ... kayınbederinin evine dönünce bir daha ...'le görüşmeyeceklerini düşündüm. ... üç tane dana satmıştı, kesime vermişti, parasını da öldüğü gün alacaktı değerleri de yaklaşık 10.000 TL'ye yakındı. ... ...'le anlaştıklarını çocukları doğduğunda Kuzey Güney filminden esinlenerek kız olursa Cemre erkek olursa Kuzey koyacaklarını söylüyordu, ...'in bunu kabul ettiğini söylüyordu, ... de güzel isim bulduğunu söylemiş. Olay günü köyde düğün olduğu doğrudur, bizim evimiz uzak olduğu için silah sesi duymadım. ...'e 2010 yıllarında ve daha sonrasında silahı yoktu, sadece olaydan 2 hafta önce ...'de silah gördüm. 7,65 mm çapındaydı, ...'in eve gece saat 02.00-03.00 civarı geldiği olurdu, şimdi düşündüğüm zaman mesaj geldiğinde gittiğini hatırlıyorum. Gece saat 02.00-03.00'te geldiği günler pek belli olmazdı. köyde internet kafe olduğu için bize orada olduğunu söylerdi. Ben şüphelendim ama yakıştıramadım. ... hayatta ...'den başkasıyla birlikte olmadı. ...'in ... adlı hayat kadınıyla birlikte olduğuna dair bilgiye sahip değilim. ...'i her zaman takip etmediğim için nereye gittiğimi bilmem ama insanlara yardıma koşardı. ... benim her şeyi bildiğimi söylerken pamuk toplamaya gittiğimiz zaman ikisini birlikte gördüğüm olayı kastediyor, ... tecavüz edecek kapasiteye sahip değildir. Bu süreç zarfında bizim de evlilik birlikteliğimiz devam ediyordu. ...'in ...'i tek başına öldürdüğüne inanmıyorum, ..., ... öldükten sonra ateş etmiş olabilir, bunun sebebi de ellerinde barut izi çıksın diye, başkaları yardım etmiştir, hepsinin planlayarak bu işin içinde olduğunu düşünüyorum hepsi derken her iki tarafın ailesini kastediyorum, ben kendim ... ile konuşmadım, ...'in ...'e anlattıklarına göre ...'den dolayı ...'nın öğrendiğini duydum. 2012 yılının Ramazan ayında kahvede köylüler tarafından ...'in ...'den hamile kaldığı babasının evine sürüldüğü konuşuluyordu. Zamansız bir hamilelik nedeniyle bu olay ortaya çıktı, ben ...'in tecavüze uğradığını düşünmüyorum gönül ilişkisi olduğunu düşünüyorum. ...'in başının ... tarafından kesildiğini düşünmüyorum. 3 yıldır koynunda taşıdığı bir insanı ... kesemez.",

Tanık ... Cumhuriyet Başsavcılığında; "...benim eşim olur. ... ile biz 2007 yılında görücü usulüyle evlendik. ...'i ben uzaktan görmüştüm, beğendim, ben aileme ... ile evleneceğimi söyledim, benim ailem ...'i ailesinden istedi ve ailesi de verdi. Bizim ... ile evliliğimizden biri 6 biri 3 yaşında iki çocuğumuz oldu. Ben eşim ...'i çok seviyorum. ...'in de beni sevdiğini düşünüyorum. ... ile bizim evliliğimiz boyunca büyük çapta bir kavga ya da tartışmamız olmadı, aile içinde ufak tefek kırgınlıklar oldu. ...'i tanırım, ... benim öz halamın eşidir. ... yapı olarak içki içen karıya kıza giden onun bunun karısına göz diken birisidir, hatta Ramazan ayında bile sürekli içki içermiş. ... bu yapıda biri olduğu için ben çok fazla hoşlanmaz-

dım, onun için onunla da konuşmazdım, ancak akraba olduğumuz için zaman zaman bayramlarda gelirdi. Biz akraba olduğumuzdan dolayı eşim ...'i pancarda çalışması için yaklaşık 2 yıl önce ... ile birlikte kardeşim ... ile birlikte gönderdik. Ben bu sırada sezonluk olarak ...'da otelde çalışıyordum. ... pancardan geldikten sonra bir araya geldik ancak ... bana herhangi bir şey söylemedi. Biz eşim ... ve ..., babam, kardeşim ile birlikte 2010 yılında yine pamuk toplamaya ...'ya gittik. Ben herhangi bir şüpheli durum görmedim, ... de bana hiçbir şey söylemedi. Ben 2012 yılı ocak ayında ...'nın Demre ilçesine bağlı Çarman köyünde bulunan ... Bar adlı mermer ocağına günlük yevmiyeci olarak çalışmaya gittim. Ben burada yevmiye usulüyle çalışıyordum. Ben günlük 50 TL alıyordum. Biz şantiyede yatıp kalkıyorduk ve yeme içmemiz de firmaya aitti. Ben buraya 2012 ocak ayında gittim, nisan ayında izine geldim, 4-5 gün kalıp geri gittim. temmuz ayında Ramazan ayının başlarında geldim, 6-7 gün kaldım. Tekrar gittim. En son bayram iznine geldim, 18 Ağustos 2012'de geldim, 26 Ağustos 2012 günü geri ... Demre'ye gittim. Demre'den hiç ayrılmadım, sürekli orada çalışıyordum. Bana olayın ertesi günü yani 29.08.2012 günü saat 12.00 sıralarında çalıştığım esnada arkadaşım geldi bana müdürün çağırdığını söyledi, ben de müdürümüzün yanına gittim. Ne oldu diye sordum, Bana müdürümüz eşimin ... diye birini öldürdüğünü internetten okuduğunu söyledi ve beni iş yerinde birlikte çalıştığımız ..., ... ile köyüme gönderdi. Bana ailemden kimse arayıp durumu söylemedi. Bizim bulunduğumuz yer, dağın başı, her yerde telefon çekmez, bu nedenle bana ulaşamamışlar ve durumu bana bildirememişler. Ancak olayın olduğu gece babam ustam ...'yı aramış, durumu bildirmiş. Ancak ... beni durumdan haberdar etmedi. Bana müdürümüz söyledi, onu da internetten okuduğunu söyledi. Bana ...söylemedi. Yusuf, Ahmet Ali ve ben üçümüz ticari taksiye benzer bir arabayla saat 12.00 sıralarında Demre'den yola çıktık, saat 17.00 sıralarında Yalvaç'a geldik. Geldikten sonra bir daha geri dönmedim. ...abi aynı arabayla aynı gün geri gönderdik, çünkü ... genç olduğu için zarar verebilir diye korktuk ...'nın telefon numarası ...'dir. Yalvaç'a geldiğimde ... gözaltındaydı, onunla ayaküstü bir iki dakika görüştük. Ben ...'e 'Niye bana söylemedin, keşke bana söyleseydin' dedim, o da 'Sana kıyamadım, sana zarar gelmesini istemedim' dedi. Ben de 'Keşke söyleseydin' dedim. Ben çalışmaya gittiğimde ..., annem babamla dip dibe olan aynı merdivenden çıkılan evin çapraz üst katında çocuklarımla birlikte kalır, birlikte yer içerlerdi. Ben olayın nasıl olduğunu bilmiyorum. Duyduğuma göre, olay günü babam ... kahveye gitmiş, evde eşim ..., çocuklarım ... ve... ile annem ... kalmışlar. Çocuklardan 3 yaşındaki oğlum ...'in yanındaymış. 6 yaşındaki kızım ...

da babaannesi ...'in yanındaymış ve televizyon izliyormuş. Annem rahatsızlandığı için yatıp uyumuş. Uyurken ... elleri kan içinde eve gelmiş, annemi uyandırmış, annem onu elinin kanlar içinde olduğunu görünce bayılmış. Sonra ayılmış ve ... ile konuşmuşlar, ... anneme 'O şerefsizin kellesini kestim' demiş. Annem 'Niye kestin?' falan deyince, ... de 'Namusumu temizledim' demiş, daha sonra annem rahatsızlanmış, teyzem ... ile komşularımız Şarkikaraağaç'a hastaneye götürmüşler. Hastanede anneme sakinleştirici vermişler, sabaha kadar yatırmışlar. Daha sonra jandarma gelmiş, ...'i evden götürmüş. Benim kardeşim ... da Saklıkent'te bir yerde 5-6 aydır çalışır. ...'in telefon numarası ... ve ...0'tır. Bildiğim kadarıyla ... köyde yoktu. Olayın olduğu gün benden önce gelmiş ben eve geldiğimde ... evdeydi. Ancak nasıl geldiğini bilmiyorum. Ben daha önce de söylediğim gibi kesinlikle ...'in ...'den hamile kaldığını bilmiyordum. ...'in ...'e tecavüz ettiğini de bilmiyordum, ailem ve yakınlarımdan hiç kimse de bilmiyordu, ... bize hiçbir şey söylemedi. Ben ...'in karnındaki çocuğun benden olduğunu biliyordum. 2012 yılı Temmuz ayında ben ...'da çalışırken buraya izne gelmeden önce bana benim kullanmış olduğum ... no'lu telefonuma ... no'lu telefondan mesajlar geldi, ... no'lu telefondan '04 Temmuz 2012 saat 23.34.48'da 'Zaten gitcem ama ben sana babana hemen söyle mi dedim sana takımın cebine hattı bırakıyom gelince ceketinin iç cebinde adi' içerikli mesaj gelmiş olduğu görüldü. +... no'lu telefondan '04 Temmuz 2012 saat 17.22.56 da 'Sen nası allıyorsan öyle beni artık gelen de s...yor giden de biliyorsun hayranım çok akşam benim istediklerimi babangile söylemezsen sana söyledim benden sana yar olmaz sen daha iyisini bulursun gelme konusuna gelince yaparsan dediğimi sana o zaman söylerim gelip gelmeceni yapmazsan hiç zahmet etme geldiğin gün her şey biter zaten biliyorsun sevmiyorum fazla şansını zorlama telefon çekmiyor ... kocası dövdü diye kaçtı gitti bir ben olman ayrılacak beni gelen de s..ti giden de ben sana demedim mi çocuk senden değil deye sen benim dedin sen korunmuyor muydun zaten bana yazacaklarını yaz akşam bakarım kararını söyle beni bu şekil kabul ediyorsan babangile resmen ev istemediğimi altınları ettirip buradan gideriz yalnız sana anca bu kadar karı olurum s...ldim ezildim yaktı dedemgil beni öte tarafta alırım hakkımı' içerikli mesaj gelmiş olduğu görüldü. ... no'lu telefondan '04 Temmuz 2012 saat 16.55.57 da 'Hayır ne zaman altınları ettirisen beni bu kahbe anandan şerefsiz babandan kurtardın o zaman sana karılık yaparın deyilse benden sana karı olmaz bu sene evin ustasına kalfa durdum oda beni istediği gibi kullandı harç kar, şunu ver bunu getir yanından hiç ayırmadı sen adam olsaydın bunlar olmazdı bide para çekip gönderdin evin tapusunu bana yaptır madem sana karı olayım yarın bize y...ğını ve-

rirler, ben sana anca bunları yapar benden bir şey istersin eve telefon edip bunları söylemeni istiyorum hemen akşam konuştuğumuzu da söylemezsin bu telefonu da atacan kartı da bi da arama çocuk tam beş aylık oldu sen gideli kaç ay oldu hesapla ona bakıtcaktım yalvaca bile göndermediler ocakta gittin demi senin değil oda benim hadi sen bundan sonra ananla konuşursun akşam görücen deye bilecek misin' içerikli mesaj gelmiş olduğu görüldü. Bu mesaj bana ... no'lu telefondan geldi. Ben bu mesaj gelince doğrudan mesaj çeken bu numarayı defalarca aradım, açmadı. Bunun üzerine telefoncuya gidip sordum bana bunun ismini söyleyemeyeceklerini ancak 'N.Y' adına kayıtlı olduğunu söylediler. Ben de bunun... olduğunu düşündüm. ...'i ev numarasından aradım ona ne demek istediğini, bu numaranın kime ait olduğunu sordum. Bana ... numaranın kendisine ait olduğunu telefonu kendisinin satın aldığını söyledi. Ben de 'Niye öyle bir mesaj yazdın?' dediğimde 'Sinirlendim de yazdım' dedi. Ben 'Bir daha böyle şeyler yazma' dedim. ... de bana 'Tamam' dedi. ... bana telefonda 'Gelen de s...yor, giden de s...yor' şeklindeki mesajını 'Gelen giden iş yaptırıyor' şeklinde algıladım. Ben ... ile ...'in arasında nasıl bir ilişki olduğunu bilmiyorum. Mesajdan sonra Ramazan öncesi köye geldim, ... ile konuştuk. ... yine bana o mesajları kızgınlık anında yazdığını söyledi. O, 'Sen yazılanlara bakma, benim konuştuğuma bak, bu çocuk senin, beni affet' dedi. Ben de hiç kavga falan etmeden 'Ben bunları hak etmiyorum, sen biraz annenin evine git, kafanı dağıt' dedim ve annesinin evine gönderdim, ben de işe gittim. ... 10-15 gün annesinin evinde kaldı, tekrar bizim eve geldi, bayram tatili için ben de geldim. Bayramda tartışmadık ancak ...'in morali bozuktu fakat bana bir şey söylemedi. Ben ...'in başka biriyle ilişkisi olduğunu ölüm olayından sonra öğrendim. Benim tecavüz olayıyla alakalı bilgim yoktur. Bana ... çocuğa ocak ayında hamile kaldığını söylüyordu. Ben de ocak ayında ve nisan ayında ... ile birlikte olduğumdan öyle zannediyordum. ... bana hiç çaktırmadı, hiçbir şey ima da etmedi bu nedenle ben hiç de şüphelenmedim. Ben köydeki dedikoduları hiç duymadım, bana göstermiş olduğunuz eşim ...'in gözlüklü fotoğrafını daha önce hiç görmedim. Ancak ...'in fotoğraftaki yanında bulunduğu araba, bildiğim kadarıyla ...'e ait Toyota marka arabadır. ...'in yüzündeki yara bildiğim kadarıyla Ramazan ayının başında ben köyde bulunduğum sırada ... danalara bakarken dana vurmuş bana bunu ... söyledi.",

İstinabe olunan Mahkemede; "Benim olaydan ölüm sonrası haberim oldu, ben Çağman'da mermer ocağında çalışıyordum, şef beni çağırıp olayı bildirerek memlekete gitmem gerektiğini söyledi, ben de memleketim Yalvaç' a gittim, ölümden bir yıl önce maktul tüfekle köye gelerek bizimkileri 'Sizi köyün yüzüne baktırmayacağım, insan içine çıkartmayacağım'

şeklinde sözlerle teHD.it etmiş, buna ..., ..., ..., ... şahittir, savcılık ifademde bana gösterilen fotoğraflardan ben normal bir insanın onu yapabileceğini düşünmüyorum, bir şekilde baskı altında kalınmıştır, eşimin maktulle gönüllü olarak bir ilişki yaşadığını düşünmüyorum, çünkü gönüllü bir durum olsa bu olay olmazdı.",

Tanık ... 06.09.2012 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığında; "Şüpheli ... benim öz kızım olur. Yaklaşık 7 yıl önce ...'ın ailesi gelip bizden ...'i istediler, biz de verdik ve bu evlilikten 2 çocukları oldu. ...'i tanırım, köylümüz olur, herhangi bir akrabalığım yoktur. Sadece selamlaşır, merhabalaşırız, samimiyetimiz yoktur, düşmanlığımız da yoktur. Ben ... ile kızım ...'in ilişkisini bilmiyordum, ben ...'in ...'e tecavüz ettiğini de bilmiyordum, bunları kızım ... ...'i öldürdükten sonra öğrendim. ... Ramazan'dan önce kocası ... ile tartışmış. Kocasına küsmüş, çocuklarını bırakıp bizim eve geldi. Ben karı koca arasına girilmez diye fazla üstelemedim. 8-10 gün sonra kayınvalidesi ... gelinimi götüreceğim diye geldi, ...'i alıp gitti. ... geldiğinde yüzünde yara bere, ya da dayak yemiş görüntüsü yoktu. Olayın olduğu gün ben evde eşim ve kızım ... ile oturuyorduk. Saat 22.00 sıralarında ... ile eşi bize kızım ...'in ...'in kellesini kesip köy meydanına attığını söyledi. Bunu duyan kızım ... rahatsızlandı, ben onunla ilgilendim, eşim ... da olay yerine gitti. Gece yarısı da jandarma eşimi eve bıraktı. ... ve eşi gayet mutlulardı, son zamanlarındaki tavırlarından da şüphelendiğim bir durum olmadı, evlendirdiğimiz ilk gün nasılsa sonraki bir yıl da aynı şekilde iyiydi. ...'in eylem ve hareketlerinde tecavüze uğramış bir hâl yoktu, bize bu konuda hiçbir şey hissettirmedi. Gayet neşeliydi. ... hiçbirimize bu konuda bir şey söylemedi. Benim bu konuyla alakalı bildiklerim bunlardır.",

