1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 83
SAYI: 2009/3
ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Muammer AYDIN

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyesi
Av. Cesur KILINÇ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Celal ÜLGEN

•

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Başar YALTI

•

Bu Sayıda Karar Hazırlama ve Özetleme
Av. Osman Kuntman
Av. Yörük Kabalak
Av. İsmail Gömlekli

•

Yönetim Yeri
Av. Orhan Adli Apaydın Sokak 1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60
web: istanbulbarosu.org.tr
e-mail: dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Tasarım/Uygulama
Referans Ajans
Tel: +90.212 347 32 47 / e-mail: info@referansajans.com

•

Baskı
Sanat Matbaacılık Medya ve Reklam Hizm. San. Tic. Ltd. Şti.
Hattat Halim Sokak No:13 Balmumcu-Beşiktaş / İstanbul
Tel: +90.212 267 04 23 / e-mail: as@sanatmatbaacilik.com

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

** * **

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100.00-TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekontunun Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun kararı ile 15.000 adet basılmıştır.

İÇERİK DİZİNİ

• Yayın Kurulu'ndan VIII
• Başkan'ın Penceresinden XI

• ***YARARLI BİLGİLER*** *1177*
• ***YAZILAR*** *1187*

Prof. Dr. H. Yavuz ALANGOYA
√ *Yargılama Hukukumuzda Bir "Sorun"* *1189*

Prof. Dr. Ersan ŞEN
√ *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi* *1197*

Av. Talih UYAR
√ *İflasın Ertelenmesi (İİK. mad. 179, 179a, 179b)* *1215*

Doç. Dr. M. Dikmen CANİKLİOĞLU
√ *Görebildiğimiz Kadar Hukukun, Aklın ve Vicdanın Penceresinden İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım* *1243*

Mehmet UYSAL
√ *Yeni Yasaların Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları* *1271*

Av. Naim DEMİRCİ
√ *Vicdanını Yitiren Hukuk* *1319*

Emre ESEN
√ *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Zaman İtibarıyla Uygulama Alanı* *1369*

Betül ASLAN
√ *Milli Arama Hukukuna Genel Bakış* *1381*

Av. Tarkan ÖNAY
√ *İthal Oto Kaçakçılığının Hukuk Boyutu ile İncelenmesi* *1409*

R. Bülent TARHAN
√ *Yolsuzlukla Mücadelenin Hukuksal Alt Yapısı* *1421*

Ali TÜREK
√ *Anayasaların Değişmez Hükümleri & Türkiye* *1425*

• **YARGITAY KARARLARI**
• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1439
• Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 1479
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1487
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 1493
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1503
• Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 1509
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 1513
• Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 1509
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1525
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 1557
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1565
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 1579
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1595
• Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 1609
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 1617
• Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 1627
• Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 1633
• Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 1643
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1651
• Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 1659
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 1665

• **UYGULAMADAN DOSYA**
• Yargıtay İlamı 1675

• **AİHM KARARLARI**
• Voskuil / Hollanda Davası 1685

• **AKTARMALAR, AYRILMALAR VE YİTİRDİKLERİMİZ**
• Aktarımlar 1711
• Ayrılmalar 1712
• Yitirdiklerimiz 1713

• **DİZİNLER**
• Dizinler 1719

YAYIN KURULU'NDAN

BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

YAYIN KURULU'NDAN

Değerli Okurlar...

Sizlerle buluşmamızın üzerinden 7 yıl geçti. Bu 7 yılda sürekli değişim ve gelişim göstererek sizlere en iyi dergiyi sunmanın çabalarını verdik. Bugün gerek içeriği ve gerekse oylumu (hacmi) ile sizlerin dergi gereksinimini karşılayabildiğimizi sanıyoruz. Her sayıda formatlayarak yayınladığımız kararlar sizlerden büyük ilgi ve övgü almakta.

Ancak bununla yetinebilir miyiz? Asla...

Bu nedenle siz okurlardan biraz daha dergi ile aktif ilişki içine girmenizi istiyoruz. Elinize geçen kararları bize fakslamanızı, ya da göndermenizi diliyoruz. Ayrıca Davalarınızdan bir demet yapıp bize göndermenizi de bekliyoruz. Davalarınızı Uygulamadan Dosyalar bölümünde yayınlamayı sürdüreceğiz. Bildiğiniz gibi uygulamadan dosyalar bölümünde bir dosyanın aşamalarını yayınlıyoruz.

Her sayı yayınladığımız kararların büyük çoğunluğu Yayın Kurulu'ndaki arkadaşlarımızın çevrelerinden topladıkları kararlardır. Bunun yanı sıra her sayı büyük bir özveri ile İstanbul dışından bize karar gönderen meslektaşlarımız var; Yargıtay Üyelerimiz var. Onlara siz okurlar adına binlerce kez teşekkür ediyoruz.

Geçen sayıda bize katkı veren ve de sürekli karar gönderen Yargıtay 12. Daire Başkanı Sayın Fazlı Kadı'ya teşekkür etmiştik. Ancak Sayın Kadı'nın soyadı Kadıoğlu olarak yazılmıştı bu kez düzeltir, yanlışlıktan dolayı okurlardan ve Sayın Kadı'dan özür dileriz.

Bu arada kitap yayınlarımız da hızla sürüyor. En son Erdener Yurtcan Hocamızın 4 kitabını yayımladık. 131. Kuruluş Yılı etkinlikleri çerçevesinde yapılan Şiir Yarışması'na katılan ve yayımlanması Seçici Kurul tarafından kararlaştırılan şiir kitabı da yayınlanmak üzere...

Bir başka yayında buluşmak umuduyla...

Hoşçakalın....

Av. Celal ÜLGEN
Yayın Kurulu Başkanı

BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

İLETİŞİMİN DİNLENMESİ ve YETKİ GASPI

Av. Muammer AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

Gelişmiş parlamenter demokrasilerde yönetim sistemi üç ana erk ile kurulur. Bunlar yasama, yürütme ve yargıdır. Bu üç erkin uyumlu çalışması için birbirlerinin görev alanlarına müdahale etmeden etkinliklerini yürütmelerinin yolları aranmalı ve bu yönde getirilen çözüm önerileri ve uygulamadaki tüm düzenlemeler bu çerçevede ele alınmalıdır. Yasama organı seçimle oluşur. Yürütme Yasama'nın içinden belirlenir. Bu bakımdan yasama ile yürütmenin birbirlerine karşı bağımsız olmaları pek de beklenen bir durum değildir.

Yasama ile yürütmenin yapmış oldukları işlemler demokratik sistemin sürdürülmesi için denetime gereksinim duyarlar. Yasama ve Yürütmenin, seçimle de gelse yıllardan süzülüp gelmiş hukuk normlarıyla hüküm altına alınmış ve kazanılmış haklara müdahale sayılabilecek işlemlerde bulunması düşünülemez. Ülkemizde 1960'lı yıllara değin Yasama'nın işlemlerini denetleyen bir yargılama sistemi mevcut değildi. Bu durum da yürütmeyi, demokrasinin bir erki olmaktan çıkarıp bir "*mutlak güç*" haline getirmişti. Sınırları belli olmayan bu mutlak güç, çoğulcu anlayış yerine çoğunlukçu anlayışla demokratik haklarını kullanma peşindeki muhalif güçlerin eleştirilerine tahammül etmedi ve onları susturma ve yıldırma yolunu seçti. Çoğu siyaset bilimcinin de kabul edeceği üzere bu durum ülkeyi kaosa sürüklemiş ve bu denetimsizliğin verdiği sorumsuz yönetim anlayışı sonuçta bir askeri darbenin gerçekleşmesine neden olmuştur. Bu yönüyle bağımsız yargının önemini o günden bu güne yaşayarak kavramış bir toplum olmamız beklenir.

Son günlerde yoğun biçimde tartışılan iletişimin dinlenmesi konusunu da yürütme ile yargı arasındaki "*yetki gaspı*" çabaları boyutunda ele alıyoruz. Gün geçmiyor ki, bir kişinin bir konuşması bazı gazetelerde yer almıyor olsun. Dinlenme korku ve kuşkusu tüm toplumu sarıp sarmalamış durumda. Vatandaşlarımız birbirileriyle konuşurken tedirginler. Bu durum bazı çevrelerde "*korku imparatorluğu*" olarak tanımlanmakta ki bu pek de abartılı bir tanımlama sayılamaz. Çünkü olayın geldiği boyut telefon dinleme sürecini de geçmiş ortam dinleme boyutuna ulaşmıştır.

İnsanların özel hayatlarını ilgilendiren konuşmalar, kişiye özel diyaloglar ve kişisel sözler mahkeme dosyalarında "*en önemli delil*" olarak yer alır oldu. Bu konuşmalar her ne hikmetse bu klasörlerden, ki gizlilik kararlarına karşın, çıkmakta ve bir takım gazetelerin manşetlerini süslemektedir. Özel hayata saygı kavramı kağıt üzerinde kalmış gibi bir izlenim söz konusudur. Bir hukuk kurumu olan İstanbul Barosu olarak bu durumu izlememiz ya da

yadsımamız beklenemezdi. Kamuoyuna yansıyan siyasi içerikli tartışmalar ya da siyasilerin kendi aralarında "*savcı*" "*avukat*" olarak "*görev işbölümü*" yaptıkları bir dönemde İstanbul Barosu, soruşturmalarda hukuka açık aykırılık teşkil eden düzenleme ve eylemlere karşı adına ve hukuk kurumu kimliğine yakışır yasal bir karşı duruş sergiledi. Baromuz 130 yılı aşkın süredir hukukun üstünlüğünü, demokrasiyi ve çağdaşlığı savunmakta ve geçmişten günümüze bu yolda çetin yollardan geçmektedir.

Hukuk mücadelemizin son örneğini iletişimin dinlenmesi konusunda Adalet Bakanlığı'na yetki tanıyan 14.01.2007 günlü ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin denetlenmesi, Gizli soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemli Danıştay'a açtığımız dava örneğinde yaşadık. Adı geçen yönetmeliğin yedi maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemli açmış olduğumuz dava, Danıştay Onuncu Dairesi tarafından kabul edilmiştir.

Bu kararla yüksek mahkeme istemimizi "*...dava konusu Yönetmeliğin amaç ve kapsamı dikkate alındığında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması yönünde yargı makamlarınca alınan kararları yerine getiren adli kolluk ve bu görevi yapan diğer kolluk birimlerinin görev ve sorumluluklarının, adalet hizmetlerini yürüten Adalet Bakanlığı'nca, yargı sürecine müdahale sonucunu doğurmayacak biçimde idare hukuku ilke ve kararları çerçevesinde yönetmelikle düzenlenebileceği; ancak bu konuda çıkarılacak yönetmeliğin 5271 Sayılı Kanun ile düzenlenen, ceza yargılamasının nasıl yapılacağına ilişkin kurallar içeremeyeceğinin de tabii olduğu; 5271 Sayılı Yasa'nın 135. maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulama alanının genişletildiği gerekçesiyle Yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinin ve aynı maddenin 5. fıkrasında geçen "... suç şüphelisi olmayan..." ibaresinin; Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması biçiminde, olağanüstü bir yöntem olan iletişimin denetlenmesinin, 5271 Sayılı Yasa'nın 135. maddesi gereğince belli bir süreyle uygulanabilmesine karşın, bu uygulamanın sınırsız olarak ertelenmesine olanak tanınmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının; 5271 Sayılı Yasa'nın 139. maddesine aykırı biçimde, gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde yetki karmaşasına neden olunduğu gerekçesiyle Yönetmeliğin 28. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinin; 5271 Sayılı Yasa'nın 138. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle de Yönetmeliğin 28. maddesinin 3. fıkrasının yürütmesi durdurulmuştur,*" biçiminde karara bağlamıştır.

Bu karar üzerine davalı Adalet Bakanlığı tarafından karara itiraz edilmiştir. Konuyu inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, İstanbul Barosu'nu haklı bulmuş ve Bakanlığın itirazlarını ret etmiştir. Kararda Yargı

bağımsızlığının gerekliliği ve varlığı, güçler ayrılığı ilkesinin yanı sıra Anayasa'nın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez nitelikteki 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerine dayandığı ifade edilmiş ve yargı bağımsızlığı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olmanın doğal ve zorunlu sonucu olarak tanımlanmıştır.