Mahkemede; "Savcılıkta verdiğim ifadelerimi kabul ediyorum ancak ...'in doğurduğu çocuğun 50 bin TL karşılığında satışı konusunda telefon kayıtlarında geçen konuşmalardan dolayı beyanda bulunmak istiyorum. Ben bu görüşmeleri ...'in psikolojisini düzeltmek için ona moral vermek amacıyla yaptım. Çocuklar derken ... ve ...'i kastediyorum, onlar dediler ki banka borçlarımızı kapatmak için bunu yapabileceğimizi söylediler, şaka yollu konuştuk. Olayla ilgili daha önce Savcılığa ifade verdim aynen tekrar ediyorum, ... bana kızımın attığı mesaj gelene kadar herhangi bir bilgiye sahip değildim, ... bana bu mesajı 2012 yılının bayramından önce tam tarihini hatırlayamadığım bir zamanda attı, ... bana kızının adıyla bana bir mesaj geldi dedi ve o mesajın bir bölümünü bana gönderdi, ben okudum, mesajın gönderildiği telefon numarasının kime ait olduğunu bilmiyorum, ...'in adına alınmış, ... bana senin kızın bana böyle böyle dedi yani böyle böyle derken küfürlü konuştuğu, altın meselesi olaylarını söy-

ledi ben de böyle birşey olamayacağını söyledim, mesajı sana yazan kızım değildir dedim. Bu mesaj bana geldiğinde kızım benim evimde değildi, bu mesajdan sonra ...'e aynı gün böyle bir şüphen varsa kız benim kızım gelsin dedim, büyük bir şey yok dedim. konuşuruz dedim. 1-2 saat sonra ben gittim ...'i yalnız aldım. Çocuklarını getirmedim. Ben ...'e mesajları sordum, bana böyle bir hat olmadığını, kullanmadığını söyledi. Mesajın içeriğini de sordum doğru olmadığını da söyledi. Ben 2010 yılından olayın olduğu tarihe kadar ...'e ait harhangi bir değişiklik farketmedim, ... eşiyle anlaşmasa durmaz zaten, evlendiğinden bu yana ... benim yanıma kaçak gelmedi, araları iyiydi, iyi olmasa 7-8 sene orada olmazdı, zaten birbirimizle akrabayız. ... bana kızın bana mesaj çekti beni istemiyormuş dedi. ...'ın da mesajdan haberi varmış, Savcılık beyanımda...'ın da bana kızını al götür dediğini kabul ediyorum. Kızım ... benim evimde tahminen 8-10 gün kadar kaldı. Ben kızımı dövmedim, tarihini hatırlayamadığım bir zaman ...'in kaynanası ... gelerek yanlış anlama olduğunu söylerek ...'i aldı, ... de ...'den önce gelip ...'le görüştüler, konuşurlarken ben yanlarındaydım, konuştuklarını tam anlayacak kadar yakınlarında değildim, ... götürmedi, ...'in gelmesinden sonra ... 2-3 gün sonra geldi. ...'in gözünün neden morardığı konusunda bilgi sahibi değilim, ailesinin dövüp dövmediğini bilmiyorum, ... bana olaydan sonra hayvan vurdu bana dedi. ...'le ...'in ilişkisine dair köyde yayılan dedikoduları duymadım. Dedikodu olduğu için biz en son duyduk, kayınpederinin de duyduğunu bilmiyorum, psikolojim elvermediği için hatırlayamıyorum, olay günü köyün kooperatifinde süt alımı yapıyordum, sabah 2-3 saat kadar çalıştım sonra tarladan mahsullerimi getirmek için gittim, oradan eve geldim, saat 6, 6 buçuk gibi eve geldim, sonra tekrar mandıraya döndüm, saat 22.00 sırlarında tekrar eve döndüm, mandırada benim çalıştığımı gören ... vardı, ... bu olaylardan önce bana ne tecavüz olayından ne ilişki olayından ne de eşinin ailesi tarafından dövüldüğüne dair birşey söylemedi duymadım, ben iddianameyi okudum, iddianamede yazan tanık ifadelerini kabul etmiyorum. Müşteki ...'in ifadesini de okudum kabul etmiyorum, beyanları çelişkilidir, ben önceki ifadeleri okumadım ama ben basında geçen ifadeleri ile iddianameyi karşılaştırdığımda çelişki olduğunu düşünüyorum, gönüllü olan bir kimse çeker gider ne baba duyar ne anne duyar. ...'in olaydan önce kızımla ilişkisi olduğuna dair benimle görüşme yaptığı hususunu kabul etmiyorum, Ben bilmiyordum, ... ile bu konuyu konuşmadık sadece ... kooperatife yem almaya gelirdi ben de yem verirdim. Benim av tüfeğim vardır, kızım benim av tüfeğimle atış yapmıştır, evleneceği vakitler atış yaptığı olmuştur. Bizim düğünlerde silah atılırdı, kızım da atmak istedi

ve atış yaptı, kızım düzgün atış neden yapmasın, ben kızıma nişan alarak atış yaptırmıştım.",

Tanık ... 06.09.2012'de Cumhuriyet Başsavcılığında; "Ben ...'ın kayınpederi olurum. Yaklaşık 7 yıl önce oğlum ... ...'i istediği için ikisini evlendirdik, bunlar birbirlerini seviyorlardı. Biz oğlum İsmaillerle birlikte aynı evde kalırız ancak onların evi bizim evin üstümüzdedir, aynı kapıdan girer çıkarız. Aramızda hiçbir sorun yoktur, biz gelinimizi severdik. Oğlum ... 2012 yılı ocak ayında ... Demre'ye çalışmaya gitti. Biz gelinim ve çocuklarımla birlikte kaldık. Oğlum ... Nisan 2012'de izne geldi, 4 gün kaldı gitti. Ramazan ayından önce ..., oğlum ...'e bir mesaj çekmiş, mesajda çocuğun oğlum ...'den olmadığını yazıyormuş. Oğlum bana telefonda bunu söyledi, ben de bunu ...'e sordum, ... ben yazmadım diye kabul etmedi, bu nedenle ... babasıgile gitti. Bunun üzerine oğlum ... köyümüze geldi. Bu sırada ... babasının evine gitmişti. ... ...'in evine gitti, ... ile görüştü, ... gelmedi, ... tekrar iş yerine gitti, gittikten bir müddet sonra eşim ... gidip ...'i getirdi. 'Ramazan ayında arefe günü oğlum ... geldi, bir gün sonra oğlum ... de geldi. Oğlum ... 8-10 gün kaldı ve 26.08.2012 günü gittim. ... de hasta olduğu için evde kaldı. Cinayetin olduğu gün biz gündüz köydeydik. Kahvehaneye gitti, akşamleyin eve geldim. Hep birlikte gelinim ..., oğlum ..., eşim ... ve torunlarımla birlikte yemek yedik. ...'dan birine işçi bulmak için yatsıdan sonra kahvehaneye gittim, çay içtim, kahvede tek başıma oturdum. Bu sırada bana işçi bulduğum kişiden telefon geldi, telefonu ...'e verdim, ...'le bu kişi 5-6 dakika konuştu, köyümüzde o gün düğün vardı, düğün sahibi bana düğüne gitmeyecek misin dedi, ben de tamam geliyorum dedim ve eve gittim, tuvalete girdim. Tuvalet evin girişindeydi. Ben tuvaletteyken bir bağırma sesi duydum. Üst kata, evime çıktığımda hanımın bayıldığını, gelinimin de ellerinin kan olduğunu gördüm. Elinde otomatik Üzümlü marka 8 fişek alan tüfek vardı. Ben gelinime 'Ne oldu?' dedim. 'Köpeğin kellesini attım' dedi, 'Kimin?' diye sorduğumda '...'in' dedi, bunun üzerine ben hemen jandarmayı aradım, jandarmaya gelinimin ... diye birini öldürdüğünü söyledim, jandarma da bana ambulans göndereyim mi dedi, ben de gelinime 'Öldü mü?' diye sordum. O da bana 'Kellesi kopan ölmez mi?' dedi. Bu sırada evde oğlum ... de vardı, ... uyuyordu. ..., ... halasına gitti, niye gittiğini bilmiyorum, Ben, ... ve eşim jandarmayı beklemeye başladık, bir müddet sonra jandarma geldi bizi aldı götürdü. Ben gelinim ... ile ...'in ne tür bir ilişkisi olduğunu bilmiyorum. Ben ...'le jandarma gelene kadar sohbet ettik, ona niye kestiğini sordum, o da 'Namusumu temizledim' dedi. Ancak ayrıntıdan bahsetmedi, 'Beni sonra anlarsınız' dedi. ...'in ...'e tecavüz edip etmediğini bilmiyorum, bunu olayın olduğu gece bana avukat söyledi. Biz ...'in karnındaki çocuğun oğlumdan olduğunu biliyorduk, ...

de bize öyle demişti. Ben daha önce hiç şüphelenmedim ancak olaydan yaklaşık 10-15 gün önce köyümüzden ... bana, 'Sana acı bir şey söyleyeyim, ... senin eve girip çıkıyor' dedi, ben bunu duyunca hiçbir şey diyemedim, bir gün sonra sorduğumda bana herkes biliyor, bunu ... ve ...'ın da bildiğini söyledi, ben bunun üzerine araştırmaya başladım, bunu gelinime sordum, gelinim bunu kabul etmedi, gelinim bana 'Böyle bir şey olamaz. Bana inanmıyor musunuz?' dedi. Ben bunları eşim ...'e de söyledim. Ben bir daha bunun üzerine gitmedim. Ben gelinimin tavırlarından şüphelenmedim, bize gelin geldiği gün nasıl davranıyorsa son bir yıldır da aynı şekilde davranıyordu, hareket ve tavırlarında olumsuz bir şey görmedim, gayet mutlu neşeliydi, tecavüze uğramış görüntüsü yoktu, bize de böyle bir şey ima etmeye çalışmadı. Biz hiç şüphelenmedik, benim bu konuyla alakalı bildiklerim bunlardır,",

Tanık ... 28.02.2013'te Cumhuriyet Başsavcılığında; "Ben olayın olduğu gün bir arkadaşım beni ...'dan beni işçi bulmam için telefonla aradı, ben de bunun üzerine kahveye gittim. Saatin kaç olduğunu hatırlamıyorum, ancak yatsıdan sonraydı. Kahvede tek başıma oturdum, çay içip sigara içtim. Bir müddet sonra telefon geldi, köyümüzde düğün olduğu için davul vurulmaya başladı. Telefonu ileri geçerek işçibaşına verdim, bunlar telefonda konuştular. Bana telefonu verdiğim ... bana telefonu verdikten sonra düğün sahibi bana... düğüne gidelim dedi, ben de tamam dedim. Biraz dikildim ve evime gittim. Biraz rahatsız ettiğim için düğüne gitmek istemedim, doğrudan giriş katta bulunan tuvalete girdim. Tuvaletten çıkarken torunum ...'ın ağladığını duydum. Hemen hızlı bir şekilde eve çıktım. Eve vardığımda odanın kapısının dibinde gelinim sırtında silah ve elleri kan içinde ... dikiliyordu. Eşim ... donmuş kalmıştı. Torunum ... ağlıyordu. Oğlum ...'ın içeride olup olmadığını hatırlamıyorum. Ancak ben kahveye gitmeden önce oğlum ... evde yatıyordu. Ben geldiğimde evde ...'in olup olmadığını hatırlamıyorum. Ben hemen jandarmayı aradım. Jandarmaya, 'Benim gelin birisini vurmuş' dedim. Bana jandarma 'Öldü mü?' dedi, ben de gelinime 'Öldü mü?' diye sordum. O da 'Kellesi kopan ölmez mi?' dedi, ben de jandarmaya 'Öldü' dedim. Bu sırada eve komşularımız ve akrabalarımız geldi torunum ...'ı ve eşim ...'i götürmüşler. Ben ...'e 'Ceset nerede?' dedim, 'Evin arkasında, kafası da kahvenin orada' dedi. Ben bir müddet sonra jandarmayı karşılamak için aşağı indim, jandarma geldi, bana sordu, ben de jandarmayı ...'in yanına götürdüm, ...'i arabaya aldılar, ... cesedin yerini gösterdi. Ben olay anında silah sesi duymadım, ben cami arasından geldim, yolda gelirken ... ile de karşılaşmadım. Tuvalette bir sigara içecek kadar durdum. ... farklı bir güzergâhtan gelmiş eve de normal işlediğimiz kapıdan değil arka taraftaki kapıdan girmiş,

bu nedenle ben ...'in geldiğini görmedim, sesini de duymadım, ...'in arka kapıdan girdiğini ... görmüş, Ben bunu komşulardan duydum. ... da ... elinde kelleyle giderken onu takip etmiş. Ben gelinim ...'e tecavüz edilip edilmediğini bilmiyorum, gelinim ilk gün nasılsa son bir yıldır da öyleydi, hâl ve hareketlerinden şüphelendiğim bir durum yoktu. Benim köydeki dedikodulardan da haberim yoktu ancak 10-15 gün önce ... bana 'Acı bir şey söyleyeyim, ... senin eve girip çıkıyor' dedi ancak rızası olup olmadığını söylemedi, ...'in arkadaşıdır. Ben bunun üzerine araştırmaya başladım, gelinime sordum, gelinim 'Yok böyle bir şey' dedi, ben bunu eşim ...'e de sordum, ... de bana 'O hırsıza mı inanıyorsun, o yapmaz' dedi, ben kesinlikle cinayet olayıyla herhangi bir ilgim yoktur, ben gelinim ...'in tecavüze uğradığından dolayı mı yoksa ... buna söz verip de ...'a götürmek için söz verip de yapmadığından dolayı mı ...'i öldürdüğünü bilmiyorum, tecavüz edip etmediğini de bilmiyorum,",

Mahkemede; "Ben bu konuda daha önce savcılıkta ifade vermiştim içeriğini tekrar ederim, olaydan yaklaşık 2 ay önce oğlum ... beni arayarak gelinim ...'in kendisine mesaj çektiğini bu mesajında ustalar da beni kullanıyor evi bana vereceksen ver vermeyeceksen verme şeklinde mesaj çektiğini bana söyledi, bunun üzerine ben de bu durumu ...'le konuştum, ... yemin ederek bu mesajı kendisinin çekmediğini bana söyledi, ben de konuyu araştırdım, Turkcell bayisine gittim mesajın kim tarafından gönderildiğini öğrenmeye çalıştım ancak öğrenemedim, bir müddet sonra oğlum ... köye geldi, ayrıca Ramazan ayında ... de geldi, ancak o sırada ...'i babasının evine göndermiştik, mesajdan dolayı ...'i babasının evine göndermiştik, bu arada ... eşi ile görüşmeye gitti oradan da çalışmaya gitti, ayrıca ben de çalışmaya gittim, bir süre sonra eve geri döndüm, hasat işlerini tamamlandım, daha sonra ... isimli şahıs bana olay yaşanmadan 10-15 gün öncesi gelinim ... ile maktul ... arasında ilişki yaşandığına ilişkin dedikoduların olduğunu, ...'in gelinimin evine girip çıktığını bana söyledi, bunun üzerine ben ...'a kızdım, bu ithamın ağır bir itham olduğunu ifade ettim, daha sonra bu durumu gelinim ... ile görüştüm gelinim ... bana, 'Baba bana mı inanıyorsun yoksa babamın düşmanına mı inanıyorsun?' şeklinde sözler sarf ederek olayı inkar etti, ...'in babası ile ... arasında daha önce tarlaların sınır ihtilafı sebebi ile husumet bulunduğundan ben de anlatılanlara inanmadım. Olay günü daha önce yanında çalıştığım ... diye birisi beni aradı işe çağırdı, ancak çocuklarımın işte olması sebebiyle adama işe gidemeyeceğim için adama başka birini ayarlamak üzerne kahveye gittim, orada ... isimli biriyle konuştuk daha doğrusu ... beni aradı ikisini görüştürdü, ... isimli köyde düğünü olan bir şahıs bana düğüne gelip gelmeyeceğimi sordu, ben de geleceğimi söyleyerek eve gittim,

bizim evin tuvaleti evin dışında tahtadan yapılmış bir şekildedir, tuvelette bulunduğum sırada bağırma sesi geldi bunun üzerine ben yukarı gittim, gittiğimde ...'in elinde tüfek vardı, yine elleri de kanlıydı, ben 'Ne yaptın?' diye bağırdığımda bana 'Bir köpek kestim' dedi, ben de 'Kimi kestin?' diye sorduğumda '... köpeğini kestim' dedi, bunun üzerine ben de jandarmayı aradım jandarma 'Bilgimiz var' dedi, olay bundan ibarettir.",