"*İdare Hukuku*"nda "*yetki*", idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade ettiği belirtilen kararda, bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan "*yetki*", yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabileceğinin altı çizilmiştir. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığının belirlemesi konusunu inceleyen Yüksek Mahkeme, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü gerektiğini, yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesinin zorunlu olduğu ve Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceğini bu durumun da "*fonksiyon gaspı*" olarak değerlendirileceği mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış ve sonuçta Adalet Bakanlığı'nın iletişimin dinlenmesi konusunda yetkili kılınamayacağı sonucuna varılarak bu yöndeki maddelerin iptali yoluna gidilmiştir.

Öte yandan telefon dinlenme konusunda elde edilen verilerin hukuki değeri ve kanıt olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda da tartışmalara Yargıtay 8. Dairesi tarafından verilen yeni bir kararla son nokta konmuştur. Buna göre ilgili daire kararında başka türlü delillerle desteklenemeyen ve salt telefon dinleme sonucu elde edilen konuşmalara dayanılarak mahkumiyet kararı verilemeyeceği görüşü hüküm altına alınmıştır.

Kimi güncel soruşturma dosyaları, kanıt adına salt telefon dinleme kayıtlarına dayanmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu kanıt olma niteliği bile bulunmayan ve özel yaşamın gizliliği ilkesini ihlal eden verilerin dosyalardan çıkarılması ve imha edilmesi hem soruşturma dosyasının saygınlığının hem de hukukun bir gereğidir.

Anayasa'nın 20. maddesiyle hüküm altına alınan özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ve özel hayatla aile hayatına dokunulamayacağı düzenlemesi de bunu gerektirir.

İstanbul Barosu olarak yürüttüğümüz hukukun üstünlüğü, adil yargılanma ilkesinin uygulanması ve yargı bağımsızlığı uğraşımızın, yüksek mahkemelerin verdiği kararlarla geldiği süreç, haklılığımızın kanıtıdır. Bazı çevrelerin ileri sürdüğünün aksine İstanbul Barosu tarihsel refleksine yakışır biçimde hukuk için çaba harcamaktadır.

YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.01.2000-30.06.2002 arası için	911 gün	%60
01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007-31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008-31.12.2008 arası için	366 gün	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**
OCAK	23.61	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81
ŞUBAT	21.49	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63
MART	19.18	15.03	4.21	10.63	5.95	11.99
NİSAN	17.03	14.96	4.96	11.01	6.39	10.65
MAYIS	15.16	13.97	4.27	10.95	7.20	
HAZİRAN	13.73	12.78	4.97	10.09	8.39	
TEMMUZ	12.51	11.72	5.82	9.03	9.76	
AĞUSTOS	11.62	10.65	6.49	8.29	10.68	
EYLÜL	11.16	9.54	7.06	7.77	11.29	
EKİM	11.16	8.16	7.76	7.23	12.11	
KASIM	11.07	6.89	8.60	6.75	12.56	
ARALIK	11.09	5.89	9.34	6.31	12.72	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI PRİM 2009 TUTARLARI

En az: **224.00**
En Çok: **1.450.21**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçilere ödenen en yüksek brüt maaşın %33.5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir.)

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0.41	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.55	0.75	1.00	0.80	0.29
ŞUBAT	0.11	0.26	0.95	2.56	1.17	0.02	0.22	0.43	1.29	-0.34
MART	1.26	0.25	0.97	3.17	0.29	0.26	0.27	0.92	0.96	1.10
NİSAN	1.21	1.94	0.80	4.50	0.65	0.71	1.34	1.21	1.68	0.02
MAYIS	0.20	2.77	0.39	2.12		0.92	1.88	0.50	1.49	
HAZİRAN	0.10	4.02	-0.11	-0.36		0.10	0.34	-0.24	0.32	
TEMMUZ	-0.57	0.86	0.06	1.25		-0.57	0.85	-0.73	0.58	
AĞUSTOS	0.85	-0.75	0.6	2.34		0.85	-0.44	0.02	0.24	
EYLÜL	1.02	-0.23	0.85	-0.90		1.02	1.29	1.03	0.45	
EKİM	1.79	0.45	-0.13	0.57		1.79	1.27	1.81	2.60	
KASIM	1.40	-0.29	0.89	-0.03		1.40	1.29	1.95	-0.83	
ARALIK	-0.04	-0.12	0.15	-3.54		0.42	0.23	0.22	-0.41	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0.41	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.55	0.75	1.00	0.80	0.29
ŞUBAT	0.30	2.22	0.89	3.00	1.40	0.57	2.22	1.44	2.11	-0.06
MART	0.96	2.48	1.88	6.26	1.70	0.83	1.25	2.36	3.09	1.05
NİSAN	2.18	4.46	2.69	11.04	2.35	1.55	2.60	3.60	4.82	1.07
MAYIS	2.38	7.36	3.09	13.39		2.49	7.36	4.12	4.38	
HAZİRAN	1.89	11.68	2.98	13.76		2.59	11.68	3.87	6.00	
TEMMUZ	1.14	12.64	3.11	15.18		2.00	5.76	3.05	6.61	
AĞUSTOS	2.18	11.80	3.93	12.49		2.87	5.30	3.13	6.35	
EYLÜL	2.98	11.54	4.98	11.48		3.93	6.65	4.19	6.83	
EKİM	3.69	12.04	4.84	12.11		5.79	8.01	6.08	9.60	
KASIM	2.71	11.72	5.78	12.08		7.27	9.40	8.15	10.52	
ARALIK	2.6	11.58	5.94	8.11		7.72	9.65	8.39	10.06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	10.70	5.11	9.37	6.44	9.50	9.23	7.93	9.93	8.17	7.90
ŞUBAT	10.58	5.26	10.13	9.10	6.43	8.69	8.15	10.16	8.15	7.73
MART	11.33	4.21	10.92	10.50	3.46	7.94	8.16	10.86	9.15	7.89
NİSAN	10.17	4.96	9.68	14.56	-0.35	8.18	8.83	10.72	9.66	6.13
MAYIS	5.59	7.66	7.14	16.83		8.70	9.86	9.23	10.74	
HAZİRAN	4.25	12.52	2.89	17.03		8.95	10.12	8.60	10.61	
TEMMUZ	4.26	14.34	2.08	18.41		7.82	11.69	6.90	12.06	
AĞUSTOS	4.32	12.32	3.72	14.67		7.91	10.26	7.39	11.77	
EYLÜL	4.38	11.19	5.02	12.49		7.99	10.55	7.12	11.13	
EKİM	4.57	10.94	4.41	13.29		7.52	9.68	7.70	11.99	
KASIM	1.60	11.67	3.65	12.05		7.61	9.86	8.40	10.76	
ARALIK	2.66	11.58	5.94	8.11		7.72	9.65	8.39	10.06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81	8.50	8.07	9.76	8.61	10.54
ŞUBAT	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63	8.44	8.03	9.92	8.53	10.41
MART	15.03	4.49	10.63	5.95	11.99	8.40	8.05	10.15	8.40	10.29
NİSAN	14.96	4.09	11.01	6.39	10.65	8.42	8.11	10.30	8.33	9.98
MAYIS	13.97	4.27	10.95	7.20		8.53	8.21	10.24	8.47	
HAZİRAN	12.78	4.97	10.09	8.39		8.95	8.32	10.11	8.64	
TEMMUZ	11.72	5.82	9.03	9.76		8.68	8.64	9.70	9.07	
AĞUSTOS	10.65	6.49	8.29	10.68		8.64	8.84	9.46	9.43	
EYLÜL	9.54	7.06	7.77	11.29		8.63	9.05	9.17	9.76	
EKİM	8.16	7.76	7.23	12.11		8.47	9.25	8.98	9.60	
KASIM	6.89	8.60	6.75	12.56		8.31	9.44	8.86	10.31	
ARALIK	5.89	9.34	6.31	12.72		8.18	9.60	8.78	10.44	

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	MAYIS 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2.12	1.49
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	13.39	4.38
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	16.83	10.74
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7.20	8.47

Sıra No	HAZİRAN 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.36	0.32
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	13.76	6.00
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	17.03	10.61
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	8.59	8.64

Sıra No	TEMMUZ 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.25	0.58
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	15.18	6.61
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	18.41	12.06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9.76	9.07

Sıra No	AĞUSTOS 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2.34	0.24
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12.49	6.35
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	14.67	11.77
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10.68	9.43

Sıra No	EYLÜL 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.90	0.45
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	11.48	6.83
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.49	11.13
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11.29	9.76

Sıra No	EKİM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.03	0.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12.08	10.52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.25	10.06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.11	9.60

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	KASIM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.54	-0.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12.08	10.52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.25	10.76
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.56	10.31

Sıra No	ARALIK 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.15	0.22
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	8.11	10.06
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8.11	10.06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.72	10.44

Sıra No	OCAK 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.23	0.29
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0.23	0.29
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	7.90	9.50
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.81	10.54

Sıra No	ŞUBAT 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.17	-0.34
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1.14	-0.06
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.41	7.73
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.63	10.41

Sıra No	MART 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.29	1.10
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1.70	1.05
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	3.46	7.89
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11.99	10.29

Sıra No	NİSAN 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.65	0.02
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.35	1.07
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-0.35	6.13
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10.65	9.98

YAZILAR

YARGILAMA HUKUKUMUZDA BİR "SORUN"

Prof. Dr. H. Yavuz ALANGOYA

I- İSTİNAF MAHKEMELERİ

Medeni Usul Hukuku'nda kanun yolu kavramı tarafa kendi aleyhine olan ve kesinleşmemiş bir yargı kararının bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve bertaraf edilmesi imkanını veren bir hukuki çare olarak tarif edilir (1).

Bu tarif hangi yolların kanun yolu olarak nitelendirilebileceğinin unsurlarını ihtiva etmektedir. Bir yola müracaat hükmün şekli anlamda kesinleşmesini engelliyor ve bu müracaat bir üst mahkemeye yapılıyorsa teknik manada bir kanun yolu mevcut demektir (2). Bu tarife göre mesela yargılamanın iadesi yolu teknik anlamda bir kanun yolu değildir; zira yargılamanın iadesi kesinleşmiş kararlara karşı kabul edilmiş bir yoldur ve burada bir üst mahkemeye değil kararı veren mahkemeye müracaat edilmesi ve o mahkemenin karar vermesi söz konusudur.

Yukarıdaki tarif dikkate alındığında teknik anlamda iki temel kanun yolu söz konusudur: İstinaf, Temyiz.

İstinaf yolu ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı açılmış olan ve bu kararların hukuka uygunluğunun kontrolü yanında, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde yeni iddia ve savunma sebeplerinin ileri sürüldüğü ve hukuki ihtilaf hakkında yeni bir hüküm tesis edilebilen bir kanun yoludur (3). İstinaf yoluna müracaat hükmün şekli kesinleşmesini engeller ve istinaf müracaatı ilk derece mahkemesine nisbetle üst mahkeme niteliğindeki istinaf mahkemelerine yapılır.

Teknik anlamda ikinci kanun yolu Temyiz'dir. Temyiz'e müracaat

---

1) Alangoya Y./Yıldırım K./Yıldırım N.D., Medeni Usul Hukuku Esasları (Esaslar) 2006, 6.bası, s.479.; karar düzeltme yolu da kesinleşmeyi engellemesine rağmen bir üst mahkemeye yapılan müracaat değildir, bu yola, temyiz kanun yolunun bir uzantısı denilebilir, bkz. age s.480.

2) A.g.e s.479,480

3) Bu gün mensubu bulunduğumuz hukuk ailesinin (Almanya, Avusturya gibi) mevzuatında yeniden yargılama yapılarak yeni hüküm verilmesi imkanı büyük ölçüde kaldırılmış ve istinaf mahkemeleri mahalli temyiz mahkemeleri niteliğine yaklaşmıştır; bkz.Alangoya Y., Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 hükmü ile Kanun yolu kapatılmış olan kararlara karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkanı, Prof.Dr. Baki Kuru Armağan, Ankara 2004 s.33 dn.55; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım age s.550 ve son.; 5236 sa.K. hükümleri ile düzenlenen istinaf kanun yolunda da yeniden yargılama çok sınırlı olarak kabul edilmiştir, bkz. HUMK m.426/R.

halinde şekli kesinlik engellenir ve temyiz müracaatı gerek ilk derece mahkemeleri gerek istinaf mahkemelerine göre bir üst mahkeme olan Temyiz mahkemesine, hukukumuzda Yargıtay'a yapılır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nda istinaf kademesi mevcut değildi ve sistem ilk derece mahkemeleri ve Temyiz Mahkemesinden (Yargıtay) oluşan iki dereceli bir sistemdi.

İstinaf kademesinin kabulü meselesi hukukumuzda uzunca bir süredir tartışılmakta idi, leyh ve aleyhine görüşler ileri sürülmüştü. Daha sonra Avrupa Birliği hukuk düzenleri ile uyum anlayışı içinde istinaf derecesinin kabulü yönüne gidilmiş ve Kanun Koyucu 5235 sayılı (Resmi Gazete 7.10.2004 sayı 25606) "*Adli Yargı ilk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*"u kabul etmiştir. Bu kanunda ilk derece mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu kanunun genel gerekçesinde "*Bu gün çeşitli ülkelerde yargılama faaliyeti ile görevlendirilmiş bulunan ilk derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen üst derece mahkemeleri vardır. İki dereceli yargı teşkilatı hak arama hürriyetinin yeterince gerçekleştirilmiş sayılması için de zorunlu görülmektedir*" denilmektedir.

Bu mahkemelerin faaliyete geçmesi ile Bölge Adliye Mahkemelerinde hangi hükümlerin uygulanacağı hususu ve buna paralel olarak temyiz kanun yolunu düzenleyen HUMK hükümlerindeki değişiklikler 5236 sayılı "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun*" ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kanun HUMK'a 426A-426U maddeleri arasında istinaf kanun yolu bakımından uygulanacak hükümleri sevketmiş bulunmakta, m. 427'den itibaren temyiz kanun yolunu düzenleyen hükümlerin bütününü (m. 427-439) değiştirmekte ve nihayet HUMK m. 440-444 de düzenlenmiş bulunan karar düzeltme (tashihi karar) yolunu kaldırmış bulunmaktadır.

II- BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KURULMASI VE SONUÇLARI

Yukarıda I altında yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere 5235 ve 5236 sayılı kanunlar kanun yolu sistemimize köklü bir değişiklik getirmiştir (4).

Bu düzenlemelerin uygulamaya başlanması tarihlerinin tesbiti üç kademeli yargılama sisteminin hangi andan itibaren başlayacağı, başka bir ifade ile istinaf yargılaması yapacak Bölge Adliye Mahkemelerinin hangi andan itibaren göreve başlayacakları hususu önem taşımaktadır.

5235 Sayılı Kanun bu konuda şöyle bir düzenleme getirmiştir:

---

4) Kanun yolu sistemini ilgilendirmeyen hükümler üzerinde durulmayacaktır.

a) Kanunun yürürlük tarihi 1 Haziran 2005'tir, m. 55.

b) Adalet Bakanlığı bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde istinaf yargılaması yapacak Bölge Adliye Mahkemelerini kuracaktır, Geçici Madde 2/I cümle 1.

Görüleceği üzere kanun koyucu Bölge Adliye Mahkemelerinin en geç hangi tarihe kadar kurulmaları gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Bu tarih 1 Haziran 2007'dir. Bu tarihten evvel de Mahkemelerin kuruluşunun tamamlanabileceği açıktır.

Yukarıda belirtilen azami süre içinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu Mahkemelerin Başkanları, Daire Başkanları ve Üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Savcıların atamalarını yapacaktır. Bu mahkemelerde görev yapacak diğer personelin atamaları da aynı süre içinde yapılacaktır, Geçici m. 2/II. Yine bu süre içinde bu mahkemeler için ihtiyaç duyulan bina, araç ve gereçler, yapım, satın alma veya kiralama yolu ile sağlanacaktır, Geçici m. 3/I. Bunlar için gerekli kaynakların sağlanması hususunda Maliye Bakanlığı'na yetki verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar HUMK'un 5236 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427-454. madde hükümleri uygulamaya devam edecektir, 5236 Sa.K Geçici Md.2 (5).

Şu duruma göre göreve başlama tarihinden evvel temyiz yoluna başvurulmamış olan hükümler için 5236 Sayılı Kanun ile getirilmiş bulunan HUMK hükümleri uygulanacaktır (6); diğer deyişle Bölge Adliye Mahkemelerine başvurulacaktır.

Bu açıklamalara son vermeden evvel Bölge Adliye Mahkemelerinin görevinin hangi tarih itibariyle başlayacağı hususundaki düzenlemeye de

---

5) 5236 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesine göre göreve başlama tarihinde, Yargıtay, Yargıtay'da incelenmekte bulunan ve henüz karara bağlanmamış olan davaların Bölge Adliye Mahkemelerine gönderileceği, geçici 2. maddeye göre ise Yargıtay Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından karara bağlanmış dava dosyaları bakımından 5236 Sa.K.nun istinafa ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı bu dosyalar hakkında direnme veya yeniden hüküm kurmak suretiyle verdikleri kararlar hakkında, HUMK'un bu kanundan önceki temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş idi. 11.5.2005 tarih ve 5348 Sa.K. m.1 ile yukarıda belirtilen hüküm kabul edilmiş ve eski 1 ve 2. geçici maddeler metinde belirtilen şekilde değiştirilmiştir.

6) Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinde kadar, HUMK'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir, 5236 Sa.K. Geçici M.3.

7) 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun"un 22 inci maddesinin Kanun'un 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmesinden sonra bazı kanun metni hazırlayıcıları, hazırladıkları ve yayınladıkları metinlerde geçici madde düzenlemelerini hiç dikkate almamışlar, bu maddelerin sözünü dahi etmemişler ve sanki bu hükümler 22inci maddede yer alan yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacak şekilde yayın yapmışlardır; buna bir örnek Doç.Dr. Timuçin Muşul'un Kasım 2004 tarihinde yayınladığı (Legal Yayıncılık) "Bütün değişiklikler işlenmiş ve Notlu; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu"dur; gerçekten Muşul 426/A – 426/U maddelerini ve

değinelim:

"*Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurtta göreve başlayacakları tarih Resmi Gazetede ilan edilir*" 5235 Sayılı Kanun Geçici Madde 2 I c. 2. (7).

III- BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KURULUŞU

Yukarıda (II) altında uygulamaya başlama tarihine ilişkin yasal düzenleme hakkındaki açıklamalardan sonra bu düzenlemenin nasıl gerçekleştirildiğine değinmek gerekiyor.

5235 sayılı kanunun geçici 2. maddesi uyarınca 5 Haziran 2007 tarih ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de şu karar yayınlanmıştır:

"*Adalet Bakanlığı'ndan Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Karar*

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25. maddesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre; İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuştur"

Aynı Resmi Gazete'de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'nca yayınlanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararında, Adalet

---

427-439'uncu madde metinlerini 5236 sayılı kanunla değiştirilmiş şekli ile esas metne almıştır. Bu hükümlerin ne zaman uygulanacağını düzenleyen geçici madde hükümlerinden hiç bahsedilmediği gibi 426/A – 426/U metinleri altında yaptığı tek açıklama maddelerin 5236 sayılı Kanun ile eklendiği ve yürürlük tarihinin 1 Nisan 2005 olduğu yolundadır; HUMK m.427-439 maddeleri altında da bu maddelerin 5236 sayılı Kanunla "yeniden düzenlenmiş" olduğu ve hükümlerin 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği açıklamasından ibarettir. (Bkz.s.140 daki Üçüncü Bab başlığına ilişkin 105, 106 ve 107 no.lu dip notlarına ve 427 ve sonraki maddeler altında yer alan "26.9.2004 tarih ve 5236 sa.K ile yeniden düzenlenmiş HUMK m.427 ve 26.9.2004 tarihli kanunun 22. maddesindeki yürürlük tarihini belirten dip notlarına) Diğer bir ifade ile HUMK'un mevcut hükümlerinin ne zamana kadar uygulanacağını gösteren geçici maddelere hiçbir şekilde değinilmemiştir; dahası, karar düzeltmeyi düzenleyen maddelerin yerinde "440-444.- (26.9.2004 tarih ve 5236 sa.K. ile yürürlükten kaldırılmıştır" ibaresi yer almakta ve dip notunda HUMK hükümleri nakledilmekle iktifa edilmektedir.

Muşul söz konusu çalışmasının Önsöz'ünde aynen şöyle diyor:

"En son 5236 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği için hem 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek değişiklikler HUMK'un ilgili maddelerine işlenmiş ve hem de 1 Nisan 2005 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan maddelere dip notlarında yer verilmiştir. Böyle yapılmakla, HUMK'nun 1 Nisan 2005 tarihine kadar ve bu tarihten sonra da güncelliğini koruması amaçlanmıştır."

Şu durumda bu kanuna sahip olan bir hukukçu 5236 sa.K.nun 22inci maddesindeki yürürlük tarihinden itibaren 5236 sa.K.la getirilen istinaf ve yeni temyiz hükümlerinin uygulanacağı zehabına haklı olarak kapılacaktır; işte bu sebeplerle dn.1'deki kitabımızın 547inci sayfasında yer alan 4 no.lu dip notunda, geçici maddeyi göz ardı eden "hatalı bir metin" hazırlanmış olduğu belirtilmiştir; Muşul bu hatasını "İflasın Ertelenmesi" başlıklı çalışmasında 5 yıl sonra da olsa (İstanbul 2008 Arıkan Yayın Dağ. Ltd.Şti) düzeltiyor, s.152,153 dip not 485; bu düzeltmeyi yaparken bize yönelttiği eleştiri doğrusu hayret vericidir: Muşul kendi vahim nakisesini bize yükleyerek yürürlük tarihi ile uygulama tarihini birbirine karıştırdığımızı söylüyor.

Bakanlığı'nca kurulmuş bulunan Bölge Adliye Mahkemelerinin yargı çevreleri belirtilmiştir.

Böylece, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurtta göreve başlayacakları tarih belirlenmiş olmaktadır. "*Tüm yurtta göreve başlayacakları tarih*"in Adalet Bakanlığı kararında yer almaması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Zira geçici 3. maddedeki yürürlük tarihinden başlayan iki yıllık süre dolmuştur ve daha sonraki bir göreve başlama tarihi tesbiti yasal olarak mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen Adalet Bakanlığı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yayınlanmasından evvel temyiz yoluna başvurulmamış ilk derece mahkemesi kararlarına karşı bu tarihten itibaren istinaf yoluna müracaat edilecektir. Bu tarihten evvel aleyhine temyiz yoluna müracaat edilmiş ilk derece mahkemesi kararlarına ise bunlar kesinleşinceye kadar HUMK 427-444 hükümleri uygulanacaktır (HUMK'nuna 26.9.2004 tarih ve 5236 Sa.K. ile eklenen 1 ve 2. geçici maddelerin 11.5.2005 tarih ve 5348 sayılı kanunun m.1 ile değiştirilmiş şekli, bkz. yukarıda dn. 5).

IV- "SORUN"

Yukarıda (II, III) altında açıklanan hukuki durum ve gelişmeler sonucunda, 1 Haziran 2007'den sonra kanun yoluna başvurulması durumunda (8) istinaf hükümleri uygulanacak, kurulan istinaf mahkemeleri görev yapacaktır.

Kanaatimce "*sorun*" esas olarak burada başlamaktadır. Mahkemelerin kuruluşlarının açıklanması geçici 2. madde esaslarına uygun yapılmıştır. Bu tarihten itibaren Bölge Adliye Mahkemelerinin yasal olarak görev yapmaya başlamaları zorunludur. İki dereceli sistem (ilk derece mahkemeleri, temyiz mahkemesi) sona ermiştir. Ancak Bakanlığın aksine açıklamasına rağmen Bölge Adliye Mahkemelerinin görev yapacağı binalar temin edilmemiş, yargı ve idari kadrolar oluşturulmamıştır. Diğer bir deyişle yeni kanun yolu sistemi hukuken hayata geçmiş ancak fiziki varlığa kavuşmamıştır. Bu anlamda Bölge Adliye Mahkemeleri o tarih itibariyle kurulmuş olmadıkları gibi, bugüne kadar da kurulabilmiş değildir. Diğer bir ifade ile 1 Haziran 2007'den sonra kanun yoluna yapılan başvurular yasal düzenlemeye aykırı, hukuk düzenimize uymayan bir kanun yolu sistemine tabi olmuşlardır ve olmaya devam etmektedirler. Bu duruma veya çözümüne ilişkin hiçbir açıklama yapılmış değildir. Hukuk düzenimiz rastlanmadık bir tablo göstermektedir. Uygulanması gereken mevzuata göre üç kademeli bir yargı

8) Adalet Bakanlığının duyurusu 5 Haziran 2007 Salı günü Resmi Gazete'de açıklanmıştır; 5235 sayılı kanunun geçici 2. maddesine göre ise Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşunun açıklanmasının son günü 1 Haziran 2007 Cuma günüdür.