Tanık ... Cumhuriyet Başsavcılığında; "... benim kızımın kızı olur. ...'in kayınpederi ... da diğer kızımın eşi olur. ...lar diğer damadım ...'dan ...'i istediler, ben önce karşı çıktım ancak ısrar edilince ben de karışmadım, ... ile ... evlendiler 2 tane de çocukları oldu, bunlar mutlu bir şekilde yaşıyorlardı. Aralarında bir sorun olduğunu görmedim. Ben ...'in ... ile ne yaşadığını bilmiyorum ancak kahvelerde ...'in ...'i ...'a kaçıracağı dedikodusunu duydum ancak ben bunu ...'e ya da damatlarıma sormadım çünkü ben ...'e çok güveniyordum, ben tecavüz edip etmediğini de bilmiyorum, ilişkilerini cinayetten sonra öğrendim. Cinayeti de olaydan bir gün sonra bakkalda bir kadından duydum. Ben eşim ile birlikte damatlarımdan ayrı bir yerde yaşıyorum, onun için olayı geç öğrendim, ... ahlaklı, namuslu, kimseye zarar vermeyen hatta saçının telini dahi göstermeyen iffetli bir çocuktu, benim kanaatimce ... kesinlikle rızasıyla ilişkiye girmemiştir, tecavüze uğramıştır.",

Sanık ... 29.08.2012 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığında; "Kyköyünde ikamet ederim, benim 4 ve 5 yaşında iki çocuğum vardır. Ev hanımıyım, eşim 18 ocakta ... iline mermer ocağında çalışmak üzere gitti. Kayınpederim ve kaynanamın evleri bizim eşimle kaldığımız eve bitişiktir, aynı terastan girip çıkarız. Ben eşimle bize ait olan bu evde kalırım, çocuklarım da zaman zaman bende zaman zaman da kayınpederim ...'ın yanında kalırlar. ... eşimin halasının kocası olur. ... evlidir, ...'in de iki çocuğu vardır, çocuklarından erkek olan liseye gider, kız da ortaokula gider. ... ile biz ailecek konuşurduk. Birbirimize gider gelirdik. Ben ...'i eşim ... ile evlendikten sonra tanıdım. Öncesinden hiç tanışıklığım ve görüşmüşlüğüm yoktur. Yaklaşık iki yıl önce Polatlı'ya pancar çapasına köyümüzden bir grup insanla gittik, benim yanımda, eşimin kardeşi o zamanlar 15-16 yaşında olan ... vardı. Bizi topluca amele olarak ... götürmüştü, ... bizim dayıbaşımızdı. Biz pancar tarlasında 1,5 ay kaldık. Polatlı'da eski bir binada kaldık. Binada iki hane bir odada kalacak şekilde ayrılmıştık. Biz de akraba olduğumuz için kayınbiraderim ..., ... ve ...'in eşi ile birlikte aynı odada kaldık birlikte aynı odada yatıyorduk. İki kadın evin duvar kısmında olacak şekilde yatıyorduk. ... ben yatarken zaman zaman bana dokunmaya, tahrik etmeye çalıştı ancak ben 'Bağırırım yapma' dedim. Bu nedenle ... bir şey yapamadı. Ancak tarlada çapa yaparken ben diğer

çalışanlardan ayrı olduğum zamanlarda ... yanıma gelip bana 'Sen benim olacaksın, bağırsan da çağırsan da benim olacaksın, şimdi dokunmuyorum ancak seni mahvedeceğim, köye vardığımızda herkese senin benimle ilişkin var diyeceğim' diye beni teHD.it ediyordu. ... bu şekilde bana 5-6 kez teHD.itte bulundu. Ancak bana dokunmadı, herhangi bir ilişkimiz de olmadı. Biz köye geldikten sonra bu sefer ... eşinin evde olmadığı zamanlarda beni kayınpederim adına kayıtlı ... no'lu ev telefonundan arardı. 'Köye geldin diye benden kurtulduğunu sanma, seni elbet yakalayacağım, ailene söyleyeceğim, seni internetlere vereceğim, köyde dedikodu yayacağım, nasıl olsa bir kişiye söylersem, bu yayılır herkes de bana inanır' diyordu. Ben onu sabit telefondan iki yıl boyunca 5-6 kez aradım. Çünkü ... bana 'Sen beni aramazsan, eşini takip eder, benimle ilişkisi var derim' diye teHD.it ediyordu, ben de mecburen onu arıyordum. Aradığımda ya da o beni aradığında bana 'Niye aramıyorsun beni?' diyordu, ben de fırsat bulamıyorum diyordum. O da 'Ben seni takip ediyorum, bana yalan söylüyorsun' diyordu. Bana sürekli 'Seni seviyorum, sen çok güzelsin' diyordu. Ben ona 'Beni arama, beni dile düşürme, benim yuvamı yıkma, benden uzak dur' diyordum. Biz ev telefonu numarasını yaklaşık bir ay önce kapattık. ... beni önceleri ...no'lu numaradan arıyordu. Ben sonunun 9332 olduğundan eminim ancak ortadaki numaralardan emin değilim. ... benimle telefonla görüşmediği zamanlarda beni tek başıma sokakta gördüğünde bana 'Niye bana karşı geliyorsun, sen benim olacaksın, niye benimle olmuyorsun, bak seni ben mahvedeceğim, seni köylünün diline düşüreceğim, eşine babana tüm yakınlarına söyleyeceğim, sana iftira atacağım, seni köyde rezil edeceğim' diyordu. Ben de 'Benim çoluk çocuğum var, hayatımı mahvetme, benden uzak dur' diyordum. Eşim ... 18 Ocak 2012 tarihinde ... iline mermer ocağına çalışmaya gitti, bunu fırsat bilen ... beni daha çok rahatsız etmeye başladı. Bizim ev telefonumuzu gizli numaradan daha fazla aramaya başladı, telefonda fazla konuşmuyordu, telefonu çaldırıp kapatıyordu. Amacı beni kayınpederimin yanında zor durumda bırakmaktı. Eşim gittikten 2-3 gün sonra ben evde çocuklarım ile yatarken saat gece yarısı 01.00-02.00 arası birden kapı açıldı, içeriye ... girdi, elinde küçük bir silah vardı. Bu sırada çocuklarım uyuyordu, ben sese birden kalktım. ... evimizin dam kısmından arkadan çıkmış. Ben kapıyı kilitlememiştim, çünkü bazen çocuklara geceleri süt katıp içiriyordum, yorgunluktan unutmuşum. ...'i görünce ben 'Git evimden ne işin var' dedim. Bana elindeki silahla 'Sus bağırma, çocukların kafasına sıkarım' dedi sonra üzerime saldırdı, sarhoştu, ben direnmeye çalıştım ancak direnemedim, ben bağırmadım, çünkü ... sarhoştu ve elinde silah vardı, silahla çocuklarımı öldüreceğinden korktum. ... 'Bağırırsan çocuğa sıka-

rım' diyordu. Sonra benim zorla alt kısmımda bulunan pijama ve külotumu çıkardı. Kendisi de cinsel organını çıkardı, ben direnmeme rağmen cinsel organını benim cinsel organımın içine soktu ve benim içime boşaldı. Ben ağladım, ... de oturdu, bana 'Sus ağlayıp durma, kayınpederlerine duyuracaksın, bak ağlarsan çocuklarına sıkıveririm' dedi. Daha sonra bırakıp gitti. Ben korktuğumdan ve utandığımdan bunu hiç kimseye söylemedim. 3-5 gün sonra ... gece vakti herkes uyuyunca özellikle bizim yorgun olduğumuz, inşaatta çalıştığımız zamanlarda önceki girmiş olduğu dam kısmından eve giriyordu. Ben kapıyı kilitliyordum, ancak ... bana 'Aç kapıyı bak aşağıdakilerin kafasına sıkarım, onlar şimdi uyumuştur, bağırsan da bizi duymazlar, duysalar da korkmuyorum, gider kafalarına sıkarım' diyordu. Ben de mecburen kapıyı açıyordum. Her gelişinde ... silahla geliyordu. Bu geldiğinde de benim üzerimi silah zoruyla çıkardı, kendisi de üzerini tamamen çıkardı. Yine cinsel organını benim cinsel organımın içine soktu, yine içime boşaldı. Bir müddet oturdu, üzerini giyindi, gitti. ... 20 Ocak 2012 tarihinden günümüze kadar eşim olmadığı zamanlarda 5-6 günde bir bu şekilde evime gelip zorla benimle birlikte oldu. 4 yaşındaki çocuğum sürekli yanımda olurdu, 5 yaşındaki çocuğum da bazen yanımda bulunurdu. Ben ... çocuklarıma eşime zarar verebileceği ve dedikodu çıkarabileceği korkusuyla artık ona karşı koyamaz oldum. Bir keresinde ben karşı koymaya çalıştım ancak beni darbetti, ... her gelişinde aşırı derecede alkollü olurdu. ... her birlikte oluşumuzda benim içime boşaldı. Sanki beni hamile bırakıp köye rezil etmek gibi bir amacı vardı. Eşim ... 18 Ocak 2012 tarihinden sonra ilk defa temmuz ayının ortalarında köye geldi. Ben bu geldiğinde zaten 4-5 aylık hamileydim. Ben eşime anlamasın, çocuğun kendinden olduğunu zannetsin diye 6-7 aylık hamileyim dedim, oysa ben şubat ayının sonlarında ...'den hamile kalmıştım. eşimse 18 ocakta gitmişti. Kasımın sonlarında da doğum yapacaktım, eşim benim eylül-ekim aylarında doğum yapacağımı biliyor. Ben eşim geldiğinde ...'in yaptıklarından bahsedecektim ancak eşim çok tehlikeli bir işte çalıştığı için dalar, kendisine zarar verir düşüncesiyle onunla bir şey paylaşamadım. Eşim bayramda bir kez daha geldiğinde eşimle yine ...'in yaptıklarından bahsetmek istedim ancak çekindim, paylaşamadım, her iki geldiğinde de eşimle birlikte oldum. Ben ...'in bu yaptıklarından dolayı eşimin yüzüne bakacak hâlde değildim ancak kendisini yanlış düşünceye kapılmasın diye yapmacık da olsa birlikte oldum, onu mutlu etmeye çalıştım. Eşim bayramda 10 gün kaldı önceki geldiğinde de 4-5 gün kalmıştı. Eşim 26.08.2012 günü ... iline gitti, eşim gittikten sonra ... bana vermiş olduğu telefona mesaj çekti, mesajda 'Niye aramıyorsun?' yazılıydı. Ben bunu 27.08.2012 günü fark ettim. Aynı gün gece telefon titreşim-

deydi, çaldı, ben uyuyordum, telefonun titreşimine uyandım. Telefonu açtım, bana 'Uyuyor musun, yanına gelecektim' dedi. Ben 'Uyuyorum, çok yorgunum gelme' dedim. O da bana 'Yorgunsan gelmeyeyim ancak ben seni ...'a götürmek istiyordum' dedi. Ben 'Gelme yorgunum' dedim o da 'Tamam' dedi. 28.08.2012 günü akşam yemeğini yedikten sonra yatsıdan sonra beni telefonla aradı, bana 'Ben gelip seni götüreceğim' dedi, ben de 'Gel götür' dedim. Amacı yine bana sahip olup gitmekti. Ben onun yine bana sahip olmasından çok korkuyordum, artık iğreniyordum. Bu nedenle ona teslim olmak, onunla birlikte olmak beni çok korkutuyordu, beni tiksindiriyordu, onunla birlikte olmamak için ne yapabileceğimi düşündüm. Önce eve girdiğinde bana saldırırsa kendimi bıçakla savunayım dedim. Sonra onun güçlü olduğundan kendimi savunamayacağımı düşündüm. Bu sırada ... evin arka kısmına kimsenin göremeyeceği harabe bir alana gelmişti. Saat 22.00 sıralarıydı. Ortam çok karanlıktı. Bana telefonla 'İp salla buradan çıkayım' dedi. Ben de buğday çuvallarını çıkarmakta kullandığımız ipi attım, daha önce ... eve kendisi çıkıyordu. O gün ipi beni aşağı indirmek için istemiş olabilir çünkü o gün telefonda bana seni ...'a götüreceğim demişti. Ben ...'a götürmeyi düşündüğünü tahmin ediyorum. O ipten tırmanmaya başladı, ben bu içeri girdiğinde yine bana zorla sahip olur düşüncesiyle bana göstermiş olduğunuz kayınpederim ...'a ait olan 8 adet fişek alan otomatik tüfeği alıp arkadan dolandım. Ben evin arkasına vardığımda ... dama çıkmıştı. Tam ayağını dama attığında ben nişan alıp ...'e iki el ateş ettim. Ateş edince ... bana 'Amına koyduğum, bana ateş ettin' diyerek yere düştü. Yere düşmeden önce bana göstermiş olduğunuz 7,65 çapındaki sürekli benim evime gelip beni teHD.it ettiği silahı belinden çıkarmaya çalışıyordu. Çıkarırken silah yere düştü. Ardından kendisi yere düştü. Yere düşünce küfrederek aşağı doğru kaçmaya çalıştı. Ben yukarıdan bir kez daha ateş ettim. Ateş edince yukarıdan düştüğü yerin 6-7 metre aşağısında yüzüstü düştü, sonra ben yanına vardım. ben yanına varınca sırtının üstüne doğru döndü, yüzü bana dönüktü, bana ha bire sinkaflı şekilde küfrediyordu, ben cinsel organının bulunduğu bölgesine ateş ettim ancak kaç el ateş ettiğimi hatırlamıyorum. Ben ateş edince küfretmeyi bıraktı, ben öldüğünü anladım. Bana göstermiş olduğunuz sarı saplı bıçağı yanımdan çıkardım, boğazını kestim, koparıp saçından tuttum, silahı da omzuma taktım, yaklaşık iki yüz metre ileride bulunan köy kahvesinin önüne doğru gittim. Düğün olduğu için kahvehanenin önü çok kalabalıktı, ben kafatasını meydana doğru fırlattım, fırlatırken de 'İşte namusumla oynayanın kellesi, benim arkamdan konuşmayın' tarzı laflar ettim ve dönüp evime geldim. Ben ... ile hiçbir zaman rızam dâhilinde birlikte olmadım, ... bana adetliyken bile zorla sahip oldu. Beni sürekli

hakkımda dedikodu çıkarmakla yapmadığım hâlde kendisiyle birlikte olduğumu millete söylemekle ve eşime, çocuklarıma zarar verebileceğini, onları öldürebileceğini söyleyerek ayrıca beni, bana göstermiş olduğunuz silahla teHD.it ederek birlikte oldu. ... bana elinde benim çıplak resimlerim olduğunu, eğer onunla birlikte olmaya devam etmezsem bunu internetten herkese yayacağını, gazetelere vereceğini, insan içine çıkartmayacağını, beni mahvedeceğini söylüyordu. Ben o resimleri görmedim, bana ... bunu evde ben uyurken gizlice çektiğini söyledi. Maktul ...'in cep telefonunda bulunan fotoğrafların gösterilip sorulması üzerine; bana göstermiş olduğunuz fotoğraflar benim evimde çekilmiş fotoğraflardır. O fotoğraflardaki uyuyan kadın benim, yanımdaki erkek de ...'dir. ... bu resmi ben uyurken çekmiş, benim bu resimden haberim yok, ne zaman çektiğini de bilmiyorum ancak ... bana ölmeden bir önce telefonda bana 'Ben bebeğin fotoğrafını çektim, sen görmedin uyuyordun, şimdi onu izliyorum' dedi. Ben köyde adımın çıkmasından eşimin, çocuklarımın, ailemin mahcup olmasından yuvamın bozulmasından çekindiğimden ... ile birlikte olmak zorunda kaldım. Ben bunları kimseye söyleyemedim, çünkü adımın çıkmasından ve lekelenmesinden korktum. Hiç kimseye bunlardan bahsetmedim. Ben karakola ya da savcılığa da gelmedim çünkü gelmiş olsaydım, kendi adımı kendim kirletmiş olacaktım, oysa şimdi namusumu kendim temizledim. Şu anda benim karnımda ...'in çocuğu bulunmaktadır. Tahminime göre 6-7 aylıktır. Ben ilk zamanlarda hamile olduğumu bilmiyordum. Çünkü ... benimle adetliyken de birlikte oluyordu, bu nedenle ilk zamanlarda hamile olup olmadığımı anlayamadım, hamile olduğumu anladığımda Yalvaç Kadın Doğumevine gittim, bana burada çocuğun iki aylık olduğunu, alamayacaklarını söylediler. Sağ solda, gelip gidenler, hatta çocuklar bile, beni ...'in kullandığını, ondan hamile kaldığımı konuşmaya başladılar, hatta ramazan bayramında bize misafirliğe gelenler bile bana köyde bunların konuşulduğunu doğru olup olmadığını sordular. '... her yerde bunları konuşuyor, senin onda çıplak fotoğrafın varmış, ...'in oğlu fotoğrafları internete verecekmiş' dediler. Küçük çocuklar bile bunu söyledi. Ben uzun süre kendimi öldürmek istedim ancak çocuklarımı düşündüm. Bu nedenle öldüremedim. Ben ...'i namusumu temizlemek için yaptım ancak yine de pişmanım. ... beni sürekli silah zoruyla kullanıyordu artık ben iğrenir hâle gelmiştim. Bana tekrar zorla sahip olmasına engel olmak için onu öldürdüm.",