9) Bu patalojik durumun bir çok kabul edilemez sonucu olacaktır, bunların hepsini tüketerek belirtmek mümkün değildir. Mesela İlk Derece Mahkemesi kararına karşı kararı veren mahkemeye istinaf dilekçesi

sistemi varken, fiilen hiçbir hukuki temele dayanmayan iki dereceli bir sistem uygulanmakta, kaldırılmış bulunan karar düzeltme yoluna başvurular üzerine bozma kararları onamaya veya onama kararları bozmaya dönüştürülebilmektedir (9).

Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşunun ilanı için 5235 sayılı kanunun geçici m.2/II ve m. 3'de belirtilen hususların, yürürlük tarihinden itibaren iki yıl içinde gerçekleştirilemeyeceği anlaşıldığında bu iki yıllık süre dolmadan geçici 2. madde değiştirilebilir ve 2 yıllık süre uzatılabilirdi. Nitekim 5235 ve 5236 sayılı kanunların yürürlük maddeleri (m.55 ve 22) "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*"la (31.3.2005 tarih ve 5328 Sa.K Geçici Madde 1 (a) ve (b)) değiştirilmiş ve yürürlük tarihleri 1 Nisan 2005 iken 1 Haziran 2005 yapılmıştır. Neden benzer bir yola gidilmediği anlaşılamıyor (10). Adalet Bakanlığı'nın bu noktayı aydınlatması sorunun aşılması çareleri bakımından önem taşımaktadır düşüncesindeyim.

Mevcut durum, yasal düzene uymamakta ve yukarıda 5235 Sayılı Kanun'un gerekçesi uyarınca "*hak arama hürriyetinin yeterince gerçekleştirilmiş sayılması için de zorunlu görülen*" istinaf kademesinden fertleri mahrum bırakmaktadır.

Bütün bunların dışında 1 Haziran 2007'den sonra temyiz yoluna başvurulmuş olma durumlarında kesinleşen kararların hukuki kaderinin ne olacağı en önemli meseledir.

(m.426 B, 426 C) veren tarafın bu dilekçesinin akıbeti ne olacaktır? Karar veren ve dosyayı Bölge Adliye Mahkemesine gönderme durumunda olan (m.426 C II) mahkeme dilekçenin reddine karar veremeyecektir, ama dosyayı göndereceği mahkeme de yoktur; diğer bir örnek, Sulh Mahkemesinin istinaf yolu açık olan kararına karşı istinaf müracaatını kararın kendisine tebliğinden itibaren 12 inci günde yapan tarafın dilekçesi istinaf mahkemesi yoktur diye reddedilirse, bu dilekçenin temyiz dilekçesi olarak kabul edilmesi talebi de sulh mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz süresi yürürlükten kalkan HUMK hükümlerine göre 8 gün olduğundan (HUMK m.437/I) reddedilecektir.

10) İstinaf Mahkemelerinin kurulması giderlerinin karşılanması için gerekli kaynağın Avrupa Birliğinden temin edildiği, buna mukabil, mahkemelerin en geç hangi sürede faaliyete geçecekleri hususunda garanti verildiği bu sebeple de sürenin bir yasa ile uzatılamadığı ve alınan paranın iade edilmesini engellemek için mahkemelerin kurulmamış olmalarına rağmen, kurulmuş olduklarının ilan edildiği yolundaki spekülatif nitelikli iddiaların doğruluğuna ihtimal vermiyorum.11) Bilindiği gibi HUMK'un yerine geçecek olan "Hukuk Muhakemeleri Kanunu" Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş ve Tasarı Adalet Komisyonunca kabul edilmiştir. Bu tasarının 345-377 maddeleri hükümleri HUMK'a eklenen 426 A-426 U'daki istinaf hükümleri ve değiştirilen 427-439 maddeleri hükümleri ile hemen hemen aynıdır.Tasarının 454 üncü maddesinde ise Kanunun yayınlandığı tarihten bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hükmü yer almaktadır. Diğer bir deyişle o tarihe kadar yukarıda anılan HUMK hükümleri uygulanacaktır; HUMK hükümleri içinde ise istinaf hükümleri (426 A-426 U) uygulanması gerekirken uygulanamamakta ve kaldırılmış bulunan karar düzeltme hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir. Yani Tasarının Kanunlaşması (bir yıl sonraki yürürlük tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri görev yapmaya başlamış olsalar dahi) "sorun"da bir çözüm olamaz, zira o zamana kadar bir çok karar yasal kanun yolu sistemimize yabancı olan bir sistem içinde "kesinleşmiş" duruma gelecektir.

Bu kararlar, hukuk düzenimizdeki kanunyolu sistemine uymayan bir sistem içinde oluştukları için kesinleşmemiş mi addedilecektir?

Meseleyi oluruna bırakmak ve mahkemeler gerçekten kurulduğu zaman işler yoluna girer şeklinde düşünmek isabetli olmaz (11). Zira o anda da 1 Haziran 2007'den itibaren eski HUMK hükümlerinin uygulandığı ve sonuçlandırıldığı davalarda alınan ve "*kesinleşmiş*" hükümlere geçerlik kazandırılması gereği söz konusu olacaktır.

Bu yazı "*sorun*"un ortaya konulması ve bir çözüm bulunması ihtiyacını belirtmek amacı ile yazılmıştır. Çözüm ciddi bir çalışma gerçekleştirilmesini gerektiriyor. Ancak sorunun niteliği çözümün makable şamil (geçmişe etkili) bir yasalaştırma faaliyetine dayanmasını gerektirir görünüyor.

Kanaatimce yapılacak en doğru iş, Adalet Bakanlığı'nca 5235 ve 5236 Sayılı Kanunların ve "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*" Tasarısı'nın (bkz.-dn.11) hazırlanmasında görev yapmış olan Komisyonlarda görev yapmış üyelerden oluşturulacak bir Komisyon kurarak "sorun"un hukuken kabul edilebilir bir çözüme bağlanması hususunda çalışma başlatmaktır.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU TASARISI'NIN ANAYASA VE TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Ersan ŞEN*

I- Giriş

Kişisel veri, bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi anlamına gelmektedir. Kişisel veriler, ortada bir hukuka uygunluk sebebinin var olması kaydıyla kayıt altına alınabilmektedir. Ancak esas olan, bireye ait bilgilerin herhangi bir ortamda kayıt altına alınmamasıdır. Aksi halde bu durum, 1982 Anayasası'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yine 20 ila 22. maddelerde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunması hakkının sınırlanması, kısmen veya tamamen bu hakkın kullanımının durdurulmasında, Anayasanın 13 ve 15. maddelerinde gösterilen çerçevenin dışına çıkılamayacağını belirtmek isteriz. 13. maddeye göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*

Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Görüleceği üzere madde, bir hak ve hürriyete ilişkin sınırlama getirilebilmesinde öncelikle o hak ve hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde özel bir sınırlama sebebinin varlığını aramaktadır. Bu olmadığı takdirde, temel hak ve hürriyetin kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün değildir.

Bu noktada, Anayasa'nın 17. maddesinde özel sınırlama nedeninin belirtilmediğini, 20. maddesinin ikinci fıkrasında ise, geniş sayılabilecek sınırlama sebeplerinin düzenlendiğini görmekteyiz. Dolayısıyla, bireyin özel, aile ve meslek hayat alanları kapsamına giren kişisel verileri, Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre sınırlandırılabilecek, fakat bu hayat alanları dışında kalan kişisel veriler, Anayasa'nın 17. maddesinde özel sınırlama sebebi bulunmadığından, bu madde ile güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı sınırlamaya konu edilemeyecektir.

---

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Anayasa'nın 17. maddesinin son fıkrası, sadece yaşama hakkına getirilecek kısıtlama yönünden özel sınırlama sebebi öngördüğü halde, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin herhangi bir sınırlama nedeni öngörmemiştir. Bu açıdan bakıldığında ve Tasarının "*Amaç*" başlıklı 1. maddesinde "*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını korumak*" hakkına yer verildiği dikkate alındığında, kişisel verilerin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında düzenlendiği, bu maddede de özel sınırlama hükmü bulunmadığından, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kişisel verilerin dokunulmazlığına sınırlama getirilemeyeceği sonucuna ulaşılacaktır. Öncelikle bu tenakuzu gidermek için, Anayasa'nın 17. maddesinde kişisel verilerin dokunulmazlığına istisna getirebilmeyi kapsayan bir özel sınırlama sebebine yer verilmesi gerektiğini veya "*kişisel veriler*" kavramının kişinin özel hayat hakkı kapsamında olduğuna dair bir düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağını, aksi halde Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında Tasarının hukuki dayanaktan yoksun kalacağını söylemek isteriz.

Elbette bu garip bir sonuçtur. İlk bakışta, kişinin özel hayatı kapsamına girmeyen kişisel verisi olamayacağı gerekçe ve iddiasıyla, kanunla getirilecek sınırlamalar bakımından Anayasa'nın 17. maddesinin engel oluşturmayacağı ve Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla karşı karşıya kalınmayacağı, çünkü kişisel verilerin özel hayat hakkı kapsamında kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle de 20. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen özel sınırlama sebeplerinin kişisel veriler yönünden uygulama alanı bulacağı fikri ileri sürülebilir. Bu anlamda, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayat hakkının iç içe girdiği ve kişisel verilerin tümünün aynı zamanda özel hayat hakkı kapsamında ele alınması gerektiği, neticede Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunma hakkına sınırlama getirilebileceği savunulabilir.

Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*". İstisnai durum için öngörülen bu hükümle, kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunmasının kısmen veya tümü ile kısıtlanabileceği öngörülmüştür.

Kişilik hakları ve insan hakları kavramlarının her geçen gün daha da önem kazandığı günümüzde, kişisel verilen korunması da bu hakların gelişimine paralel olarak önemini artırmaktadır. Nitekim bireylere ait kişisel verilerin amaçları dışında kullanılmasının ve kayda alınmasının önlen-

mesi maksadıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinde, hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi fiili suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır.

Mevzuatta yer alan farklı düzenlemelerin tek bir yasa çatısı altında toplanması amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından "*Kişisel Verilen Korunması Kanunu*" adı altında bir yasa tasarısı taslağı hazırlanmıştır.

II- Tasarı Hükümlerinin Değerlendirilmesi

A- Tasarının Amacı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 1. maddesinde Kanunun amacı; kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları usul ve esasları düzenlemek olarak ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere Tasarı, kişisel verilerin toplanması ve başkalarının kullanımına verilmesi için değil, kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla hazırlanmıştır. Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, diledikleri bilgileri toplayamayacaklar, kendileri veya üçüncü şahıslar lehine istedikleri zaman bu bilgileri kullanamayacak ve kullandıramayacaklardır. Ancak aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi Tasarı, kişisel verilerin toplanması ve/veya kullanılması ve kullandırılmasında aşırıya gitmiş, muğlak ifadeler yoluyla kişi hak ve hürriyetine müdahale noktasında net bir çizgi çizememiş, en önemlisi kişisel verilerin toplanması ve başkaları tarafından kullanımında, bu düzenleme ile amaçlananın kişi hak ve hürriyetlerinin korunması olduğu fikrini gözardı edip, somut koruyucu kurallar getirmemiştir.

B- Tasarının Kapsamı

Tasarının kapsamını gösteren 2. maddenin ikinci fıkrası ilginç bir düzenlemeye işaret etmektedir. Hükme göre, "*Bu Kanun hükümleri, kişisel verilerin gerçek kişiler tarafından sadece kişisel veya birlikte oturanlarla ilgili faaliyetlerine ilişkin olarak işlenmesi halinde uygulanmaz*". Bilindiği üzere, kişisel veriler zaten birçok müessese tarafından çeşitli sebeplerle toplandığından, bunların kontrolü, bir merkezde toplanmasının sağlanması, kötüye ve amacı dışında kullanılmasının önüne geçilmesi düşünülerek, bu Tasarı hazırlanmıştır. Bu anlamda Tasarı, kamu hizmeti alan, herhangi bir nedenle mal ve hizmet alımında bulunan, günlük ihtiyaçlarını karşılayan ve yaşam faaliyetlerini sürdüren bireylerden, istekleri dahilinde veya zorunlu olarak toplanan kişisel verilerle ilgili kuralları içermekte olup, kişisel verilerin toplanmasının sınırlarını, toplanan kişisel verilerin korunmasını, bu sırada uyulacak ilke ve esasları düzenlemektedir.