Cumhuriyet Başsavcılığında 25.02.2013 tarihinde; "Ben daha önce bu konu ile alakalı Cumhuriyet Başsavcılığınıza ifade vermiştim. Önceki ifademi kabul ediyorum. Aynen tekrar ederim. Ben önceki ifademde de belirttiğim gibi ... ile herhangi bir rızaya dayalı ilişkim olmadı. ... bana zorla sahip oldu. Ben ... ile birlikte hiçbir yere gitmedim. Sadece onunla

pancar ve pamuğa gittim. Pancar ve pamuk tarlasında da ... ile hiç fotoğraf çekinmedim. Ona fotoğraf da çektirtmedim. Ona evimde ya da dışarıda rızam dâhilinde fotoğraf çektirip çektirmediğimi hatırlamıyorum. Ben ... ile onun arabasıyla hiçbir yere gitmedim. Bir yere gitmediğimiz için arabasında da fotoğraf çekinmedim. Biz pancar tarlasında ya da pamuk tarlasında kesinlikle ... ile sevgili gibi davranmadık. Aksine ben ...'i kendimden sürekli kendim uzaklaştırmaya çalıştım. Tavırlarından rahatsızdım. Çünkü ... pancar tarlasında bana 5-6 kez tacizde bulundu. Ben bu nedenle ...'in bu tavırlarından rahatsızdım. Ancak kimseye ...'in bana yaptıklarını söylemedim. Ben hiçbir zaman telefon hattı almadım. ... üzerime kayıtlı gözüken telefon hatlarını benim adıma benim imzamı taklit ederek almış. Benim kimliğimi de benim rızam dışında ele geçirmiş ancak nasıl benim kimliğimi ele geçirdiğini bilmiyorum. Ben ...'in benim kimliğim ile hat aldığından haberim yok. Ben ...'in benim adıma kaç tane hat aldığını bilmiyorum. Ama bana 1'den fazla telefon verdi. Ancak kaç tane verdiğini hatırlamıyorum. Benim adıma kayıtlı olan ...numaralı 27.05.2010 tarihinde alınan sözleşmedeki imza bana ait değildir. ... numaralı 09.06.2012 tarihinde alınan sözleşmedeki imza da bana ait değildir. Ben bu numaraları kullanıp kullanmadığımı bilmiyorum. Ben 2010 yılında cep telefonu kullandım. Ancak numarasını bilmiyorum. 2010 yılında ...'i bu numaradan ya da başka bir numaradan arayıp aramadığımı hatırlamıyorum. O yıllarda ben ...'e mesaj çekmedim. Telefon da açmadım. O da beni aramadı. ... ile ilk telefonla ne zaman konuştuğumu hatırlamıyorum. Ancak ben ...'den çekindiğimden zaman zaman onu aramak zorunda kaldım. Aradığımda ve mesaj çektiğimde korktuğumdan dolayı Ben de ona 'Seni seviyorum' gibi sözler söylüyordum çünkü ...'in zarar vermesinden korkuyordum. ... bana vermiş olduğu telefonun kontörlerini kendisi alırdı. Bana telefon da almıştı. Bana zorla verirdi. Beni bu numaradan arayacaksın derdi. Bana telefon ve hattı 2010 yılında pancardan geldikten sonra verdi. Ancak tam tarihini hatırlamıyorum. Ancak ev telefonumuz kesildikten sonra olma ihtimali yüksektir. Ben ... ile bana vermiş olduğu telefon ve hatlardan 2010 yılından beridir konuşuyordum. Genelde o beni arardı. Ben onu aramadığımda bana 'beni arayacaksın, beni kızdırma' derdi. Ben de korktuğumdan mecburen zaman zaman onu arardım. Telefonla konuşurduk. Telefonla günün hangi saatlerinde konuştuğumuzu hatırlamıyorum. Ben aradığımda uzun süre konuşmak zorunda kalıyordum. Çünkü korkuyordum. Ben iddia edildiği gibi geceleyin evde rahatsızlanıp ... tarafından hastaneye götürülüp götürülmediğimi hatırlamıyorum. Hastanede bana serum takılıp tekrar ... tarafından evime getirilip gece evime bırakıldığımı ve evimdeki sobamın ... tarafından yakılıp yakılmadığını hatırlamıyorum. Ben hiç kurban kesmedim. Ancak daha önce birçok kez silah atmıştım. Bu nedenle silah atmasını bilirim. Ancak kurban kesemem. ...'in kafasını bana yapmış olduğu eylemler nedeniyle sinirimden kestim. Ben ... ile ...'in dedesi ...'nün evine 2012 yılının ilkbahar ayında gece ya da

gündüz gitmedik. Ancak ben, halam ...'ün evine davet olduğu için gitmiştim. Gündüz saat 17.00 gibi evimize geri geldim. Benim ...'de benim evimde benim haberim varken çektiği fotoğrafım yoktur. Ben uyurken fotoğrafımı çekmiş. Bu fotoğrafı ben hamileyken çekmiş. ...'in beni uyanıkken ve gülerken çektiği fotoğraf bildiğim kadarıyla yoktur. Pamuk toplarken çekindiğim fotoğrafı amcamın kızı ... çekmişti. Bu fotoğraf ...'in eline nasıl geçti bilmiyorum. Ben bilerek ...'e hiç fotoğraf çektirmedim. Yalvaç Hastanesine geldiğimizde ... annemgil yanımda olmadığı bir vakitte yanıma geldi. Hastanenin yakınında bir yerde arabasının yanına beni götürdü. Bana gözlüğünü zorla taktırdı ve benim fotoğrafımı çekti. Ben çekinmek istememiştim. Bu olay ben kürtaj yaptırmak amacıyla Yalvaç Devlet Hastanesine geldiğim sırada oldu. Fotoğrafı çektiği yer hastanenin çok yakın bir yerindeydi. Ben ...'den hamile kaldığımı bilmiyordum. Çünkü dişim için antibiyotik kullanıyordum. Antibiyotik kullandığım için adetim olmuyordu. Ben bu nedenle farkına varamadım. Ben hastaneye annem ile hamile kaldıktan 2 ay sonra gittim. Hastanede hamile olduğumu öğrendim. Doktora aldırmak istediğimi söyledim. Ancak doktor eşinizin rızası gerekir dedi. Ben de bu nedenle aldıramadım. Bu sırada ... beni takip etmiş. Annem çocuk ile ilgilenirken ... doktorun yanına girmiş. Doktora 'niye geldi 'diye sormuş. Sonra benim hamile olduğumu doktor söylemiş. Bana bunu sonradan ... söyledi. Pancar tarlasından döndükten sonra ben 2 kez ...'i kayınpederim üzerine kayıtlı ev telefonundan aradım. Aramamın nedeni; ..., beni 'birlikte pamuğa gidelim, aileni ikna et 'diye baskı yapıyordu. Ben bu nedenle ...'i aradım. ...'e 'tamam ben ailemi ikna edeceğim, pamuğa birlikte gideceğiz 'diye söyledim. Ben eşim ...'e evi yakmasını o evde kötü günler geçirdiğimden dolayı söyledim. ... de bunun için bana tamam yakacağım dedi. Ancak yakmadı. Her ne kadar ev bizim bu konuşmamızdan birkaç gün sonra yanmış ise de bu tamamen tesadüftür. Ben uyurken ... benim parmağımdaki yüzüğü çıkarmış yanına almış götürmüş. Ben uyuduğumdan dolayı bunun farkında değilim. Daha sonra ... bana senin yüzüğünü aldım. Bunu kocana göndereceğim ... bana verdi diyeceğim dedi. Ben de bunu yapma, geri getir dedim. ... epey bir süre bunu vermedi. Daha sonra yüzüğü getirdi. Ben bana okumuş olduğunuz 4 Temmuz 2012 tarihinde saat 17.22 de ... numaralı telefondan çekilen 'Sen nasıl anlıyorsan öyle...'şeklinde başlayan mesajı ve aynı telefondan aynı tarihte 16.55 de çekilen 'Hayır ne zaman altınları ettirirsen beni bu kahpe anandan, şerefsiz babandan kurtardın...' şeklinde mesajı ben eşim ...'e çekmedim. Bunu ... benim adıma almış olduğu hattan ... ile aramızı açmak için o çekmiş. Ben bu hattı o tarihlerde kullanıp kullanmadığımı hatırlamıyorum ancak mesajları ben çekmedim. Bu mesajı ...'in nereden çektiğini bilmiyorum. ...'in bu bilgileri sağdan soldan duymuştur. Eşim bu mesajlardan sonra babası...'ı aradı.... '... benim yanımda böyle bir şey yapmadı.' dedi. Biz o gün sabahtan akşama kadar kayınpederim... ile birlikte evi badana yapıyorduk. ... hattın benim adıma olduğunu öğrenmiş. Mesajı babama gönder-

miş. Babam da 'Benim kızım böyle bir şey yapmaz. Seninle birileri oynuyor' demiş. Babam bizim eve geldi. 'Ben kızıma inanıyorum. Kızım böyle bir şey yapmaz' dedi ve beni kendi evine götürdü. Evinde kimse hastaneye gidip çocuk kaç aylık baktıralım demedi. Bana inandılar. Ben eşimin anne ve babasına 'Bu mesajı sinirlendim attım' dedim. Ben babamgilde iken 1 hafta kadar sonra ... geldi. Bana bu mesajları sordu. Ben de ... attı diyemediğimden 'Tamam ben attım, sinirlendim, sana kızdığım için attım, şaka yaptım ' dedim. Daha sonra ...'in izni bitti. Ben hâlen annemlerin evinde kalıyordum. Bana ... telefon açarak, 'Ben sana inanıyorum. Eve git' dedi. Ben bunu kabul etmedim. Çünkü ... beni o evde rahat bırakmıyordu. Beni ... burada rahatsız etmiyordu. Ben 20-25 gün annemlerde kaldıktan sonra çocuklarım perişan olmasın diye geri kocamın evine döndüm. Ben anne babamın evinde iken ... bizim eve girmiş. Evde benim fotoğrafımı almış. Arkasına yazı yazmış. Bunu yırtmış. Kayınpederimin evine girip çıktığı tarafa atmış. Ben ne yazdıklarını bilmiyorum. ... bunu beni eşimden soğutmak için yaptı. Fotoğraf benim oğlum ile birlikte çekindiğim bir fotoğraftı. Bana ... Kuzey-Güney dizisini çok sevdiğinden karnımdaki çocuk kız olursa Cemre, erkek olursa Kuzey koyacağım dedi. Ben de geçiştirmek için tamam dedim. Daha önce de söylediğim gibi ben ... ile kesinlikle rızam dahilinde ilişkiye girmedim. ... bana zorla tecavüz etti. Ben de bu nedenle ...'i öldürdüm. Ben daha önce ...'in beni rahatsız ettiğinden dolayı savcılığa ya da karakola gelmememin nedeni ...'in aileme zarar vermesinden korktum. Ayrıca ... sürekli beni takip ediyordu. ... bana eşim ...'i de sürekli takip ettiğini söyledi. Ben çekindiğimden kimseye de bu olaydan bahsetmedim. Bu nedenle tek başıma savcılığa ya da karakola gelemezdim. Telefon açmak da aklıma gelmedi.",

Tutuklanması talebiyle sevk edildiği Sulh Ceza Mahkemesinde; "Maktulün cep telefonunda bulunan fotoğraflarda uyurken yarı çıplak olarak çekilmiş hamile kadın benim, yine fotoğraflardan bir tanesi de ...'in kendi fotoğrafı ben bu fotoğrafları Savcı gösterdiğinde ilk defa gördüm ama çıplak fotoğraflarım olduğunu söylüyordu. Ben kendi isteğimle ...'le birlikte olmadım onunla kaçmayı planlamadım. Onu öldürmeyi de önceden planlamadım, her şey son anda yine bana sahip olacak korkusu ile oldu, başını da o anki kendimi kaybetmemin etkisi ile kestim. Böyle bir şey yapmayı da planlamamıştım. Tüm yaşananlardan pişmanım, ben kendim dile düşerim diyerek polise, savcıya gitmekten çekindim ve olaylar buraya geldi.",

Mahkemede; "Suçlamaları kabul etmiyorum, ...'i eşimle evlendikten sonra tanıdım, ...'i halamın kocası olarak tanırdım, iddianamedeki iddiaları kabul etmiyorum, yaşanan şeylerin hiçbirini gönüllü olarak yaşamadım, olay günü bana yeniden sahip olmasından korktum, geldiğinde beni götürmek istediğini söyledi, ben gitmek istemediğimi söyledim, 'Ben seni buradan indireceğim' dedi, ben de inmek istemedim, duvardan yukarı tırmandı, ip sarkıttım, ben daha sonra eve içeriye girdim, tüfeği aldım, av

tüfeği sürekli bizim evde dururdu, yüksek bir yere duvara asılıydı, eşim ava gittiği için bizim evde dururdu, ben evlenmeden önce babamın tüfeği vardı daha önceden atış yapmıştım, evin küçük salonundan arkaya dolandım arka kapıdan çıktım, arkaya dolandım arkada yol vardı, ... damda dinleniyordu, ...'in saat kaçta geldiğini tam olarak hatırlamıyorum ama akşam 22.00 civarıydı köyde o gün düğün vardı ama kimin olduğunu bilmiyorum, bizim aileden kimse düğüne gitmemişti sadece kayınpederim kahvedeydi, kayınpederimi düğüne çağırmışlardı, kayınpederim kahveye gideceğim oradan düğüne gideceğim demişti, çocuklarım kaynanamın yanındaydı, kaynanam da kendi evindeydi, akşam ezanıyla hep beraber kayınvalidem kayınpederim çocuklarım ve kaynımla beraber yemek yedik, sonra bulaşıkları yıkadım, sonra cocuklar kaynanamla uyuyorlardı, ben yukarıya çıkmıştım, kaynım ...'in tam olarak nerde olduğunu hatırlamıyorum, karanlıkta isabet gözetmeden önce bir el ateş ettim, o da bana bağırıp küfretti, sonra bana ateş etmek istedi herhâlde çünkü silahını çıkardı, ancak silahını eline alıp alamadığını görmedim silah kendisiyle beraber yere düştü, sonra ben içeriye girdim damdan ateş ettim, kasıklarına ateş ettim ama kaç el ateş ettiğimi hatırlamıyorum, bana küfrederek yerde sürünüyordu, ... sürünerek kaçmaya çalıştı, sonra gittim baktım yanına hareket etmiyordu, yanına vardığımda yine ateş ettim ama tam olarak yüzüne denk gelip gelmediğini hatırlamıyorum, ... beni köye kendisi anlattığı eşim anlattı diye de yalan söylediği için karanlıkta rastgele ateş ettim, yüzünü hedef almadım, kasıklarına bilerek ateş ettim, sonrasını hatırlamıyorum. köy meydanına silah omzumda bir vaziyette gittiğimi hatırlamıyorum. olaydan sonra eve gelmişim, kızım ağlıyordu 'Anne ellerin kan olmuş' dedi. Ben de ellerime baktım, ben de şoktaydım, ellerimde kan ve av tüfeği vardı, evde kimin olup olmadığını hatırlamıyorum, sonra Jandarmalar geldi. Evin ahşap olduğu doğrudur, yüksek sesle konuşulduğu zaman gürültü olduğu zaman aşağıdan duyulur. İlk olarak eşim 2012 yılının ocak ayında ...'ya çalışmaya gittiğinde, meydana geldi. Ama olayı anlatmak istemiyorum, olayla ilgili Mahkemenize anlatmak istediğimi başkaca bir husus yoktur, pişmanım, insan namusu şerefi için ..., yine olsa yaparım ama pişmanım. 'Ferhat gibi dağları aşsam Şirin gibi yare kavuşsam' şeklinde 'Seni çok seviyorum, bugün çok yaramaz' içerikli 28.06.2012 tarihinde ...'in telefonuna gönderilen mesajı çekmedim, çektiğimi kabul etmiyorum, ...'e beni ara diye çağrı bıraktığım doğrudur ancak çağrı bırakmadığıma kızdığı için çağrı bırakıyordum, ... ilk eve geldiğinde çocuklar uyuyordu, uyanmadılar, ...'le ilk tecavüz olayını hatırlamıyorum. ...'e 'Kocam gitti gel' diye mesajlar atmadım, kapıyı kilitsiz bıraktığım iddiaları doğru değildir, 'Eşin seni dövdü bana söylemiyorsun yüzündeki yara izini telefonuna çek bana gönder' dedi, ben de çektim ama göndermedim, isteyerek göndermedim, ...'in daha sonra caminin oraya gelip beni dövdüğü doğru değil, ...'e niye dövdü diye sorduğunda 'Ben seni söylediğin gibi eşim ...'e seni sevmiyorum dedim o da bunun için dövdü' dedim, hiç kim-