Tasarının 2. maddesinin ikinci fıkrası ise, bireyin kendisi veya birlikte oturduğu kişilerin faaliyetleri ile ilgili topladığı verilerin bu Kanun Tasarısı kapsamına girmeyeceğini işaret etmiştir. Böylece Tasarı, bireyin kendi ve aile çevresinin oluşturduğu hayat alanında toplanan kişisel verilerin korunmasına gerek duymamıştır. Hükümde yer alan "*veya birlikte oturanlarla ilgili faaliyetlerine*" ibaresi muğlak ve son derece geniştir. Bu hüküm, sadece bireyin kendisi ile ilgili veya en fazla kim oldukları belirtilen sınırlı sayıdaki yakınları ile ilgili kişisel verileri istisna tutmalıdır.

Tasarının 2. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen istisna, elbette Türk Ceza Kanunu'nun kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını düzenleyen 135. ve 136. maddelerini bağlamayacaktır. Çünkü ikinci maddenin ikinci fıkrası, yalnızca Tasarının kapsamına giren kişi ve fiilleri düzenlemiş olup, bir hukuka uygunluk sebebi ortaya koymamıştır.

C- Kişisel Veri Tanımı

Kişisel veri ise, Tasarının 3/1,ç maddesi hükmünde, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler olarak tanımlanmış, bu yolla korunması hedeflenen "*kişisel veri*" kavramının kapsamı geniş tutulmuştur. Dolayısıyla, bireyi tanımlayan, ait olan, birey tarafından kullanılan, bireye işaret eden, vücut bütünlüğü dahil herşey "*kişisel veri*" sayılmalıdır. Bireyin vücut ölçüleri, göz, ten rengi, kan gurubu, kan tahlili sonuçları, kullandığı telefon numaraları, iş ve ev adresleri, mensubu olduğu dernek ve vakıflar dahil olmak üzere kişi hakkında bilgi veren tüm unsurları "*kişisel veri*" olarak değerlendirmek gerekir.

Teknik gelişmekte ve bu yolla kişi hayatına birçok kolaylık sağlanmakla birlikte, kişi hak ve hürriyetleri bakımından birtakım olumsuz sonuçlar da doğabilmektedir. Örneğin, internet arama motorları (google, yahoo, msn gibi) üzerinden birçok kişisel bilgi ve verinin toplanabilmesi mümkün olabilir. İnternet arama motorları vasıtasıyla yapılan bu bilgi ve veri toplama, isimlendirilmeden, yani kimlik tespiti yapılmadan, kişiler hakkında genel istatistik çıkarmak suretiyle elde edilmişse, bu durumun Tasarı ve TCK m.135 ile m.136 kapsamında dikkate alınmaması gerekir. Ancak genel olarak değil de, kimliği belirlenebilir bireylerin neyi tercih ettiği, zevklerinin ne olduğu, ne okuduğu, inanç ve görüşlerinin tespiti amacıyla internet arama motoru sonuçlarının kaydedilmesi ve kullanılması, elbette konusu suç teşkil eden fiiller olarak değerlendirilebilir.

Kişisel verilerin toplanması, kullanılması fiillerinin yararlı amaçlarla kullanılması, toplama ve kullanmanın hukuka aykırı olması durumunda, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça suç kapsamına girebilecektir.

Tasarı ile kişisel verilerin işlenmesinde, kişilerin özel hayatlarının ve

kişi dokunulmazlıklarının korunması arasında bir denge sağlanmasının öngörüldüğü düşünülebilir. Çünkü asıl olan, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması, istisnası ise demokratik toplumda duyulan somut zorunluluklar uyarınca kanunla hak ve hürriyetlere belirli, anlaşılabilir ve özüne dokunmayan sınırlamalar getirilmesidir. Ancak Tasarı, kişisel verilerin korunmasından ziyade, toplanması ve sonrasında da istenildiğinde kamu otoritesi tarafından kullanılabilmesine imkan sağlayacak şekilde kaleme alınmıştır. Önemli olan, kişisel verilerin mümkün olduğu kadar elde edilmesinin, saklanmasının, bir yerde toplanmasının ve kullanıma açılmasının önüne geçmektir. Oysa Tasarı, banka ve kredi kurumları, sigorta şirketleri, sağlık kuruluşları gibi çeşitli kişi, kurum ve kuruluşlar tarafından elde bulundurulmakta ve saklanmakta olan tüm kişisel verilerin Kanun uyarınca oluşturulacak bir üst kurul tarafından denetlenmesi, bu Kurula her türlü bilgiye erişim imkanı sağlanması, bu yolla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının önünü açmaktadır. Bu bakımdan, her ne kadar Kanunun adı "*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*" olarak öngörülmüş ise de, kanaatimizce kanun koyucu tarafından amaçlanan, kişisel verilere Kurul tarafından kolayca ulaşılması, bu bilgilerin denetlenmesi ve saklanmasıdır. Bu nedenle, bize göre Tasarının adı "*Kişisel Verilerin Toplanması*" olarak kabul edilebilir.

1982 Anayasası'nın 17. maddesine göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir ve yine 1982 Anayasası'nın 20. maddesine göre, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bireyin rızası ile verdiği bilgilerinin kaydedilmesinde ve saklanmasında veya işin gereği olarak, bireyin bilgisi dahilinde veri tespiti ve kaydı yapılmasında elbette bir hukuka aykırılık sözkonusu olmayacaktır. Bu bilgiler, verilme sebepleri ile sınırlı olarak kullanılmalı ve sonrasında ortadan kaldırılmalı, kim olursa olsun kullanamamalı ve başkalarının kullanımına da sunamamalıdır. Aksi halde, kişiler hakkındaki her türlü bilgilerin kaydetme yoluyla saklanması beraberinde kişilerin fişlenmelerine ve bu yolla mağdur edilmelerini yol açacaktır.

D- Tasarının Tüzel Kişiler Yönünden Değerlendirilmesi

Tasarının "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, "*kişisel veri*"nin tanımı yapılmış, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler kişisel veri olarak tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun "*Kişisel verilerin kaydedilmesi*" başlıklı 135. maddesinde, "*kişisel veriler*" kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmamıştır. Bu madde gerekçesinde, gerçek kişi ile ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece, madde metni kısıtlama getirmemekle birlikte gerekçesi, sadece gerçek kişilerin bu suçun mağduru olabileceklerine işaret ederek, madde metnini ve amacını aşan bir ibareye yer vermiştir. Oysa korunması gerekli

kişisel veriler, sadece gerçek kişilere değil, tüzel kişilere de ait olabilir. Gerçek kişilerden ayrı bir hukuki varlıkları ve kimlikleri bulunan tüzel kişilerin de kendi yapılarına özgü kişisel verilerinin olacağı tartışmasızdır. Kanun koyucu, "*kişi" ve "kişisel*" kavramları ile yalnızca gerçek kişilere güvence sağlamayı hedeflememiştir. Belki 135. maddenin ikinci fıkrasından hareketle bu sonuca ulaşılabilir, ancak suçun tanımını gösteren 135. maddenin birinci fıkrası, korunan hukuki yararın mağduru olabilecek kişiler bakımından gerçek kişi-tüzel kişi ayırımı yapmamıştır. Bu nedenle, tüzel kişiye ait verilerin korunması yönünden TCK m.135 ile 136'nın uygulama alanı bulabileceğini ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, TCK m.2'de düzenlenen "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesine dayalı itirazla karşılaşılmaması için, özellikle TCK m.135'de tüzel kişilere ait verilerin korunmasını hedefleyen yasal değişiklik veya ekleme yapılmasında yarar olacağını düşünmekteyiz.

TCK m. 239'da düzenlenen "*Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*" suçu ile korunan hukuki yararın farklı olduğunu, bu madde ile ekonomi, sanayi ve ticarete dair hukuki yararların korunduğunu, oysa TCK m. 135'in özel hayat ve hayatın gizli alanına ilişkin hukuki yarar kapsamına girdiğini, elbette gerçek kişiler kadar olmasa bile tüzel kişilerin de özel hayat kapsamında ele alınabilecek ticari hayatlarının bulunduğunu dikkate almak gerekir.

Tasarının 3. maddesinin gerekçesinde, kişisel verilere örnek olarak kişilerin telefon numarası, pasaport numarası, özgeçmişi, parmak izleri, genetik bilgileri, psikolojik, fiziki, kültürel ve sosyal özellikleri sayılmıştır. Bununla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın m.3/1,a-c hükümleri, korunması gereken "*kişisel veri*" kavramının kapsamına, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilere ait verileri dahil etmiştir. Yine Tasarının 2. maddesinin birinci fıkrasında, "*Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek ve tüzel kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen, otomatik olan veya olmayan yollarla herhangi bir veri kütüğüne dahil olacak şekilde işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır*". Tüzel kişilere ait verilerin düzenleme kapsamına dahil edilmesi açısından Tasarının isabetli olduğunu, Türk Ceza Kanunu ile ilgili yukarıda değindiğimiz muğlaklığın bulunmadığını belirtmek isteriz.

E- Veri Kütüğü Sahibi

Tasarının 3. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde, "*veri kütüğü sahibi*" kavramına yer verilmiştir. Veri kütüğü sahibi, kişisel verilerin işlenmesinin amaç ve metodlarını tek başına veya başkaları ile birlikte belirleyen gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Ayrıca madde gerekçesinde, kişisel veriler üzerindeki tüm kontrol yetkisi ve sorumluluğun veri kütüğü sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Tüm yetki ve sorumluluğun bu kişilere ait

olması uygulamada keyfiliğe yol açabileceği gibi, kişi hak ve özgürlükleri ile doğrudan bağlantı bir görev yürütecek olan sözkonusu kişilerin keyfi eylemlerinden dolayı hukuka aykırı uygulamaların önü de açılmış olacaktır.

F- Kanunilik İlkesi

Tasarının "*Kanunilik ilkesi*" başlıklı 4. maddesinde, kişisel verilerin sadece bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen hallerde işlenebileceği ifade edilerek, yasal düzenlemelerin açıkça izin verdiği haller dışında hiçbir şekilde kişisel verilerin işlenemeyeceği, aksi yönde fiiller icra edenler hakkında TCK m.135'in uygulanacağı ifade edilmiştir. 4. madde, 1982 Anayasası'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13. maddesi ile de uyumludur. 13. maddeye göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanır. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*".

G- Hukuka Uygunluk Sebepleri

Tasarının "*Hukuka uygunluk sebepleri*" başlıklı 6. maddesinde, kişisel verilerin ancak ilgili kişinin açık rızası ile işlenebileceği ve kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacı dışında ilgili kişinin itirazı bulunması halinde işlenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. 6. maddenin üçüncü fıkrasında ise, bu ilkenin istisnası düzenlenmiş ve hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Üçüncü fıkranın (d) bendinde, "*Veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işlemesinin zorunlu olması*" hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmiştir.

Maddede yer alan "*veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları*" ibaresi geniş kapsamlı ve belirsiz nitelikte olduğu gibi, kişinin rızası bulunmaksızın veri işlenmesine de bu yolla olanak sağlanmaktadır. Jandarma Genel Komutanlığı tarafından da sözkonusu ibarenin geniş kapsamlı olduğu vurgulanmış ve bu ibare yerine "*Kanunlarla verilen görev ve yetkilerin yerine getirilmesi amacıyla*" ifadesinin konulması Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonu'ndan talep edilmiştir.

Kişisel veriler ancak, belirli, toplandıkları amaçla bağlantılı ve ölçülü olarak işlenmelidir. Tasarının mevcut haliyle yasalaşması durumunda, "*ırk, siyasi düşünce, din, mezhep veya diğer inançlar*" gibi bilgilerin toplanmasının yolu açılacak, keyfi uygulamalar sonucu özel hayatın ve aile hayatının gizliliği, kişi dokunulmazlığı, temel hak ve hürriyetler hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilecek, toplumda "*korku imparatorluğu*"nun varlığı düşüncesi hakim olacaktır. Özellikle, "*veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları*" kavramının kapsamı son derece geniş olmakla birlikte, sözkonu-

su haklı çıkarların belirlenmesinde esas alınacak ilke ve esasların belirsizliği de "*hukuk devleti*" ilkesinden uzaklaşılmasına neden olabilir.

H- Özel Nitelikli Kişisel Veriler

Tasarının "*Özel niteliği olan kişisel veriler*" başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel veriler işlenemez.*" ifadesine yer verilmiştir.