se dövmedi beni, hayvan biz tarladan gelene kadar ipini koparmıştı biz kaynanamla bağladık, hayvan boynuzunu gözümün altına vurduğu için yaralandım, olaydan bir gün önce telefona 'Uyudun mu bebeğim kahveye gittim diyecektim ama neyse uyudunsa önemli değil' içerikli mesajı okumadım, olayın olduğu gün saat 15.55'te 'Bugün aramadın ne oldu nerelerdesin ara' şeklinde mesajı okumadım, telefonum bendeydi, telefon sürekli bende durmuyordu, telefonu bana ... vermişti, 3 gün bende duruyorsa 10 gün onda duruyordu. Yüzüne ateş etmekte amacım ...'in bana söylediği yalanlar ve küfretmesinden, kasıklarına tecavüz yüzünden dolayı ateş ettim, yanına vardığımda hiç ses çıkarmıyordu hareket etmiyordu, boğazını kesmem ne kadar sürdü hatırlamıyorum, bir anlık öfkeyle oldu, önceden planlamadım, olaydan önce telefonla ...'i evime çağırdığımı kabul etmiyorum. ... bazen telefonu ve hattı değiştirerek bana sürekli telefon veriyordu, kaç tane verdiğini hatırlamıyorum, neden telefonu ve hattı değiştirdiğini bilmiyorum, ...'in bana ilk ne zaman telefon verdiğini hatırlamıyorum, evden konuşamadığımız içine bana telefon verdi, telefonu ilk ne zaman verdiğini hatırlamıyorum. ...'e 'Seni seviyorum' gibi sözler söylediğimi kabul ediyorum ama korktuğum için söyledim, ...'den korktuğum için yalan söyledim, ... sürekli tabancasıyla geliyordu, ...'in tabancası küçüktü cebinde taşıyordu. Tabancayı 2012 yılının Şubat ayından sonra gördüm, her zaman tabancayla gelirdi yanıma, her ne kadar ...'in telefon ve hattı 2010 yılında pancardan geldikten sonra zorla verdiğimi söylemiş isem de şimdi bu beyanımı kabul etmiyorum, ev telefonu kesildikten sonra bu telefonu ... bana vermiş olabilir, kontörleri ... alıyordu, bu telefonlarla 2010 yılından beri ...'le konuştuğumu kabul etmiyorum, ... bir sefer ev telefonundan aradı, ... sürekli evden arayıp çaldırıp konuşmadan kapatıyordu, o arada kayınpederim geldi, dijital telefon yani aranan numarayı gösteren telefon taktırmıştı, kayınpederim sık sık konuşmadan aranan telefonlardan rahatsılık duydu ve telefonu değiştirdi, sonra ...'in numarasını gördü, ...'in numarası telefona kayıtlı olduğu için ... olduğunu anladı, geri aradı neden arıyorsun dedi, o da tarlayı ekmemesi için aradığını söyledi, ancak bana göre öyle değildi, aslında benle görüşmek için arıyordu, hangi saatlerde ve hangi günlerde aradığını hatırlamıyorum. Yalvaç Devlet Hastanesine kürtaj olmak için annem ... ile birlikte gittim ancak tarihini hatırlamıyorum, doktor eşimin imzası gerektiğini söyledi, ben de alamam dedim, 1 ayı geçtiğini 2. aya döndüğünü kürtaj yapamayacağını söyledi, eşinin imzası gerektiğini ...'ya gitmem gerektiğini söyledi, sonra ben çıktım. ... biz hastanedeyken yanımıza geldi, çocuğu aldırmamamı istedi, sonra benimle geleceksin dedi, ... arabasıyla gelmişti, arabasının hangi renk hangi model olduğunu hatırlamıyorum, arabaya binip binmediğimi, ...'in gözlüğünün takarak fotoğraf çektirip çektirmediğimi hatırlamıyorum, annem kimden hamile kaldığımı bilmiyordu, ...'in bana tecavüz ettiğini bilmiyordu. Gözlük takılı fotoğraflardaki kişi benim, bu gözlük ...'in gözlüğüdür, ... gülmemi istediği için ben de güldüm, beni annemle ve ço-

cuklarımla teHD.it ettiği için ben de güldüm, bu fotoğrafların aynı gün çekildiğini düşünüyorum, fotoğrafın nerede çekildiğini hatırlamıyorum, hastane derken Yalvaç Doğum Hastanesini kastediyorum, araba hastanenin biraz aşağısında gibiydi, ... bana arabanın hastanenin civarında olduğunu söylemişti, arabaya binip biraz gittik, yol ne kadar sürdüğünü bilmiyorum, ... bana hastanenin arkasına gidiyoruz dedi, ...'in amacı fotoğraf çektirmekmiş, beni ...'in niye oraya götürdüğünü bilmiyorum, ... sonra beni hastanenin oraya geri getirdi, biz ...'le arabayla gittik, annem bizi görmedi, bu sırada annem ve çocuklarım nerede ne yaptıklarını bilmiyorum, sonra ben annemi telefonla aradım, Yalvaç merkezinde parkta oğlumla olduklarını söyledi, ... beni tekrar hastaneye bıraktı, ben de yürüyerek parka gittim, Yalvaç merkezde apartmanın arasında bir parkta oturuyordu, annem nereye gittiğimi sordu, ben de sıra vardı beklediğimi söyledim, anneme ...'le gittiğimi söylemedim, anneme günlerimin geçtiğini söyledim baktıracağımı söyledim, anneme hiç ...'den bahsetmedim, anneme ...'in teHD.itlerinden ve tecavüzünden de bahsetmedim, ...'i hiçbir zaman ne savcıya ne polise ne de başkalarına söylemedim, şikâyet etmedim, yalnız kaldığım zamanlarda bile şikâyetçi olmadım, ... beni takip ediyordu, benim yaptıklarımı benden fazla biliyordu, şikâyet etmek için hiç fırsat bulamadım, korktum. Bayramda misafirler gelmişti, çocuklar 'A bu kadın böyle yapmış ...'den hamile kalmış, oğlu ... internete resimlerini koyacakmış,' dediklerini ben de duydum, ilk kez 2012 yılında hangi ayda olduğunu hatırlamıyorum bayramda duydum, ben namusum için, adım çıkmasın diye şikâyetçi olmadığımı söylemiştim, dedikoduları sonradan duydum. Eşim 2012 yılının ocak ayında çalışmaya gitti. Eşim bayramdan önce 5-6 günlüğüne geldi, bir de bayramda geldi. Ben çok yalnız kalırdım eşim uzun süre ...'da çalışırdı. Eşime çektiğim iddia edilen mesajların ben çekmedim, ben ...'e kızdığım için mesajları attığımı söyledim ancak ben atmadım, telefon benim adıma kayıtlı ancak ben o hattı kendim almadım, bu mesajları ...'in attığını düşünüyorum, eşimle beni ayırmak istediğini düşünüyorum. ... mesajları babama göndermiş, kendi ailesine de bahsetmiş, eşim o zaman gelmedi. Bu mesajlardan sonra babamın evine gittim, 5-6 gün kaldıktan sonra eşim beni aradı, hattın bana ait olduğunu söyledi, ben de hat almadığımı söyledim, niye mesajları attığımı sordu, bende ispat edemeyince kızgınlıkla attığımı söyledim sonra şaka yaptım dedim, babam da benim attığıma inanmadı, kendi ailem beni dövmedi, kayınpederimle kayınvalidem de beni dövmedi, bu mesajlar yüzünden kayınpederim ve kayınvalidem beni kovmadılar, çocukları bırakıp babamın evine gittim, gerçekleri gösteremeyince çocukları yanıma almadım yalnız gittim, ben zaten çalışmaya gittiğimde de çocukları kayınvalidemde bırakırdım. Ben babamın evine eşimin kızgınlığı geçinceye kadar durmak için gittim. Ailemin bana sahip çıkmadığı iddiaları doğru değildir. Bu dedikodular çıktığında ve ilişkimiz olduğu iddia edildiğinde ben ilişkimiz olduğunu korktuğum için söyleyemedim. Bu olaylar nedeniyle ...'in eşi ... benimle

hiç konuşmadı, ... her şeyi başından beri biliyordu. ...'ın bildiğini bizi gördüğü için biliyorum. Bizi pamuktayken gördü, biz sabah kalktık ... banyoya gidecekmiş, ... da suya gidecekmiş ben lavaboya gidiyordum sonra ... üzerime doğru yürüdü, bana doğru ellerini kaldırdı, beni tutmak istedi, ... beni tutacaktı, ben iterken geriye ... geldi, benim onu ittiğimi ... gördü, bizi uygunsuz hâlde görmedi. ...'ın bayılıp bayılmadığını bilmiyorum işe gitmediği doğrudur, ...'in çektiği fotoğrafların hiçbirisinden haberim yok, ...'in hamile kaldıktan sonra göbeğimi çekip sonra mesaj atarak bebeğimizi çektim diyerek mesaj attığını kabul etmiyorum. Ben uyurken çekilirken fotoğrafları kabul etmiyorum, bana göstermiş olduğunuz fotoğraftaki mor kazak ve eşarp takılı bayan benim, yanımdaki siyah gömlekli ise ...'dir. Bu fotoğrafın çekme olduğunu kabul etmiyorum bu zamanında ben bekârdım, ...'in fotoğrafı ise en son hâli olabilir, fotoğraftaki benim yaşım bekârlık hâlim, o fotoğraftaki yaşımı tam olarak hatırlamıyorum ama vesikalık olarak babam çektirmişti, bu fotoğrafın emniyetin eline nasıl geçtiğini bilmiyorum. Ben bu suçu namusum için işledim, ortada kalma düşüncesi, kimsenin sahip çıkmasa ya da kullanıldığım hissiyle işlemedim, hamileliğimin herkes eşimden olduğunu biliyordu, ben kimseye söylemedim, aileme ve çocuklarıma bir şey yapılır düşüncesiyle korktuğum için Devlete başvurmadım ve kimseye bir şey söylemedim, Eşimin çalıştığı yerde ...'in adamı varmış, beni teHD.it etti, eşime zarar vermekle beni teHD.it etti, ben de eşime zarar verilmesini istemedim, ben kendimi düşünmedim, eşimi ve çocuklarımı düşündüm. Tanık beyanlarını kabul etmiyorum, beyanların hepsi yalan,"

Şeklinde savunmada bulunmuştur.

Uyuşmazlık konularının sırasıyla ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

1- Sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı,

İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını esas alan ceza hukuku, onun davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh hâlinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul ederek bu psikolojik durumlara belli bir hukuki değer vermektedir. Bu itibarla modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesinde etkili olan nedenleri göz önünde bulundurarak cezalandırma yoluna gitmektedir (Devrim ..., Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD, 2004, C. 54, s.225.).

Haksız hareketin kişi üzerinde ve onun psikolojik aleminde bir tepki doğuracağını kabul eden modern ceza hukuku, failin bu durumunu değerlendirmekte, cezai sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak görmektedir. Failin bu subjektif durumuna önem veren çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında, failin cezasında belli oranlarda indirim yapılması esası kabul edil-

miştir (M. Muhtar Çağlayan, Yargıtay İçtihatları Işığında Haksız Tahrik üzerine Bir İzah Denemesi, Adalet Dergisi, Ocak –Şubat, 1982, S.1, s.14.).

Bu düşünceden hareketle 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde de haksız tahrik;

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" şeklinde, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir.

Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu hâlde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeden, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısı üzerinde meydana getirdiği karışıklığın neticesi olarak bir suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan nedenlerden biridir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik hâlinde failin iradesi üzerinde zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanmış kararları ile öğretide de kabul gören görüşler doğrultusunda haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için;

a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı,

b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,

c) Failin işlediği suç bu ruhsal durumunun tepkisi olmalı,

d) Haksız tahrik teşkil eden eylem mağdurdan sadır olmalıdır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Kanun'da yer alan "ağır – hafif tahrik" ayırımına son verilerek; tahriki oluşturan eylem, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından değerlendirilip, sanığın iradesine etkisi göz önünde bulundurulmak suretiyle, maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda cezasından indirim yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi açısından, failin suçu ilk haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisiyle işleyip işlememesi önemlidir. Mağdur ya da ölenden gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hâllerde, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere, gerek fail, gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması hâlinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hâl almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.

Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı hâlinde, fail ve mağdurun biri diğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmediği göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması hâlinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.

Evrensel bir ceza hukuku temel ilkesi olan "kuşkudan sanık yararlanır" prensibi uyarınca bir olayda ilk haksız hareketin sanıktan mı, yoksa maktul ya da mağdurdan mı kaynaklandığının her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanamaması hâlinde, oluşan kuşku sanık lehine yorumlanarak sanığın TCK'nın 29. maddesindeki haksız tahrik hükmünden yararlandırılması gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı açık ise de bu kabulün dosya kapsamından anlaşılan olayın gerçekleşme biçimine, somut olayın özelliklerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmesi zorunluluğu karşısında her olayın kendine özgü koşulları değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Maktul ...'in 1977 yılında ... ilinin Yalvaç ilçesine bağlı Kyköyünde doğduğu, 1996 yılında katılan ... ile evlendiği, bu evlilikten iki çocuğunun bulunduğu, annesi katılan ... ve ailesiyle birlikte ikamet ettiği, çiftçilik yaparak geçimini temin ettiği, bahar ve yaz aylarında da çeşitli illerde çalıştırılmak üzere köy halkından tarım işçileri temin ettiği, tarlada çalışan işçilere çavuşluk yaptığı, sanık ...'ın ise 1986 yılında Yalvaç ilçesine bağlı Kyköyünde doğduğu, 2006 yılında görücü usulüyle teyzesinin oğlu ... ile evlendiği, bu evlilikten 5 ve 3 yaşında iki çocuğunun bulunduğu, maktul ...'in sanığın kocası ...'in halasının eşi olduğu, sanık ...'in Kyköyünde kayınvalidesi ve kayınpederinin alt katında ikamet ettikleri yığma taş ve ahşaptan yapılı evin üstünde küçük bir odada eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı, sanığın eşi ...'ın yaz aylarında ... ilinde otellerde ve mermer ocaklarında çalışmaya gittiği, maktul ...'in 2010 yılının bahar aylarında ... ilinin Polatlı ilçesine bağlı bir köyde, pancar ekili tarlanın çapasında çalış-

mak üzere kendi eşi ...'in yanı sıra Kyköyünden kimi komşuları ile sanık ...ve ...'in kayınbiraderi ...'ı Yalvaç'tan Polatlı'ya götürdüğü, gündüzleri tarlada çalışıp akşamları boş bir evde kaldıkları, maktul ..., ...'in eşi ..., sanık ... ve ...'in kayınbiraderi ...'in aynı odada yatıp kalktıkları, birlikte yemek yedikleri, diğer işçilerin ise farklı odada kaldıkları, Polatlı'ya çalışmaya gittikten bir süre sonra maktul ... ile sanık ...'in yakınlaşmaya başladıkları, sanık ...'in maktulün ...'in çayını ve yemeğini hazırladığı, elbiselerini yıkadığı, yatağını yaptığı, sık sık gülüşüp şakalaştıkları, maktulün sanığa öpücük gönderdiği, sanığın da maktule aynı şekilde karşılık verdiği, tanık ...'nün bu durumu gördüğü ve durumu annesi ...'ye de anlattığı, sanık ve maktulün köylüsü ve komşuları olan diğer işçilerin her ikisi de evli ve çocuklu olan maktul ve sanığın bu yakın ilişkisinden rahatsızlık duydukları, durumu maktulün eşi ...'e "Senin kocan yanlış yapıyor, bu ikisi birbirinin elini tutuyor, bunlar öpüşüyorlar." dedikleri, ...'ın da bunu sanık ve maktule sorduğu ancak her ikisinin de bu durumu inkâr ettikleri, maktulün sanıkla olan ilişkisini gizlemeye yönelik tedbirler aldığı, bu maksatla Polatlı'ya çalışmaya götürdüğü işçileri Yalvaç'a dönmeden hemen önce yaşananları Yalvaç'ta kimseye anlatmamaları hususunda tembihlediği, Polatlı'daki tarla çapalama işini bitirerek memleketlerine döndükten sonra da sanıkla maktul arasındaki yakınlaşmanın sürdüğü, maktul ...'in, olaydan yaklaşık bir buçuk ay önce yakın arkadaşı tanık ... ile içki içtiği sırada ...'a, "... ile pancar tarlasında bulundukları sırada öpüştüklerini, pancardan geldikten sonra da ...'in eşi ...'in evde bulunmadığı bir gün kendisini evine çağırdığını, kendisinin de evin arka kısmında bulunan kapıdan içeri girdiğini, ... ile ilk kez o gün cinsel ilişkiye girdiklerini, ...'in eşi ... evde bulunmadığı zamanlarda kendisini çağırdığını ve cinsel ilişkiye girdiklerini" söylediği, 2010 yılının güzünde maktul ...'in pamuk toplamada çalıştırılmak üzere sanık ..., ...'in eşi ..., kayınpederi..., kayınbiraderi ... yanı sıra kendi eşi ...'ın da içlerinde bulunduğu bir grup işçiyi ...'ya götürdüğü, işçilerin gündüz tarlada çalıştıkları, akşamları da bir evin alt katında hep birlikte kaldıkları, bir sabah maktul ...'in eşi ...'ın işçilerin banyo yapmak için kullandıkları bölüme ...'i çağırmaya gittiğinde maktul ...'i yarı çıplak bir hâlde sanık ... ile öpüşürken gördüğü, bu olaydan bir gün sonra katılan ...'ın ...'e "Bak ..., sen yabancı değilsin, kardeşimin gelinisin, beni de yakarsın, kendini de yakarsın, ne olur 16 yaşında oğlum var, 11 yaşında kızım var, yapma, benim yuvamı da kendi yuvanı da yıkma, ben bunu sineye çekerim." dediği, sanık ...'in de, "Tamam hala söz bir daha yanlış yapmayacağım." dediği, ...'ın aynı şekilde maktul ...'i de uyardığı, ancak aradan 3-4 gün geçtikten sonra katılan ...'ın, sanık ... ve maktul ...'in birbirlerinin elinden tutarak ıssız yerlere gittiklerini gördüğü ve eşi maktul ...'e "Niye böyle yapıyorsunuz?" dediği, maktulün de "Elimden gelmiyor, çok seviyorum." diye cevap verdiği, katılan ...'ın maktule "Beni istemiyorsan, boşanırım, sana istediğin kızı bulman için yardımcı olurum, ancak bu kardeşimin gelini bununla olmaz bundan uzak

dur, ikinizin de çocukları var," dediği, maktulün de "Bitirmeye çalışacağım." diye karşılık verdiği, pamuk tarlasındaki birkaç aylık çalışmanın ardından tüm işçilerin Kyköyüne döndükleri, köye geldikten sonra da sanık ... ile maktul ...'in sanık ... ile önceleri ...'in kayınpederi ... üzerine kayıtlı sabit telefonundan ardından ise maktulün alıp sanık ...'e verdiği cep telefonu ile görüşmeyi sürdürdükleri, bu görüşmelerde maktul ile sanığın birbirlerine "Canım, cicim, seni seviyorum" şeklinde sözler sarf ettikleri, kimi görüşmeleri tanık ...'ın da işittiği, katılan ...'ın 2012 yılının ocak ayında maktul ...'in cep telefonunu alarak incelediği sırada, telefonda "Mavilim" ismiyle kayıtlı bir kişi ile maktulün sık sık görüştüğünü, telefonda sanığın çok sayıda fotoğrafının kayıtlı olduğunu gördüğü, sanığın eşi ...'in 2012 yılı ocak ayında ... ilinin Demre ilçesinde bulunan bir mermer ocağında çalışmak üzere Kyköyünden ayrıldığı, sanığın ise çocukları ile birlikte kayınpederi ...'ın evinin üst katında kaldığı, maktulün 5-6 günde bir sanık ... ile haberleşerek ...'in evine geldiği ve ... ile cinsel ilişkiye girdiği, sanık ...'in, maktul ... ile cinsel ilişkiye girdiği şubat ayında hamile kaldığı, ancak sanık ...'in eşine ve ailesine ocak ayında eşi ...'den hamile kaldığını söylediği, maktul öldürülmeden yaklaşık üç ay önce eşi katılan ...'ın, ...'in cebinde sanık ...'in, ...'in gözlüğünü takarak ...'e ait Toyota marka aracın içinde ve yanında gülerken çekilmiş fotoğraflarını gördüğü, durumu maktule sorduğunda maktulün katılana "Benim üç yıldır ... ile ilişkim devam ediyor, ... kocası olmadığı zamanlarda beni arar, onunla birlikte oluruz, ben onu seviyorum, ondan ayrılamıyorum, ayrıca benim ondan çocuğum olacak, kendisi çağırıyor, ben çağrı atınca kapıyı açıyor, ...'i unutamam onda benim çocuğum var, ben yaptığım şeyin arkasında dururum, beni vazgeçirmeye çalışmayın, onu getireceğim, ona da bakacaksınız, gerekirse ...'a veya ...'ya alır giderim, ya da Yalvaç'tan ev tutarım." şeklinde sözler sarf ettiği, 4 Temmuz 2012 tarihinde saat 16.55'te sanık ...'ın adına kayıtlı ... numaralı telefon hattından sanığın eşi ...'ın kullandığı ... numaralı telefon hattına "Hayır ne zaman altınları ettirirsen, beni bu kahpe anandan, şerefsiz babandan kurtardın o zaman sana karılık yaparım, değilse benden sana karı olmaz, bu sene evin ustasına kalfa durdum, o da beni istediği gibi kullandı, harç kar şunu ver, bunu getir yanından hiç ayırmadı, sen adam olsaydın bunlar olmazdı bir de para çekip gönderdin, evin tapusunu bana yaptır, madem sana karı olayım yarın bize y...ğını verirler ben sana anca bunları yapar benden bir şey istersin eve telefon edip bunları söylemeni istiyorum, hemen akşam konuştuğumuzu da söylemezsin bu telefonu da atacan kartı da birde arama; çocuk tam beş aylık oldu sen gideli kaç ay oldu hesapla ona bakıtcaktım Yalvaça bile göndermediler ocakta gittin değilmi senin değil o da benim, hadi sen bundan sonra ananla konuşursun akşam görücen deye bilcek misin"; saat 17.22'de "Sen nası anlıyorsan öyle, beni artık gelen de s..yor

giden de, biliyorsun hayranım çok akşam benim istediklerimi babangile söylemezsen sana söyledim benden sana yar olmaz, sen daha iyisini bulursun, gelme konusuna gelince yaparsan dediğimi, sana o zaman söylerim gelip gelmeyeceğini, yapmazsan hiç zahmet etme, geldiğin gün her şey biter zaten biliyorsun sevmiyorum, fazla şansını zorlama, telefon çekmiyor, ... Kocası dövdü diye kaçtı gitti, bir ben olmam ayrılacak, beni gelen de s..ti giden de, ben sana demedim mi çocuk senden değil diye, sen benim dedin, sen korunmuyor muydun, zaten bana yazacaklarını yaz akşam bakarım kararını söyle beni bu şekil kabul ediyorsan babangile resmen ev istemediğimi, altınları ettirip buradan gideriz yalnız sana anca bu kadar karı olurum s...dim, ezildim yaktı dedemgil beni öte tarafta alırım hakkımı" içerikli mesajlar çekildiği, ...'ın neden kendisine bu şekilde mesajlar gönderdiğini sorduğu sanığın da "Sinirlendim yazdım" şeklinde cevap verdiği, bu nedenle ... ile eşi sanık ...'in telefonda tartıştıkları, sanık ...'in babası ...'ın evine gittiği, yaklaşık iki hafta sonra sanık ...'in kayınvalidesi ...'in, ...'nın evine giderek ...'i evine geri getirdiği, ...ı'nın ikinci günü maktul ...'in eşi ... ve ablası ...'ya, ...'in kendisine "Beni dövdüler gel hâlime bak, beni götür artık dayanacak gücüm kalmadı, bana çok eziyet ediyorlar, beni götür." dediğini aktardığı, olay akşamı tanık ... ile içki içen maktul ...'in ...'a yetiştirip sattığı danalardan alacağı olan yaklaşık 9.000.00 TL ile taksi kiralayacağını ve sanık ...'i ...'a götüreceğini, buna ... ile birlikte karar verdiklerini söylediği, ...'ın da maktul ...'e "Çoluğun, çocuğun ne olacak?" dediği, maktul ...'in ise "Ok yaydan çıktı." diye cevap verdiği, maktul ...'in telefonla sanık ...'i saat 21.38'de aradığı ve sanıkla 906 saniye süren bir görüşme yaptıkları, maktulün son birkaç aydır yanında taşıdığı tabancayı yanına alarak saat 22.00 sıralarında sanık ...'in evinin kuzey kısmında yer alan açıklık alana geldiği ve sanığın evinin dam kısmında bulunan ipe sarılarak eve tırmanmaya başladığı, sanık ...'in evde bulunan bıçak ile ruhsatlı av tüfeğini alarak evin dam kısmına çıkan maktule yaklaşık 6 metre mesafeden nişan alarak iki el ateş ettiği, saçmaların maktulün ...'in beline ve kalçasına isabet ettiği, sırtüstü yere düşen sanığın sürünerek kaçmaya çalıştığı,

...

Bu itibarla her iki uyuşmazlık yönünden de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının her iki uyuşmazlık konusu yönünden **REDDİNE**,

2- Sanık hakkında verilen ceza miktarı ile sanığın tutuklulukta geçirdiği süre göz önüne alınarak sanık müdafisinin tahliye talebinin **REDDİNE**,

3- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİ EDİLMESİNE**, 22.06.2021 tarihinde yapılan müzakerede (1) numaralı uyuşmazlık konusu bakımından oy çokluğuyla, (2) numaralı uyuşmazlık konusu bakımından birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 06.07.2021 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ

MUSKACILIK • DOLANDIRICILIK SUÇU

ÖZET: Sanığın üzerine atılı suçun oluşması için eylemini menfaat temini amacına yönelik olarak mutat meşgale haline getirilmesi, bunlarla uğraşanların halk tarafından üfürükçü, nüshacı ve muskacı unvanı ve sıfatlarıyla tanınmış olması gerekir.

Y. 3. CD. E. 2013/20725 K. 2014/9011 T. 05.03.2014

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunarak;

Gereği görüşülüp düşünüldü;

Mağdur sanık Yusuf ile katılan sanık Mahmut'un temyiz itirazlarının sanık sıfatlarına hasren olduğu belirlenerek yapılan incelemede.

1) Sanık Yusuf hakkında 677 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından kurulan hükme yönelen temyiz itirazlarının incelenmesinde.

Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak.

Sanığın üzerine atılı suçun oluşması için eylemini menfaat temini ama-

cına yönelik olarak mutat meşgale haline getirilmesi, bunlarla uğraşanların halk tarafından üfürükçü, nüshacı ve muskacı unvanı ve sıfatlarıyla tanınmış olması gerektiği, açıklanan nedenlerle sanığın eylemini mutad iştigal haline getirip getirmediğinin zabıta marifeti ile araştırılmadan ve sanığın ikamet ettiği mahallenin muhtarı ile bilgisi olabilecek komşular tespit edilip dinlenmeden eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

677 sayılı Kanun'un 1/2 madde fıkrasında "... kimseler üç aydan eksik olmamak üzere hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere cezayı nakdiile cezalandırılır." şeklinde düzenlemeye yer verilmesi ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Yasanın 5/2. maddesinde "Bu kanunlarda Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapılıncaya kadar, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dörtyüzellimilyon, üst sınırı yüzmilyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz." hükmünün bulunduğu gözetilmeden, sanık hakkında kanunda uygulaması olmayan gün adlî para cezası tayin edilerek yazılı şekilde cezaya hükmedilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca, CMUK'un 326/son maddesince sanığın kazanılmış hakkı dikkate alınarak isteme aykırı olarak BOZULMASINA,

2) Sanık Mahmut hakkında yaralama suçu bakımından kurulan hükme yönelen temyiz itirazlarının incelenmesinde.

Hükümden sonra sanığın öldüğünün anlaşılması üzerine, UYAP sisteminden alınan güncel nüfus kayıt örneğine göre, sanık Ş.. ve H.. oğlu 05.11.1979 doğumlu, 5..... T.C. kimlik no.lu M.. K..'in mahkemenin hüküm tarihinden sonra, temyiz inceleme tarihinden önce 05.08.2013 tarihinde öldüğünün anlaşılması karşısında, bu durumun mahkemesince araştırılarak, TCK'nin 64/1. maddesi gereğince kamu davasının düşürülüp düşürülmeyeceğinin değerlendirilmesi lüzumu,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca isteme aykırı **BOZULMASINA**, 05.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15.CEZA DAİRESİ

ÜFÜRÜKÇÜ DOLANDIRICI

ÖZET: Sanığın, suç tarihi itibari ile toplum içerisinde üfürükçü olarak bilindiği, bu çerçevede gelen müşterileri okuyup, üfleyerek ve büyü yaparak tedavi edeceğini söyleyerek para ve 250 TL. değerinde koyun aldığı eylemi dolandırıcılıktır.

Y. 15. CD. E. 2017/28136 K. 2020/11258 T. 09.11.2020

HÜKÜM: 1-Sanık hakkında katılanlar ... ile ...'ya yönelik eylemi nedeniyle, TCK'nın 158/1-a-son, 43/2, 62/1, 52/2-4 ve 53 maddeleri uyarınca mahkumiyet

2- Sanık hakkında katılan ... 'e yönelik eylemi nedeniyle, TCK'nın 158/1-a-son, 62/1, 52/2-4 ve 53 maddeleri uyarınca mahkumiyet

3-Sanık hakkında 677 sayılı Kanuna muhalefet suçundan, 677 sayılı yasanın ½, TCK'nın 62/1, 50/1-a ve 52/2 maddeleri uyarınca mahkumiyet

Sanık hakkında katılanlar ... ile ...'e yönelik eylemi nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet hükmü, sanık müdafisi ile O yer Cumhuriyet savcısı tarafından; katılan ... 'e yönelik eylemi nedeniyle nitelikli dolandırıcılık ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyeler ile Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanuna Muhalefet suçlarından verilen mahkumiyet hükümleri sanık müdafisi tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Sanığın, suç tarihi itibari ile toplum içerisinde "üfürükçü hoca" olarak bilindiği, bu çerçevede gelen müşterileri okuyup, üfleyerek ve büyü yaparak tedavi edeceğini söyleyerek para aldığı, bu kapsamda olay tarihinde pikniğe gittiklerinde tanıştıkları üçüncü bir şahsın tavsiyesi üzerine sanıkla irtibata geçen katılanlar ... ve...'nın çocuklarının olmaması nedeniyle kendi değerlendirmelerine göre bu yola başvurarak, çocuklarının olmasının yolunu bulmak amacıyla sanığa müracaat ettikleri, sanığın önce bu katılanlara ardından da bu katılanların sanığa ulaştığını öğrenen katılan ...'ya üzerlerinde büyü bulunduğunu söyleyip başlarına gelecek hususlar bakımından haber verdiği, yine sanık tarafından katılanlarda ve çocuklarında büyü bulunduğu ve akıbetlerinin kötü sonla biteceğini söyleyerek

bunları para karşılığı yapacağı iğne, kullanacakları ilaç, uyguladığı merhem ve benzeri şeylerle sonlandıracağının belirtip katılanları aldattığı, bu kapsamda katılanlar... ile ...'ten 3.500 TL nakit para ile 250 TL değerinde koyun ile 50 TL değerinde yem; katılan ...'dan 5.000 TL nakit para ile 500 TL değerinde 2 adet koyun aldırarak haksız menfaat elde ettiği, bu surette sanığın katılan ...'ya ve katılanlar... ile ...'e yönelik zincirleme olacak şekilde dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçu ile 677 sayılı Tekke ve Zaviyeler ile Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanunun ½ maddesine muhalefet suçunu işlediği kabul olunan somut olayda,

Sanığın tevil yollu ikrar içeren savunmaları, katılanın aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları, muhafaza alma tutanağı ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın üzerine atılı suçları işlediği sabit olduğu gerekçesine dayanan mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre O yer Cumhuriyet savcısının katılanlar ... ile...'ya yönelik nitelikli dolandırıcılık suçundan kurulan hükümde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiğine; sanık müdafisinin suçların yasal unsurlarının oluşmadığına, lehe hükümlerin uygulanmamasına ve de fazla ceza tayinine yönelik temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin **ONANMASINA**, 09/11/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜFÜRÜKÇÜ • PARA TAHSİLATI

ÖZET: Katılana, kendisinin üç harfliler ile uğraştığını, kız kardeşinin rahatsızlığının çözümünün çok kolay olduğunu söyleyerek para tahsil eden kişinin eylemi dolandırıcılıktır.