Tasarının 7. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesi arasında kapsam bakımından farklılık mevcuttur. TCK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasında, kişilerin ahlaki eğilimlerine ve cinsel yaşamlarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimsenin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Tasarının 7/1. fıkrası hükmünde bireyin sağlık ve özel yaşamı ile ilgili kişisel verilerin işlenemeyeceği ifade edildiği halde, TCK m.135/2 hükmü özel hayattan bahsetmeksizin bireyin ahlaki eğilimi, cinsel yaşamı ve sağlık durumu ile ilgili bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilemeyeceği ifade edilmiştir.

Tasarının 7/1. maddesi hükmü bireyin korunmasını daha geniş ele aldığı, bu çerçevede "*özel hayat*" kavramına yer verdiği halde, TCK m.135/1'in bu koruma alanını daralttığını görmekteyiz. Ancak Tasarının 7/1. maddesi, her ne kadar bireyin özel hayatının geniş bir şekilde korunacağını ortaya koysa da, hemen maddenin ikinci fıkrasında, Tasarının 1. maddesinde öngörülen amaçla ters düşen bir anlayışa yer verildiğini görmekteyiz. İkinci fıkraya göre, "*Birinci fıkrada belirtilen kişisel verilerin, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla, aşağıda sayılan hallerde işlenmesi mümkündür:*". Fıkra altında yer alan bendlerde ise, kişinin yazılı rızası, bireyin hayatı veya beden bütünlüğünün idamesi için veri işlemenin zorunlu olması, veri kütüğü sahibinin bu Tasarı ile ve diğer Kanunlarla tanınan hak ve yetkilerinin kullanılabilmesi ve yükümlülüklerini yerine getirebilmesi amacıyla, vakıf, dernek, sendika, siyasi partilere üye olmaktan kaynaklanan verilerin işlenmesi, ilgili kişinin alenen açıkladığı veriler, bir hakkın tesisi, kullanımı veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, sağlık alanındaki hizmetlerin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması halinde, bireyin özel niteliği olan kişisel verilerinin işlenebileceği görülmektedir. Yine 7. maddenin üçüncü fıkrasında, temel kamu yararlarının gerektirmesi halinde özel niteliği olan kişisel verilerin işlenmesi mümkün kılınmıştır.

Böylece Tasarı, her ne kadar özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunması esasından bahsetmiş ise de, bireyin özel ve aile hayatına müdahale ederek, 7. maddenin birinci fıkrasında yer alan özel hayat alanına

ilişkin kişisel verilerin işlenmesine imkan tanımış ve bu yolla TCK m.24 kapsamına giren "*kanun hükmünü icra*", TCK m.26/1'de düzenlenen "*hakkın kullanılması*" ve m.26/2'de düzenlenen "*mağdurun rızası*" adlı hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını kabul etmiştir. Dolayısıyla Tasarı, bir taraftan bireyin özel hayat hakkını korumakta gibi gözükse de, diğer taraftan esasında özel hayatın sınırlanması yolunu seçmiş, önce özel hayata ilişkin verilerin işlenmesine imkan tanımış ve 8. maddesinde de bu verilerin üçüncü kişilere aktarılmasına izin vermiştir.

"*Özel hayat*" kavramını, bireyin kişiliğini geliştirme ve manevi değerlerine güvence sağlamak için, başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayatı üzerindeki hakkı olarak tanımlayabiliriz. Kanaatimizce, 1982 Anayasası'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayat hakkının mümkün olduğunca geniş korunması, gerek verilerin işlenmesinde ve gerekse kullanılmasında öngörülecek sınırlamaların net, anlaşılabilir ve istisnai olması hedeflenmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesi birbiri ile yakın ilgi içinde bulunduğundan, 135. madde hakkında 135. madde hakkında kısa açıklama yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası ve gerekçesi arasında çelişki mevcuttur. Maddenin gerekçesinde, "*... kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda sözkonusu suç oluşmayacaktır.*" ifadelerine yer verilmiştir. Böylece, sayılan bu hallerle ilgili yapılan kişisel veri tespiti fiilleri suç sayılmayacaktır.

Oysa TCK m.135/2 hükmünde, gerekçede belirtilen, kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınması suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.135/2 hükmü ile gerekçesi bu noktada birbiriyle çelişmekte ve maddeden iki farklı anlam çıkmaktadır. Bu madde hükmüne göre, kişilerin siyasi, felsefi, dini görüşleri ile ırki kökenleri kesinlikle kayda alınamaz, bunun yanında ahlaki eğilimleri, cinsel yaşamları, sağlık durumları veya sendikal bağlantıları, bu konulara ilişkin verileri kaydetme işlemi hukuka aykırı olmadığı müddetçe kayda alınabilir. Ancak belirtmek isteriz ki, "*hukuka aykırılık*" kavramı tüm hukuk kurallarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, herhangi bir kanun hükmünden kaynaklanan hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, suçun diğer unsurları tamam olsa bile ortada hukuka uygunluk sebebi olduğundan, TCK m.135/2 hükmünde düzenlenen suç gerçekleşmeyecektir.

Tasarının 7. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel veriler işlenemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Ancak 7. maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla bazı hallerde özel niteliği olan kişisel verilerin işlenmesine olanak sağlandığından yukarıda bahsetmiştik. Kanaatimizce, kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, özel yaşam gibi bilgileri kayıt altına alınmak suretiyle saklanmamalıdır. Aksine bir durum keyfi uygulamaları beraberinde getirebileceği gibi, kişi güvenliğini ve özel yaşamını ciddi ölçüde tehlike altına sokacaktır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında özel hayata yönelik sınırlama sebeplerinin gösterildiği, aynı sebeplerin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ikinci paragrafında yer aldığı, dolayısıyla Anayasanın 13. maddesine uyulmak kaydıyla kişisel verilerin işlenmesi ve kullanılması anlamında özel hayata birtakım somut sınırlamalar getirilebileceği ileri sürülebilir. Elbette olmamasını istediğimiz bu uygulama, maalesef pozitif hukuk kurallarının varlığı karşısında imkansız gözükmekte, yani bireyin rızası dışında özel hayata müdahale edilemeyeceği fikrinin istisnasız tatbiki mümkün gözükmemektedir. Bu durumda Tasarı tarafından, özel hayata yönelik sınırlamaların daha net, az ve her yönü ile bireyi korumayı hedefleyen anlayışla düzenlenmesi gerektiğine işaret etmek isteriz.

Demokratik bir hukuk devletinde kişilerin siyasi düşünceleri, felsefi ve dini inançları, ahlaki eğilimlerine yönelik herhangi bir müdahale, tümüyle kişi dokunulmazlıklarının ihlali anlamına gelecektir. Hukuk devletinden beklenen, temel hak ve özgürlüklere ancak mutlak zorunluluk hallerinde sınırlama getirmektir. Bu zorunluluk hallerinin sınırları soyut, belirsiz ifadelerle çizilmemeli, ilgili yasa ile hangi hallerde temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebileceği açık şekilde belirtilmelidir. Kanaatimizce olması gereken, vatandaşların siyasi düşünce, dini inanç ve özel yaşamlarına hiçbir şekilde müdahale etmemektir.

Hukuka uygunluk sebebi olarak 6. ve 7. maddelerde düzenlenen kişinin yazılı rızasının alınması, failin o verileri istediği gibi kullanabileceği veya ifşa edebileceği anlamına gelmeyecektir. Sadece kişisel verilerin kayıt altına alınmasına ve kaydeden tarafından rıza gösteren, fakat herhangi bir şekilde kullanılmasını veya başkalarını aktarılmasını istemeyen mağdurdan rızası dahilinde öğrenilen bilgiler izinsiz olarak başkalarına aktarılmışsa, bu durumda TCK m.136'da düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu işlenmiş sayılacaktır. Ancak Tasarının 8. maddesinde, TCK m.136 hükmünde öngörülen sınırlar

genişletilmek suretiyle kişisel verilerin maddede sayılan hallerin gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişilere aktarılması mümkün hale getirilmiştir.

Tasarının 7. maddesinde düzenlenen kişilerin mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerin, maddede sayılan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde kayda alınabilmesi de kanaatimizce hukuka aykırıdır. Elbette Ülkenin suç istatistiğini hazırlayabilmek, işlenen suçlar bakımından bireyler ile suç tipleri ve oranlarını takip edebilmek, gerektiğinde kayıt altına alınan bu verilerin sadece yasal sınırlar içinde kullanımını sağlamak amacıyla adli sicil verilerinin kaydedilmesi bir gerekliliktir. Kanundan kaynaklanan ve adli sicil gibi bilgilerin kayıt alınması zorunluluğu, Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrası anlamında "kanun hükmünü icra" adlı hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır (Bkz. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.1, m.2., m.4). Ancak bu hukuka uygunluk sebebi, bireye ait başka kişisel bilgi ve verilerin kayıt altına alınmasına veya kayda alınanların da istenildiği şekilde kullanılmasına izin vermeyecektir.

Tasarının 7. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*Suçun soruşturulmasına, koruma ve kontrol tedbirlerine ve ceza mahkumiyetlerine ilişkin özel nitelikteki kişisel veriler, ilgili kanunlarda yeterli koruma tedbiri bulunması kaydıyla, yetkili mercilerin kontrolü altında işlenebilir. Ancak, ceza mahkumiyetlerine ilişkin sicil sadece Adalet Bakanlığı'nın kontrolü altında tutulabilir*". Maddenin beşinci fıkrasına göre, "*İdari nitelikteki yaptırımlar ve özel hukuk alanındaki mahkeme kararlarına ilişkin veriler de resmi mercilerin kontrolü altında işlenebilir*". Görüleceği üzere dördüncü fıkra, henüz masumiyet/suçsuzluk karinesinin sözkonusu olduğu ve birçok durumda mahkumiyet kararıyla neticelenmeyen ceza soruşturması ve kovuşturmaları ile ilgili kişisel verilerin tutulabileceğini ve beşinci fıkrada, idari yaptırımlar ile özel hukuk alanındaki mahkeme kararlarına ilişkin verilerin de işlenebileceğine işaret ederek, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun kapsamı dışına çıkmıştır. Dördüncü fıkra, masumiyet karinesinin geçerli olduğu aşamada bireyi fişleyecek ve ileride kendisine önyargılı davranılmasına yol açabilecek bir yöntemin önünü açmıştır.

Tasarının 7. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla, temel kamu yararlarının gerektirmesi halinde ve ilgili mevzuatta yeterli koruma tedbiri bulunması kaydıyla, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine karar verme yetkisi tanınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrası tarafından Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na, özel nitelikteki verileri işleme yasağını daraltabilecek bir düzenleme yapma yetkisi tanınmaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na tanınan bu geniş kapsamlı yetki çerçevesinde Kurul gerekli gördüğü hallerde, özel nitelikli

kişisel veriler kapsamında yer alan kişilerin ırk, siyasi düşünce, dini inançları ve özel yaşamları gibi bilgilerin kayda alınmasına tek başına karar verebilecektir. Kurulun tek başına karar verme yetkisi elbette keyfi uygulamaların doğmasına neden olabileceği gibi, keyfi uygulamalar sebebiyle Anayasa'da yer alan kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması, kişilerin düşüncelerini açıklama ve yayma hürriyeti ihlal edilecek, böylece telafisi güç ve imkansız zararlar doğabilecektir. Dolayısıyla, hangi kurumların ne tür bilgileri kayıt altına alacağının açık ve net kurallarla sınırlandırılması gerekmektedir.

Tasarının 7. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*temel kamu yararları*" ibaresi, kişi hak ve hürriyetlerine müdahale yönünden keyfi uygulamalara yol açabilecek özellik taşımaktadır. Kanun koyucu "*temel kamu yararı*" kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Birçok nedenin bu kavram kapsamına dahil edilmesi ve bu yolla bireyin özel nitelik taşıyan verilerinin işlenmesi mümkün olabilir.

Belirtmeliyiz ki, veri kütüğü sahipleri tarafından elde edilmiş olan kişilere ait her türlü bilgi ve verilerin menfaat karşılığı çeşitli kişi ve kurumlara temin edilmesi de gündeme gelebilmektedir. Örneğin, banka ve kredi kurumları tarafından sağlanan kredi kartlarının ekstrelerinde yer almakta olan ve müşterilerin hangi saatte, nerede ve ne tür harcamalarda bulunduklarına dair veriler, oluşturulan veri tabanlarında toplanmak suretiyle saklanmakta ve ticari faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara maddi menfaat karşılığında "*pazarlama politikası*" oluşturmak üzere temin edilebilmektedir. Bu bakımdan kanun koyucu tarafından bu tür suistimallerin önüne geçilmesi hedeflenmeli ve bu yönde açık ve somut bir düzenleme getirilmesi isabetli olacaktır. Aksi halde, çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından kişiler hakkında elde edilen verilerin, bu kişilerin rızası olmaksızın kullanımı ve dağıtımı gündeme gelebilecek ve bu durum telafisi güç ve imkansız zararlara yol açabilecektir. Tasarı bu konuda 9. ve 10. maddeler yoluyla düzenleme yapmıştır.