Y. 15. CD E. 2017/38112 K. 2021/3880 T. 01.04.2021

HÜKÜM: 1-Nitelikli dolandırıcılık suçundan TCK'nın 158/1-a, 52/2-4, 53. maddeleri gereğince mahkumiyet

2- 677 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan aynı Kanun'un 1/2. ve TCK'nın 53. maddeleri gereğince mahkumiyet

Nitelikli dolandırıcılık ve 677 sayılı Kanun'a muhalefet suçlarından sanığın mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanık tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Katılanın kız kardeşinin psikolojik rahatsızlıklar yaşaması ve tıbbi çare bulamaması üzerine çevresinde üfürükçü ve nüshacı olarak tanınan sanık ...' a ulaşıp, sanığın evine gittiği, sanığın da katılana, kendisinin üç harfliler ile uğraştığını, kız kardeşinin rahatsızlığının çözümünün çok kolay olduğunu, rahatsızlığını çözebileceğini belirttiği, bu amaçla katılandan 1750 TL ilaç hazırlamak üzere, 200 TL'de kendi emeğinin karşılığı olarak para istediği, katılanın bu paraları sanığa verdiği, sanığın da ilacı hazırlayacağını söyleyerek 1 ay kadar katılanı oyaladığı, daha sonra da ortadan kaybolduğunun iddia edildiği somut olayda, dosya kapsamında toplanan delillere göre sanığın üzerine atılı suçları işlediğinin sabit olduğuna ilişkin mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre; sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin **ONANMASINA**, 01/04/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

NOT: Veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan kaynaklı sorumluluk kabul edilmez.

TEBLİGAT ÜCRETİ

48 TL

15.08.2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tebligat ücretlerine zam yapıldı.

Normal tebligat ücreti **42 TL** olurken hızlı tebligat **84 TL** olacak

22 Temmuz 2022 CUMA	Resmî Gazete	Sayı : 31900

YÖNETMELİK

Adalet Bakanlığından:

YAKALAMA, GÖZALTINA ALMA VE İFADE ALMA YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1- 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı bende aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Müdafi şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir."

"Müdafiîn beyanı ve her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir."

MADDE 2- Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-D ekteki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 3- Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4- Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı yürütür.

ASGARİ ÜCRETLER TABLOSU					
		16 YAŞINI DOLDURANLAR		**16 YAŞINI DOLDURMAYANLAR**	
RESMİ GAZETE YAYIN TARİHİ VE SAYISI	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	GÜNLÜK	BRÜT ASGARİ ÜCRET	GÜNLÜK	AYLIK
30 Aralık 2011 28158	01.01.2012 30.06.2012	29,55 TL	886,50 TL	25,35 TL	760,00 TL
	01.07.2012 31.12.2012	31,35 TL	940,50 TL	26,85 TL	805,50 TL
29 Aralık 2012 28512	01.01.2013 30.06.2013	32,62 TL	978,60 TL	27,97 TL	839,10 TL
	01.07.2013 31.12.2013	34,05 TL	1.021,50 TL	29,25 TL	877,50 TL
31 Aralık 2013 28868 (3.Mükerrer)	01.01.2014 30.06.2014	35,70 TL	1.071,00 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01.07.2014 31.12.2014	37,80 TL	1.134,00 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
31 Aralık 2014 29222	01.01.2015 30.06.2015	40,05	1.201,50 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01.07.2015 31.12.2015	42,45	1.273,50 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
31 Aralık 2015 29579	01.01.2016 31.12.2016	54,90	1.647,00 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
30.12.2016 29934	01.01.2017 31.12.2017	59,25	1.777,50 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
30.12.2017 30286	01.01.2018 31.12.2018	67,65	2.029,50TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01.01.2019 - 31.12.2019	85,28	2.558,40 TL.	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01.01.2020 – 31.12.2020	98,10 TL.	2.943,00 TL.	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01.01.2021 – 31.12.2021	119,25 TL.	3.577,50 TL.	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01/01/2022 – 30/06/2022	166,80 TL.	5.004.00 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır
	01/07/2022 – 31/12/2022	215,70 TL.	6.471,00 TL	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır	2014 Yılından İtibaren Uygulamadan Kalkmıştır

KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR (TBK m. 344 ve Yargıtay Uygulaması)						
AYLAR	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Ocak	4.96	15,66	28,70	14,52	12,53	22,58
Şubat	5.87	15,50	17,93	13,94	12,81	25,98
Mart	6.89	15,35	18,70	13,33	13,18	29,88
Nisan	8.01	15,36	19,39	12,66	13,70	34,46
Mayıs	9.02	15,80	19,91	12,10	14.13	39,33
Haziran	9.98	16,57	19,88	11,88	14,55	44,54
Temmuz	10.94	17,41	19,91	11,51	15,15	25,00
Ağustos	12.05	18,78	19,62	11,27	15.78	25,00
Eylül	13.26	21.36	18,27	11,47	16,42	
Ekim	14.47	23.73	16,81	11,74	17,09	
Kasım	15,38	25.52	15,87	12,04	17,71	
Aralık	15,82	27.01	15,18	12,28	19,60	

NOT: TBK Geçici Madde ile 11.06.2022-01.07.2023 döneminde yenilenecek sözleşmeler bir önceki kira bedelinin %25'ni geçemez. TÜFE ortalaması bu oranın altında ise TÜFE geçerlidir.

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2018	2019	2020	2021	2022	2018	2019	2020	2021	2022
Ocak	0,99	0,45	1,84	2,66	10,45	1,02	1,06	1,35	1,68	11,10
Şubat	2,68	0,09	0,48	1,22	7,22	0,73	0,16	0,35	0,91	4,81
Mart	1.54	1,58	0,87	4,13	9,19	0.99	1.03	0,57	1,08	5,46
Nisan	2.60	2,98	1,28	4,34	7,67	1.87	1,69	0,85	1,68	7,25
Mayıs	3,79	2,67	1,54	3,92	8,76	1,62	0,95	1,36	0,89	2,98
Haziran	3,03	0,09	0,69	4,01	6,77	2,61	0,03	1,13	1,94	4,95
Temmuz	1,77	-0,99	1,02	2,46	5,17	0,55	1,36	0,58	1,80	2,37
Ağustos	6,60	-0,59	2,65	2.77	2,41	2,30	0,86	0,86	1.12	1,46
Eylül	10,88	0,13	2,66	1,55		6,30	0,99	0,97	1,25	
Ekim	0,91	0,17	3,55	5,24		2,67	2,00	2,13	2,39	
Kasım	-2,53	-0.08	4,08	9,99		-1,44	0,38	2,30	3,51	
Aralık	-2,22	0,69	2,36	19,08		-0,40	0,74	1,25	13,58	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2018	2019	2020	2021	2022	2018	2019	2020	2021	2022
Ocak	0,99	0,45	1,84	2,66	10,45	1,02	1,06	1,35	1,68	11,10
Şubat	3,69	0,55	2,33	3,92	18,43	1,76	1,23	1,71	2,60	16,45
Mart	5,29	2.14	3,22	8,21	29,31	2.77	2.27	2,29	3,71	22,81
Nisan	8,03	5,18	4,54	12,91	39,23	4.69	4,00	3,16	5,45	31,71
Mayıs	12,12	7,99	6,15	17,34	51,43	6,39	4,99	4,57	6,39	35,64
Haziran	15,52	8,09	6,89	22,04	61,68	9,17	5,01	5,75	8,45	42,35
Temmuz	17,56	7,02	7,98	25,05	70,04	9,77	6,44	6,37	10,41	45,72
Ağustos	25,32	6,39	10,52	28.51	74,13	12,29	7,35	7,29	11.65	47,85
Eylül	38,96	6,53	13,44	30,50		19,37	8,42	8,33	13,04	
Ekim	40,22	6,71	17,48	37,34		22,56	10,59	10,64	15,75	
Kasım	36,68	6,63	22,26	51,06		20,79	11.01	13,19	19,82	
Aralık	33,64	7,36	25,15	79,89		20,30	11,84	14,60	36,8	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2018	2019	2020	2021	2022	2018	2019	2020	2021	2022
Ocak	12,14	32,93	8,84	26,16	93,53	10,35	20,35	12,15	14,97	48,69
Şubat	13,71	29,59	9,26	27,09	105,01	10,26	19,67	12,37	15,61	54,44
Mart	14,28	29,64	8,50	31,20	114,97	10.23	19,71	11,86	16,19	61,14
Nisan	16,37	30,12	6,71	35,17	121,82	10.85	19,50	10,94	17,14	69,97
Mayıs	20,16	28,71	5,53	38,33	132,16	12,15	18,71	11,39	16,59	73,50
Haziran	23,71	25,04	6,17	42,89	138,31	15,39	15,72	12,62	17,53	78,62
Temmuz	25,00	21,66	8,33	44,92	144,61	15,85	16,65	11,76	18,95	79,60
Ağustos	32,13	13,45	11,53	45,52	143,75	17,90	15,01	11,77	19.25	80,21
Eylül	46,15	2,45	14,33	43,96		24,52	9,26	11,75	19,58	
Ekim	45,01	1,70	18,20	46,31		25,24	8,55	11,89	19,89	
Kasım	38,54	4,26	23,11	54,62		24,62	10,56	14,03	21,31	
Aralık	33,64	7,36	25,15	79,89		20,30	11,84	14,60	36,08	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2018	2019	2020	2021	2022	2018	2019	2020	2021	2022
Ocak	15,66	28,70	15,71	13,64	49,93	11,23	17,16	14,52	12,53	22,58
Şubat	15,50	29,97	14,18	15,14	56,83	11,23	17,93	13,94	12,81	25,98
Mart	15,35	31,17	12,61	17,04	64,30	11.14	18,70	13,33	13,18	29,88
Nisan	15,36	32,24	10,87	19,44	72,03	11.06	19,39	12,66	13,70	34,46
Mayıs	15,80	32,85	9,14	22,04	80,38	11,10	19,91	12,10	14,13	39,23
Haziran	16,57	32,81	7,74	25,38	88,77	11,49	19,88	11,88	14,55	44,54
Temmuz	17,41	32,34	6,81	28,47	97,30	12,00	19,91	11,51	15,15	49,65
Ağustos	18,78	30,51	6,71	31.34	105,39	12,61	19,62	11,27	15.78	54,69
Eylül	21,36	26,44	7,71	33,83		13,75	18,27	11,47	16,42	
Ekim	23,73	22,58	9,11	36,20		14,90	16,81	11,74	17,09	
Kasım	25,52	19,68	10,69	38,94		15,63	15,87	12,04	17,71	
Aralık	27,01	17,56	12,8	43,86		16,33	15,18	12,28	19,60	

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 8821 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET AKSUOĞLU

09.08.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında Samsun Terme'de doğmuş, 1965 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Samsun Barosu'nda yaparak, 1966 yılında Samsun Barosu'na kaydolmuştur. 1973 yılında Baromuz levhasına naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

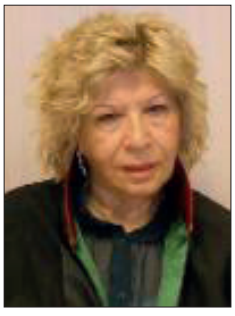
Baromuzun 13076 sicil sayısında kayıtlı

AV. ATAMAN ÖZÇELİK

05/07/2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Ardahan'da doğmuş, 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7273 sicil sayısında kayıtlı

AV. CAHİDE TÜRKER

12/07/2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1944 yılında İstanbul'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9878 sicil sayısında kayıtlı

AV. ENİS ÇONGAR

04.08.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1936 yılında Kırklareli'de doğmuş, 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13904 sicil sayısında kayıtlı

AV. GÜLİN REYHAN KAYALIBAL KÖKSAL

31.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1959 yılında Ankara'da doğmuş, 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12471 sicil sayısında kayıtlı

AV. HAYRİYE HİDAYET BAĞDAŞ

10.06.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1945 yılında İstanbul Üsküdar'da doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7162 sicil sayısında kayıtlı

AV. İRFAN TUNÇYÜREK

08.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında Denizli Sarayköy'de doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13761 sicil sayısında kayıtlı

AV. İSMAİL ÇÖLGEÇEN

27.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1954 yılında Şanlıurfa Siverek'te doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 2943 sicil sayısında kayıtlı

AV. LEVENT KİP

04.08.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1973, 1974 ve 1975 yıllarında Yönetim Kurulu üyesi, 1998 ve 2000 yıllarında Türkiye Barolar Birliği Delegeliği görevlerinde bulunmuş olan merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12556 sicil sayısında kayıtlı

AV. MEHMET AYTEMİZ

22.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1933 yılında Kars Sini'de doğmuş, 1980 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5451 sicil sayısında kayıtlı

AV. MEHMET SADİ UYSAL

02.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Konya'da doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1965 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 2449 sicil sayısında kayıtlı

AV. MELİHA GÜLTEN BALTAOĞLU

18.08.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1927 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1950 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 16448 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEFA POLAT

25.06.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1961 yılında Posof'da doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1990 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9864 sicil sayısında kayıtlı

AV. SERAP ALPAY

24.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1947 yılında Van'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13597 sicil sayısında kayıtlı

AV. SERVET BAKIRTAŞ

06/07/2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1962 yılında Gaziantep'te doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7834 sicil sayısında kayıtlı

AV. SUAT SEZER

12/07/2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Malatya Arapkir'de doğmuş, 1962 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1965 yılında Ankara Barosu'na kaydolmuştur. 1972 yılında Baromuz levhasına nakil olarak kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12051 sicil sayısında kayıtlı

AV. TAHSİN EKİNCİ

12.07.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Diyarbakır Lice'de doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Diyarbakır Barosu'nda yaparak, 1958 yılında Diyarbakır Barosu'na kaydolmuştur. 1981 yılında Baromuz levhasına nakil olarak kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8060 sicil sayısında kayıtlı

AV. ZİYA YILDIRIM

07.08.2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında Giresun Tirebolu'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
52089	YUNUS	EKİNCİ	SAMSUN BAROSU	30/06/2022
54476	FATIMA ZEHRA	ALINCA	BİLECİK BAROSU	30/06/2022
60951	EMİRHAN	UYSAL	ŞIRNAK BAROSU	30/06/2022
72351	KUMEYL KUBRA	KAYAM	IĞDIR BAROSU	30/06/2022
76167	HALİL	DEMİR	KOCAELİ BAROSU	30/06/2022
78703	RABİA	ARPA	ÇANAKKALE BAROSU	30/06/2022
78889	İLYAS	ARSLAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	30/06/2022
81098	BURCU	BÜKEN	KIRIKKALE BAROSU	30/06/2022
14983	ŞERAFEDDİN	ATİK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	07/07/2022
29702	SEDA	KÜLAHCIOĞLU	İZMİR BAROSU	07/07/2022
42685	SERCAN	IŞIK	İZMİR BAROSU	07/07/2022
48959	HALİSE	DELİACI	ZONGULDAK BAROSU	07/07/2022
62839	MUHAMMET BURAK	KARAHAN	SAKARYA BAROSU	07/07/2022
64799	AYSUN	KARA	UŞAK BAROSU	07/07/2022
67126	SELİM	BİLGİLİ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	07/07/2022
67156	SEZEN	SARIMEHMET	BURSA BAROSU	07/07/2022
70487	EMRE	YÜCEL	HATAY BAROSU	07/07/2022
74050	KIVILCIM	BALKAYA	EDİRNE BAROSU	07/07/2022
74810	İLKİM EGE	BİRİCİK	BURSA BAROSU	07/07/2022
75612	RABİYE	KARAASLAN	ADANA BAROSU	07/07/2022
76713	UYGAR	YETKİNER	İZMİR BAROSU	07/07/2022
78503	İREM NAZ	KALCI	NEVŞEHİR BAROSU	07/07/2022
78874	MİHRİBAN	AVCI	BURSA BAROSU	07/07/2022
80278	YENER MUTLU	KAYNAR	İZMİR BAROSU	07/07/2022
82033	GÜLBAHAR	BURDURLU	MUĞLA BAROSU	07/07/2022
65652	MERVE	BUKAN	KOCAELİ BAROSU	14/07/2022
74804	GİZEM	TÜMERDEM	BURSA BAROSU	14/07/2022
78071	DENİZ	ÖKTEN	BURSA BAROSU	14/07/2022
79750	MUSTAFA	KOCATEPE	MUĞLA BAROSU	14/07/2022
25821	NURTEN	YEDAN TIRPAN	UŞAK BAROSU	21/07/2022
41466	BEGÜM	SUNAN ŞENTÜRK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	21/07/2022
69348	ERTUĞRUL	ATALAY	ÇANAKKALE BAROSU	21/07/2022
75418	HÜSEYİN	ÇELİK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	21/07/2022
77337	AHMET	ÇAKA	DENİZLİ BAROSU	21/07/2022
77553	NUREDDİN ALİ	DİZMAN	ANKARA 2 NOLU BAROSU	21/07/2022
29205	YILDIZ	PINAR	HATAY BAROSU	28/07/2022
45931	GİZEM NUR	BAYDAR V.	İZMİR BAROSU	28/07/2022
54988	BERK	YILDIZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	28/07/2022
55867	DİLA BULUT	YILMAZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	28/07/2022
56252	TOLGA	ONUR	ANTALYA BAROSU	28/07/2022
57072	ESİN	SARI	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	28/07/2022
65913	EVRİM	ÇETİN	DENİZLİ BAROSU	28/07/2022
73164	MAZLUM	DEMİRDAĞ	KOCAELİ BAROSU	28/07/2022
74180	ECEM	ERKUL	ANKARA BAROSU	28/07/2022
76973	YUSUF ABDULLAH	BALLI	AĞRI BAROSU	28/07/2022