I- Kişisel Verilerin Anonim Hale Getirilmesi ve Üçüncü Kişilere Aktarma

Tasarının 9 ve 10. maddeleri, kişisel verilerin anonim hale getirilmesi ve verilerin araştırma, planlama, istatistik amacıyla kullanılmasına ilişkin hükümleri düzenlemiştir. 9. maddenin birinci fıkrası, ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin, koruma tedbiri veya ispat amacıyla muhafazasının gerekli olmaması halinde anonim hale, yani kime ait olduğunun bilinmesinin mümkün olamayacağı hale getirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngörmüştür. 10. madde ise, kime ait olduğu bilinmeyecek şekle dönüştürülmek kaydıyla kişisel verilerin araştırma, planlama, istatistik gibi amaçlarla işlenebilmesine, bu suretle elde edilen veri ve sonuçların üçüncü kişilere aktarılabilmesine, yayın ve yayınlanmasına imkan tanımıştır.

9. ve 10. maddelerde yetkili olan kişi, müessese ve kurul gösterilmemiş olmakla beraber, Tasarının 16. maddesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında bu hükümler açık bir şekilde gösterilmediğinden, hükümlerle ilgili veri kütüğü sahiplerinin yetkili olduğunu, bu konuda hukuka aykırılık olup da şikayetin yapılması kaydıyla Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun yetkili hale geleceğini belirtmek isteriz.

Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinde, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan ve ele geçiren kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Kanun gereği, mağdurun rızası veya meslek icabı kayıt altına alınan veri, hangi hukuka uygun amaçla tespit edilmişse sadece o amaç çerçevesinde kullanılabilecektir. Bunun dışında, hangi nedenle olursa olsun veriyi bir başkasına veren, yayan veya kayıt altında bulunan veriyi hukuka aykırı olarak ele geçiren kişi 136. maddede tanımlanan suçu işlemiş sayılacaktır.

Tasarının 15. maddesinin birinci fıkrasında, "*Veri kütüğü sahibi, kişisel verilerin, tedbirsizlik veya hukuka aykırı amaçlarla yok edilmesini, kaybolmasını, değiştirilmesini, yetkisiz olarak açıklanmasını veya aktarılmasını ve başka şekilde tüm hukuka aykırı işlemlerini önlemek için, korunacak verinin niteliği, teknolojik imkanlar ve uygulama maliyetine göre uygun teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.*" hükmüne yer verilmiştir. Tasarının 37/1, a maddesi hükmünde, veri kütüğü sahibinin gerekli tedbirleri almaması halinde idari para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Veri kütüğü sahibi hakkında, suç işleme kastının varlığı halinde Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinin tatbiki saklı olacaktır. Çünkü 136. maddede düzenlenen fiil ile Tasarının 15. maddesinde yer alan fiil birbirinden farklılık göstermektedir. Her ikisinin birden uygulanma ihtimali, "*ne bis in idem*" ilkesi olarak bilinen "*bir suçtan iki ceza verilemez*" prensibini zedelemeyecektir.

Tasarının 8. maddesinde kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılması usulü ve esasları düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, milli güvenliğin ve milli savunmanın sağlanması, suçun önlenmesi veya soruşturulması amacıyla yapılan istihbari faaliyetlerle ilgili olarak kanundan doğan bir görevin yerine getirilmesi için gerekli olması halinde de kamu kurum ve kuruluşlarınca kişisel veriler, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna aktarılabilmektedir.

Maddede yer alan "*milli güvenliğin ve milli savunmanın sağlanması*" ibaresinin kapsamına nelerin dahil edilebileceği açık olmadığı gibi, milli

güvenlik ve milli savunmanın sağlanması gibi soyut gerekçeler gösterilmek suretiyle kamu kurum ve kuruluşları tarafından kişi hakkında talep edilen özel nitelikli kişisel veriler diğer kurumlara aktarılabilecektir.

Yine Tasarının 14. maddesinin üçüncü fıkrasında, yabancı ülkede bulunan veri kütüğü sahibinin, eşdeğer ve uygun bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmesi ve Kurulun izninin bulunması halinde de kişisel verilerin yurtdışına aktarılabileceği öngörülmüş, ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, veri kütüğü sahibinin kişisel verileri yurtdışına aktarabileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu halde veri kütüğü sahibi, durumu 24 saat içerisinde Kurula bildirecek, Kurul ise, veri aktarımının Kanun hükümlerine aykırı olup olmadığı hususunda inceleme yaparak karar verecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan veya telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, veri kütüğü sahibinin kişisel verileri yurtdışına aktarmasından sonra, Kurul tarafından 24 saat içerisinde inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesi hukuka aykırıdır. Madde uyarınca, veri kütüğü sahibi tarafından kişisel verilerin yurtdışına aktarılma aşamasından itibaren Kurul tarafından sözkonusu aktarımın hukuka uygunluğu üzerinde inceleme yapılmaktadır. İnceleme neticesinde, veri kütüğü sahibi tarafından yurtdışına aktarılan kişisel verilerin sakıncalı ya da Kanun hükümlerine aykırı bulunması halinde, kişisel veriler zaten yurtdışına aktarılmış olacağından, bu halde kişiler hakkında tüm bilgiler öğrenilmiş olacak ve bu yolla telafisi güç ve imkansız zararların doğmasının önüne geçilemeyecektir. Veri kütüğü sahibi tarafından yurtdışına aktarılan kişisel veriler geri de alınamayacağından, kişilerin özel yaşamlarına, siyasi ve felsefi düşüncelerine, dini inançlarına veya sağlık bilgilerine ilişkin tüm veriler hukuka aykırı şekilde başkalarının eline geçmiş olacaktır.

Kişilerin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü oluşturan kişisel verilerin, milli güvenlik ve milli savunmanın sağlanması ve suçun önlenmesi gerekçe gösterilerek, gecikmesinde sakınca bulunan veya telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde yurtdışına aktarılması, aktarım yapıldıktan sonra 24 saat içerisinde Kurul tarafından inceleme yapılarak karar verilmesi denetim mekanizmasının amacına ve işlevselliğine aykırı olacağı gibi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkının da ihlali anlamına gelecektir.

Tasarının 16. maddesine göre, Kurul tarafından bir veri kütüğü sicili tutulmakta ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin, veri kütüğü kurmadan önce Sicile kayıt olmaları gerekmektedir.

Tasarının 18. maddesinde ise, Sicile bildirim zorunluluğuna istisnalar getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkilemeyecek nitelikte veri işlenmesi halinde Sicile bildirim zorunluluğu bulunmadığı gibi, ikinci fıkrasında, birinci fıkranın (a) bendinde belirtilen veriler veya veri kategorileri, veri işlemenin amaçları, ilgili kişilerin dahil olduğu kategoriler, alıcılar veya alıcı kategorileri ile verilerin saklama sürelerinin Kurul tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Ancak bu sürelerin, ne kadar zamanla sınırlı olacağı belirtilmediği gibi, kişisel verilerin saklanma süresini belirleme yetkisinin Kurula verilmesi de keyfi ve hukuka aykırı uygulamalara zemin hazırlayacaktır.

Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından öncelikle kişisel verilerin saklanma süresi açıkça belirtilmeli, bu süreleri belirleme yetkisi de Kurula bırakılmamalıdır. Ayrıca, 18. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen istisna kapsamında kalan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkilemeyecek nitelikte veriler herşeyi içine alabilmektedir. Bu şekilde soyut ve muğlak bir düzenleme, fişleme uygulamalarının yasallaşması tehlikesini ortaya çıkaracaktır.

İ- Kişisel Verileri Koruma Kurulu

Tasarı ile birlikte, Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulmuştur. Tasarı uyarınca Kurul, yetkilerini bağımsız olarak kullanmakta ve hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurulun kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat verememektedir. Tasarının 26. maddesinde belirtildiği üzere Kurul, Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek amacıyla oluşturulmuştur. Bu amaç, veri kütüğü sahipleri tarafından toplanan kişisel verilerin korunması, bu konudaki hukuka aykırılıkların önüne geçilmesi ve kişisel verilerin istisnai olarak başkaları tarafından kullanılmasına ihtiyaç duyulması halinde, bu taleplerin hukuka uygun olup olmadığının takibi olarak tespit edilmiştir.

Ayrıca Kurulun, Bakanlar Kurulu tarafından seçilen yedi üyeden oluşacağı öngörülmüş, ancak seçilen adayların nasıl belirleneceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye Tasarıda yer verilmemiştir. Böylece, bağımsız ve tarafsız olması gereken Kurul tümü ile yürütmenin etki ve tasarrufuna bırakılmıştır.

Tasarının 31. maddesinde Kurulun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, kişilik hakları ihlal edilenlerin başvuruları hakkında karar vermeye, ilgili kişi bakımından telafisi güç ve imkansız bir zararın doğması ihtimalinin bulunması halinde geçici önlemler almaya, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin konularda düzenleyici işlemleri hazırlamaya, yabancı ülkelere veri aktarımı konusunda tereddüt bulunması halinde karar vermeye, Başkanın sunduğu önerileri karara bağlamaya, Kurul

faaliyetleri hakkında yıllık rapor hazırlamaya, sicilin tutulmasını sağlamaya, yurtiçi ve yurtdışında verilerin korunması makamları ile işbirliği yapmaya, veri koruma hukuku alanındaki gelişmeleri takip etmeye ve bunların uygulanması için gerekli önlemleri almaya, ihtiyaç duyulan alanlarda ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde araştırma ve teknik yardım projeleri hazırlamaya, geliştirmeye ve yürütmeye, kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirmeye görevli ve yetkilidir.

Belirtmeliyiz ki, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilişkili bir görev yürütecek olan bir kurulun üyelerinin tek bir makam tarafından seçilmesi, kadrolaşmalara sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle, Kurula üye seçimi ve aday gösterilmesi farklı makamlar tarafından yapılmalıdır. Nitekim Jandarma Genel Komutanlığı tarafından, Kurulun öğretim üyeliği yapmış üyeleri için Yükseköğretim Kurulu, kamu hizmetinde çalışma şartı aranan üyeleri için bakanlıkların, özel sektörde çalışma şartı aranan üyeleri için de meslek kuruluşlarının göstereceği adaylar arasından Bakanlar Kurulu'nca seçim yapılmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

Tasarının görev süreleri başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasında, Kurul üyelerinin görev süreleri altı yıl olarak belirtilmiş, üçüncü fıkrasında ise, Kurul Başkanı ve üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemeyeceği, ancak seçilmeleri için gerekli şartları taşımadıklarının anlaşılması veya görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkumiyet kararının kesinleşmesi halinde, Kurul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan Başbakan'ın onayı ile görevden alınacağı ifade edilmiştir.

Belirtmeliyiz ki, görevleri ile ilgili işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkumiyet kararı kesinleşen Kurul Başkanı ve üyelerinin görevden alınmaları konusunda Başbakanın onayının aranması isabetsizdir. Kişilerin haklarında verilen mahkumiyet kararı kesinleşmiş olmasına rağmen, bu kişilerin görevlerin son verilmesi hususunda ayrıca Başbakanın onayı şartı aranması halinde, kesinleşmiş cezanın sonucuna, yani hakkında güven kaybedilen Başkan veya üyenin durumuna, adaleti zedeleyecek şekilde müdahale edilmiş olacaktır. Kanaatimizce, görevleri ile ilgili suçlardan dolayı haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan Kurul Başkanı ve üyelerinin, süreleri dolmadan görevlerinden alınmasında Başbakanın onayı aranmamalı ve bu kişilerin mahkumiyet kararlarının infazının yanında, elbette görev süresinin bitimi beklenmeden de görevlerine son verilmelidir.