NAKİLLER

Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
76989	BERAT	KOÇAK	ÇORUM BAROSU	28/07/2022
78021	İSMAİL ÇAĞRI	KARA	ELAZIĞ BAROSU	28/07/2022
78126	MEHMET	PARLAK	KARS BAROSU	28/07/2022
78888	DENİZ	ÇATALTAŞ	ANTALYA BAROSU	28/07/2022
14392	BAYRAM	SIVACI	ÇANAKKALE BAROSU	04/08/2022
26263	MEHMET	YILMAZ	ÇANAKKALE BAROSU	04/08/2022
44107	İLKER	KAYA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	04/08/2022
48786	MUHAMMED D.	ÖZKAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	04/08/2022
49417	MÜKRAMİN	DUMAN	ANTALYA BAROSU	04/08/2022
49603	YASEMİN	KÜÇÜKKAYA BOĞ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	04/08/2022
63993	EBRU	TERZİOĞLU	ANKARA BAROSU	04/08/2022
64471	NİYAZİ KAĞAN	MISIRLIOĞLU	ANTALYA BAROSU	04/08/2022
64925	DİLARA	CINDIK	ANTALYA BAROSU	04/08/2022
65534	SELEN	TÜMEN	İZMİR BAROSU	04/08/2022
69259	MEHMET	DEMİRBAĞ	KARAMAN BAROSU	04/08/2022
70594	ARİF	OKAY	HATAY BAROSU	04/08/2022
71565	ÇAĞDAŞ	DÜLEGÖZ	ESKİŞEHİR BAROSU	04/08/2022
74452	ERDEM	GÜLER	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	04/08/2022
75792	SENA	SARAÇOĞLU	ANKARA BAROSU	04/08/2022
76692	SELÇUK	KARAMAN	ANTALYA BAROSU	04/08/2022
76979	AYSU	ORAL	İZMİR BAROSU	04/08/2022
79931	İBRAHİM ENES	AKAR	ANTALYA BAROSU	04/08/2022
81348	ELİF SENA	KILIÇ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	04/08/2022
81373	AŞHAN MELİKE	KAPLAN	MALATYA BAROSU	04/08/2022
81730	KADİR	TAŞKIRAN	KONYA BAROSU	04/08/2022
82009	MUHAMMED ALİ	ÖZYAVUZ	ESKİŞEHİR BAROSU	04/08/2022
82048	OKAN	ÖZKAN	ANKARA BAROSU	04/08/2022
52455	İSMAİL ENSAR	BATIRMAN	KOCAELİ BAROSU	11/08/2022
57521	BÜŞRA	ÖZDEMİR	KARABÜK BAROSU	11/08/2022
60173	NUREFŞAN ZEYNEP	ÇİZMECİOĞLU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/08/2022
61154	BİLGE	SÜRMELİ YÜCE	TEKİRDAĞ BAROSU	11/08/2022
65445	TUBA	EKİNCİ DEMİRTAŞ	BATMAN BAROSU	11/08/2022
66087	SÜMEYYE	KURT	ELAZIĞ BAROSU	11/08/2022
66186	AHMET	OLGUN	ÇANAKKALE BAROSU	11/08/2022
68338	HÜSEYİN ASİL	ÖZBAY	İZMİR BAROSU	11/08/2022
73963	ŞÜKRİYE	AKBULUT	AFYONKARAHİSAR BAROSU	11/08/2022
74477	UMUT	TANRIKULU	TEKİRDAĞ BAROSU	11/08/2022
75336	CİHAN DENİZ	AKBAŞ	SİVAS BAROSU	11/08/2022
75865	SEYYİD	SAĞLAM	ERZURUM BAROSU	11/08/2022
77009	SERKAN	TAŞTAN	KOCAELİ BAROSU	11/08/2022
79281	YASEMİN	GÖKGÖZ	SAKARYA BAROSU	11/08/2022
81452	FATMA ASLIHAN	TURAN	AKSARAY BAROSU	11/08/2022
38326	HALİL	ÇEÇEN	BURDUR BAROSU	18/08/2022
61549	MEDİNE	TURANTAYLAK	VAN BAROSU	18/08/2022

NAKİLLER

Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
62391	SAMET	AKAY	AYDIN BAROSU	18/08/2022
64366	ELİF	KARAKAYA	İZMİR BAROSU	18/08/2022
64636	YASİR	SAYLAN	ELAZIĞ BAROSU	18/08/2022
65090	MUHAMMED EREN	NASLICA	ISPARTA BAROSU	18/08/2022
68573	ZÜLAL	ERTÜRK	SAKARYA BAROSU	18/08/2022
74118	HASAN	AĞZIKÜÇÜK	ADANA BAROSU	18/08/2022
74447	LEYLA	KOÇBAY	BURSA BAROSU	18/08/2022
75950	AYŞE	KILIÇ	ANTALYA BAROSU	18/08/2022
77696	EBRAR	BÜYÜKGÜÇLÜ	DÜZCE BAROSU	18/08/2022
80667	SANCAR	CİHAN	ÇORUM BAROSU	18/08/2022
80901	ÖMER FARUK	UÇAR	DENİZLİ BAROSU	18/08/2022
81148	TESLİME	KOÇ	OSMANİYE BAROSU	18/08/2022

AYRILMALAR

Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
14746	ESİN FATMA	TEMEL	30/06/2022
20012	NURDAN	KOŞAR	30/06/2022
21773	MEHMET ALİ	ŞELLİ	30/06/2022
45321	NURAY	GÖKGÖZ	30/06/2022
47066	ÖZGE	KIRDAR	07/07/2022
60622	AYSUN	TONGAOĞLU	07/07/2022
70745	ESMA NUR	ALTUNYUVA	07/07/2022
76474	YUNUS	TUNA	07/07/2022
77871	EYÜP CEM	ÇETİNER	07/07/2022
78900	MUSTAFA BERKAY	SARI	07/07/2022
79156	FATİH	AÇIKGÖZ	07/07/2022
79180	DENİZ	CİHANGÜL	07/07/2022
79685	ENES	MALAT	07/07/2022
11199	İSMAİL	MÜFTÜOĞLU	14/07/2022
63183	FUNDA	DÜVEN	14/07/2022
70994	İRFAN	DEMİREL	14/07/2022
74823	MERVENUR	ÖZER	14/07/2022
79462	RAMAZAN	CAYLAN	14/07/2022
81549	İBRAHİM	SARI	14/07/2022
70067	SİNEM	KIRIŞ	21/07/2022
74924	MUAMMER	AYDIN	21/07/2022
75528	SEDA	ÖZER	21/07/2022
76848	ROZERİN	İLHAN	21/07/2022
78072	BEYZA	BÜYÜKADA	21/07/2022
79423	MEKSEL	YILDIZ	21/07/2022
81543	GÖKHAN	ERDEM	21/07/2022
7740	MUAMMER	AKKAYA	7/28/2022
51224	MERVE	ŞAHİN ALEMDAR	7/28/2022
53195	AYŞEGÜL	SATICI	7/28/2022
61354	HÜSEYİN	KAYA	7/28/2022
64369	EFKAN	AYBEK	7/28/2022
75317	AYŞE ECE	ACAR	7/28/2022
76014	MEHMET	İLKADLI	7/28/2022
81235	EYLÜL CEREN	AKTAŞ	7/28/2022
81336	SADİ	ADAK	7/28/2022
81496	AHMET	BAYRAM	7/28/2022
56539	BURCU	KESKİN	04/08/2022
60226	AHMET MÜŞTEBA	ÖZBEK	04/08/2022
61352	İLAYDA	KARAPÜR	04/08/2022
70313	FATMA	TOKGÖZ	04/08/2022
75229	SÜLEYMAN	İLHAN	04/08/2022
79601	ZEYNEP	TOPDEMİR	04/08/2022
80291	ŞAHİNDER	GÜNDÜZ	04/08/2022
80814	TUBA	KABA	04/08/2022
80823	MUHAMMED SAİD	AYAZ	04/08/2022
63385	GİZEM	ÜLGÜNAR	11/08/2022
69546	SALİH	KAPLAN	11/08/2022
74598	AYHAN	YILDIRIM	11/08/2022
66606	ÖMER	BAL	18/08/2022
75090	ABDULKADİR	KAYA	18/08/2022
79129	TURGAY	ERTAŞ	18/08/2022
80836	KÜBRA	İŞAL	18/08/2022

KAVRAM DİZİNİ

Kavram Dizini

A

AGİ EKLENMESİ 420
ARTAN MALULİYET ORANI 512
ASGARİ ÜCRET 385
ASIL - ALT İŞVEREN 496
AYRIMCILIK TAZMİNATI 471, 537

B

BABANIN GÖREVLERİ..... 412
BAKİYE ÖMÜR HESABI 423
BAŞKA DAVADAKİ TARAF BEYANLARI..... 381
BELİRLİ İŞ SÖZLEŞMESİ..... 352
BORÇ İKRARI 433, 441
BORÇLUYA İKİNCİ KEZ GÖNDERİLEN ÖDEME EMRİ 533
BORDRO TANIĞI 500
BOŞANMADA KUSUR 324, 343
BOŞANMADA KUSURLU.....330
BOŞANMA SEBEPLERİ.....330

C

ÇALIŞMA KOŞULLARI 469
ÇEKLE YAPILAN ÖDEMELER 516
ÇOĞUNLUK TESPİTİ.....436

D

DAVACI EŞİN YENİDEN EVLENMESİ.....400
DAVADAKİ BEYANLAR 377
DESTEKTEN YOKSUN KALMA DAVASI 400
DOĞAN ÇOCUĞA KARŞI YAPILACAK BABALIK GÖREVLERİ...414
DOĞUMDAN SONRA YAPILAN FESİH 537
DOLANDIRICILIK SUÇU 589

E

ECRİMİSİL 524
ELEŞTİRİYE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 360
EMEKLİ MAAŞININ HACZEDİLMEZLİĞİ 519
EMSAL ÜCRET 488
ERKEĞİN DAVRANIŞLARI 343
ESER SÖZLEŞMESİ 441
EŞİTLİK İLKESİ 471
EVLİLİĞİN TEMELİNİ SARSAN OLAYLAR 385
EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUK 412

F

FAHİŞ FARK 426
FAİZ BAŞLANGICI 391
FATURALARIN İÇERİĞİ 517
FAZLA ÇALIŞMA 491
FAZLA ÇALIŞMA ISLAHA KARŞI 540
FAZLA ÇALIŞMALAR 493

G

GEÇERLİLİK ŞARTI TEMİNAT ŞARTI 529
GEÇERSİZLİK İDDİASI 337
GERÇEK ÜCRET 508
GÖREVLİ MAHKEME 535
GÜNLÜK VE AYLIK ÜCRETİN TESPİTİ 475
GÜVENCE HESABI 416

H

HAFTA TATİLİ 540
HAFTA TATİLİ ÇALIŞMASI 491
HAFTA TATİLİ ÜCRETİ 543
HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL ÜCRETİ 483
HAK DÜŞÜMÜ SÜRELERİ 436
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI 464
HAKLI FESİH 469

HAKSIZ İŞGAL
HAKSIZ TAHRİK.....547
HALKA MAL OLMUŞ KİŞİ.....404
HAMİLELİK NEDENİYLE FESİH.....471
HARÇ VE AVUKATLIK ÜCRETİ.....440
HESAP YÖNTEMİ.....521
HİLE İDDİASI.....374
HİZMET SÜRESİ.....543
HİZMET TESPİTİ.....500
HUKUK GENEL KURULU KARARI.....363
HUKUK MAHKEMESİ'NDE AÇILAN DAVA.....380
HÜKMEN RET.....311, 451

I-İ

İBRAZ YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....375
İCRA İNKAR TAZMİNATI.....391, 395
İCRA TAKİBİ.....526, 528
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ.....360
İHTİYATİ HACİZ.....535
İKRAR.....380
İMAM NİKAHI.....414
İMAM NİKAHIYLA YAŞAMA.....410
İNANÇLI İŞLEM.....377
İNANÇ SÖZLEŞMESİ.....447
İNFAZA İLİŞKİN SORUNLAR.....535
İNSAN ÖLDÜRME.....547
İPTAL SEBEPLERİ.....434
İSPAT KOŞULU.....447, 522
İSPAT KÜLFETİ.....337, 398, 438
İTİRAZ HAKKI.....533
İTİRAZIN İPTAL DAVASI.....391, 395, 398
İZİN ÜCRETİ.....543
İZİN ÜCRETİ FAİZİ.....540

K

KADININ DAVRANIŞLARI 330
KAMU KURUMU 496
KANUNİ VEKALET ÜCRETİ.....383
KANUN YARARINA BOZMA.....407
KARŞI DAVA DAVA ŞARTI.....314
KAT MALİKİ KURULU KARARLARI.....436
KAT MALİKLERİ TOPLANTISI.....434
KAYIT KABUL DAVALARI 440
KESİN DELİL.....381
KESİN SÜRE.....454
KIDEM TAZMİNATI İZİN ÜCRETİ.....475
KISMİ ÇALIŞMA.....543
KİRACIDAN ALINAN TAHLİYE TAAHHÜDÜ.....337
KİRACI VE EV SAHİBİ 444
KİRA SÖZLEŞMESİ 438
KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....524
KÖTÜ NİYET İDDİASI.....377
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI.....389, 398
KREŞ AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 469
KUR FARKI 516
KUR FARKI ALACAĞI.....517, 521
KUR FARKI TALEBİ.....522
KURUM İŞLEMİ 505
KUSUR.....385

M

MADDİ HATA.....504
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT.....324
MAHKEME İÇİ İKRAR.....381
MALULİYET RAPORU 430
MANEVİ TAZMİNAT.....410, 412, 414
MANEVİ TAZMİNATIN ŞARTLARI 462
MENFİ TESPİT DAVASI.....389
MİRASÇILARIN EYLEMLERİ.....311, 451

MİRASIN REDDİ 452
MİRAS TAKSİM SÖZLEŞMESİ....464
MUSKACILIK 589

O

ÖN ALIM BEDELİ 454
ÖNCEDEN YAPILAN ANLAŞMALAR....519

P

PARA TAHSİLATI....592
PRİME ESAS KAZANÇ 508

R

REKABET YASAĞI 352

S-Ş

SAVCILIK DOSYASINDAKİ İFADE 380
ŞEKİL EKSİKLİĞİ 464

T

TAKAS HAKKININ KULLANILMASI....387
TAKAS HAKKININ NİTELİĞİ....387
TAKAS VE MAHSUP 383
TAKAS VE MAHSUP İDDİASI....314
TALEPLE BAĞLILIK 407
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ 493
TANIK DELİLİ 374
TARAFLARIN ELLERİNDEKİ BELGELER....375
TAZMİNAT HESABI 420
TEMİNAT KOŞULU 526
TEMİNAT YATIRMA KOŞULU 528
TEREKENİN BORCA BATIK OLMASI 311, 451
TRAFİK KAZASI....426
TÜİK VERİLERİ 488

U

USTA ÖĞRETİCİ.....475, 479, 483
ÜCRETİ.....543
ÜCRETİN TESPİTİ.....483
ÜCRETLERİNİN TESPİTİ.....479
ÜCRET TESPİTİ.....488
ÜFÜRÜKÇÜ.....592
ÜFÜRÜKÇÜ DOLANDIRICI.....591

V

VASIFLI İŞÇİ.....488
VEKALET SÖZLEŞMESİ.....402
VEKALET ÜCRETİ.....391, 423

Y

YABANCI KİŞİLER.....526, 528
YABANCI ÜLKEDE DÜZENLENEN VEKALETNAME.....529
YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLAR.....547
YEMİN DELİLİ.....458
YERSİZ ÖDEME.....505
YOKSULLUK NAFAKASI.....385

Z

ZAMANAŞIMI.....433, 441, 447
ZAMANAŞIMI DEFİ.....540