Tasarının 32. maddesinin birinci fıkrasında, şikayet başvuru sonuçlarının, Tasarının 12. maddesinin üçüncü fıkrasına, 22. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan hallere ilişkin olmadığı veya yine bu maddenin (c) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmesini engellemediği

sürece ilgilisine tebliğ edileceği, aksi halde tebliğ edilmeyeceği ifade edilmiştir. 32. maddenin ikinci fıkrasında ise, "*Şikayet başvurusunda bulunanlar, şikayet konusunda Kurulca verilen kararın kendilerine tebliğlerinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemelerinde dava açabilirler.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, kendisine tebligat yapılmayan ilgililerin dava açamayacağı gibi bir sonuca ulaşılabilecektir. Elbette Anayasanın 36. ve 40. maddeleri karşısında, kişi hak ve hürriyetlerine yönelik idari tasarrufları hakkında hukukilik denetimini gerçekleştirmeye imkan veren dava açma hakkının engellendiği söylenemez. Bu nedenle, Tasarının bu muğlak ve yersiz ifadesine rağmen, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen örtülü redde karşı dava açma prosedürünün burada da uygulama alanı bulacağını söylemek isteriz.

SONUÇ

Tasarıya ilişkin yukarıda izah ettiğimiz değerlendirmeler neticesinde, Tasarının kişisel verileri korumaktan ziyade, kişileri fişleme amacına hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Bu yönüyle düzenleme, kişisel verilerin toplanması, dağıtılması ve bu yolla bireylerin fişlenmesi Tasarısı haline dönüşmüş, kişi hak ve hürriyetleri bakımından mutlak bir zorunluluk olan kişisel verilerin korunması amacı ikincil planda kalmıştır. Oysa öncelikli amaç, kişisel verilerin korunması, bunların çok istisnai hallerde toplanması, kontrolünün yapılması, bu yolla kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi olmalıdır.

Özellikle kişisel verilerin kayda alınmasında ve bunların üçüncü kişilere aktarımında yetki sahibi olan veri kütüğü sahibinin, doğması muhtemel suistimallere karşı bir sistem dahilinde kontrol edilmesi zorunludur. Tasarı, bir kontrol sistemi getirmiş gibi görünmekle birlikte, Başbakan ve dolayısıyla yürütme organını devreye sokulması sonucunda, bağımsız ve tarafsız denetim mekanizması ortaya koyma yönü ile ciddi eleştirilerin muhatabı olacaktır.

Öncelikle, veri toplamanın düzenlenmesi, gerekli olmadığı halde kişilere ait verilerin toplanmasının önüne geçilmesi, toplananların korunması, elbette istisnai olarak ve yukarıda izah ettiğimiz Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde toplanan kişisel verilerin bazı özel durumlarda üçüncü kişi ve makamların kullanımına verilmesi mümkün olabilir. Ancak bu hususun bir istisna olduğu, esas olanın kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunmasının sağlanması gerektiği, bu amaçla yasal düzenlemeye gidilmesinin isabetli olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Öncelikle hukuka aykırılıkların önüne geçmek amacıyla bir denge sağlanmalı, her somut olayın özelliklerine ilişkin bir değerlendirme

yapılmalı ve açık kurallar belirlenmek suretiyle somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu noktada, Kanunun sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi ve bu sınırın dışına çıkılmaması önem arz etmektedir.

Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu'nun 135. ve 136. maddelerinde düzenlenen kişisel verilerin kayda alınması ve hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi ya da ele geçirilmesi suçlarına ilişkin belirlenen ceza sorumluluğunu artırmak, Kişisel Verileri Koruma Kanunu'na duyulan ihtiyacı da ortadan kaldırabilir. Bu noktada Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler kuvvetlendirilmeli ve bu yolla mevcut Tasarının yasallaşması neticesinde ortaya çıkabilecek suistimal ve hukuka aykırılıkların önüne geçilmelidir. Bununla birlikte, veri kütüğü sahiplerince toplanan kişisel verilerin kontrolü, güvenliğinin sağlanması, Anayasa ve yasalar çerçevesinde istisnai olarak bu verilerin üçüncü kişilere kullandırılmasına dair usul ve esasların belirlenmesinde yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğunu da söylemek isteriz.

Elbette esas olan, kişisel verilerin kayda alınmaması, bunların veri havuzlarında toplanmaması ve istisnai haller dışında kullanılmamasıdır. Kişilerin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü oluşturan kişisel verilerin tek bir yerde toplanması, gerekli görülen hallerde Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından bu verilerin milli güvenlik gibi soyut gerekçelerle talep edilmek suretiyle keyfi biçimde kullanılması, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin ve özellikle bireylerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlali anlamına gelecektir.

İFLÂSIN ERTELENMESİ

(İİK. mad. 179, 179a, 179b)

Av. Talih UYAR

Günümüzün en güncel "*iflas hukuku kurumu*" olan iflasın ertelenmesi İcra ve İflas Kanunumuzun üç maddesinde -(İİK. mad. 179, 179a, 179b) ve Ticaret Kanunumuzun 324. maddesi ile Kooperatifler Kanunumuzun 63. maddesinde- düzenlenmiştir.

A- SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN İFLÂSI (İİK. mad. 179)

"*Borca batık*" durumda olan "*sermaye şirketleri*" ile "*kooperatifler*" hakkında iflâs ya da iflâsın ertelenmesi kararı verilmesi (İİK. mad. 179'da düzenlenmiştir.

A- Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin doğrudan doğruya iflâsı: Bir borçlunun borca batık olması (bu husus, İİK. mad. 179/I, C:1'de; "*pasifin, aktifinden fazla olması*" şeklinde ifade edilmiştir) hukukumuzda "*genel bir iflâs sebebi*" sayılmazken[1], bu husus sermaye şirketleri ile kooperatifler için "*özel bir -doğrudan doğruya- iflâs sebebi*" sayılmıştır...

İİK. mad. 179/I, c:1'de düzenlenmiş olan bu "*özel -doğrudan doğruya- iflâs sebebi*" sadece maddede öngörülen;

a) Sermaye şirketleri (Yani; "*anonim şirketler*" (TK mad. 769 vd.); "*limited şirketler*" (TK. mad. 503 vd.); "*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler*" (TK. mad. 476/II)

b) Kooperatifler (Kooperatifler K. mad. 63) hakkında uygulanır.

"*Sermaye şirketleri*" ile "*kooperatifler*" hakkında böyle "*özel bir doğrudan doğruya iflâs sebebi*" kabul edilmiş olmasının nedeni, bunlarda sorumluluğun '*sermaye ile sınırlı*' olması yani bu tür şirketlerden (ve kooperatiften) alacaklı olan üçüncü kişilerin şirket (ve kooperatif) malvarlığın-dan alacağını alamamaları halinde, ortaklara başvuramamalarıdır...

Burada "*sermaye şirketleri*" ile "*kooperatifler*" için kabul edilmiş olan "*özel iflâs sebebi*", İİK. mad. 179/I, c:1'de "*şirketin (kooperatifin), borçlarının aktifinden fazla olması*" şeklinde ifade edilmiştir[2].

Kanunlarda "*pasifin, aktifden fazla olması*" şeklinde yer alan bu durum

---

(1) KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, 1993, C: 3, s: 2600 vd. - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s: 923

(2) Benzer ifade; TK. mad. 324/II, c:3'de «Şirket aktifleri, şirket alacaklılarının alacakların karşılamaya yetmediği taktirde...»; Kooperatifler K. mad. 63/I'de «Kooperatifin aciz halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise...»; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, mad. 376(3), c: 4'de «Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması halinde...» şeklinde yer almıştır...

doktrinde[3] "*borca batıklık*" olarak nitelendirilmiştir.

I- İflâs talebi: Bir sermaye şirketinin ya da kooperatifin "*borca batık olması*" (yani, pasifinin, aktifinden fazla olması) halinde -ki bu durum "*ara bilanço*"dan (TK. mad. 324/II, Koop. K. mad. 63/I), "*son yılın bilançosu*"ndan veya daha sonra yapılacak "*tasfiye bilançosu*"ndan (TK. mad. 444, 446) anlaşılır[5]- şirketin (kooperatifin) idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseleri ile şirket (ya da kooperatif) tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya alacaklılar durumu ticaret mahkemesine bildirirler.

İİK. mad. 179/I, c:1'de "*kimlerin iflâs talebinde bulunabileceği*" belirtilmiştir. Bu kişiler;

a) *Şirket ya da kooperatifi idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kişiler:* **Anonim şirketlerde** (TK. mad. 324/II) ve **kooperatiflerde** (Koop. K. mad. 63/II) yönetim kurulu,[6] [7] limited şirketlerde (TK. mad. 540) müdürler.

Bu kişiler, şirketin (kooperatifin) "*borca batık*" durumda olduğunu saptayınca derhal, yetkili (İİK. mad. 154/III, c:2) ticaret mahkemesine durumu bildirmeye mecburdurlar. Eğer bildirmezlerse kendilerinin hem hukuki (TK. mad. 336/5) ve hem de cezai (İİK. mad. 345a, 345, 310/4) sorumluluğu söz konusu olabilir.

b) *Şirket (ya da kooperatif) tasfiye halinde ise:* Tasfiye memuru (TK. mad. 446/II, İİK. mad. 179/I, c:1)[8].

Tasfiye memurları için de "*borca batıklık bildirimi*"nde bulunmak bir yükümlülüktür (TK. mad. 336/5; İİK. mad. 345a).

c) *Alacaklılar*[9]

Belirtilen bu kişiler dışında kalanlar -örneğin; şirket/kooperatif ortakları[10], yönetim kurulu başkan ve üyeleri[11], yöneticileri[12]- iflâs talebinde bulunamazlar...

Eğer "*şirketin borca batık olduğu*" bildiriminde bulunan (yani; bu durumu bir dilekçe ile ticaret mahkemesine bildiren) şirketin yönetim kurulu

---

(3) BERKİN, N. İflas Hukuku, 1972 - ATALAY, O. İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, s:49 vd.) - ATALAY, O. Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2007, s: 20 - PEKCANITEZ, H. Anonim Ortaklıkların İflâsı, 1991, s: 31 - KURU, B. Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (Ad. D. 1970/10, s: 624) – PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 2008, s:501 – DELİDUMAN, S. İflasın Ertelenmesinin Etkileri, 2008, 50

(4) Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 2085/5161

(5) KURU, B. El Kitabı, s:995

(6) Ayrıntılı bilgi için bknz: ATALAY, O. age. s:44 vd.

(7) Bknz: 19. HD. 16.11.2000 T. 7159/7841

(8) Bknz: 19. HD. 15.2.2007 T. 9496/1315; 4.12.2003 T. 5806/12170

(9) Ayrıntılı bilgi için bknz: ATALAY, O. age. s:48 vd. – ERMENEK, İ. İflasın Ertelenmesi, 2009, s:25 vd.

(10) Bknz: 19. HD. 11.12.2003 T. 7842/12510 - 12.12.1996 T. 8042/11154 - 10.10.2002 T. 2406/6550

(11) Bknz: 19. HD. 11.12.2003 T. 7842/12510

(12) Bknz: 19. HD. 10.10.2002 T. 2406/6550

veya limited şirket müdürü ise, dilekçesine şirketin bilançosunu da eklemesi gerekir.

II- İflâs talebinin incelenmesi:

Bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) "*borca batık olması nedeniyle iflâsına karar verilmesi*" istemiyle karşılaşan ticaret mahkemesinin -"*kendisinin borçlunun muamele merkezinde bulunan yetkili ticaret mahkemesi olduğunu*" ve "*doğrudan doğruya iflâsına karar verilmesi istenen borçlunun bir sermaye şirketi ya da kooperatif olduğunu*" saptadıktan sonra- iflâs talebini hemen -İİK. mad. 166'da öngörülen usulle- ilân etmesi gerekir.

Hemen belirtelim ki; İİK. mad. 179'da "*iflâs talebinin ticaret mahkemesince ilan edileceği*"ne dair açık bir hüküm yer almamakta ise de, **yüksek mahkeme**[13] "*şirket (kooperatif) borçlarının muvazaalı olarak aktiflerden fazla olması sonucunu doğuracak kötüniyetli davranışların önüne geçmek, alacaklılara 'şirketin (kooperatifin) borca batık olduğu iddiası'nın gerçek olmadığını kanıtlama olanağını vermek amacıyla*" öteden beri "*bu talebin ilanı gerektiğini*" içtihat yoluyla zorunlu bir -deyim yerinde ise; ön koşul olarak- istemektedir...

Ticaret mahkemesi basit yargılama usulüne göre (HUMK. mad. 507/1, 176/9), dilekçe ekinde kendisine sunulan bilanço ve borçlunun ticari defterleri üzerinde -eğer; dilekçe ekinde bilanço sunulmamışsa, sadece borçlunun tiari defterleri üzerinde- ve iflâs talebinin ilanı üzerine, başka alacaklılar müdahale ve itirazda bulunmuşlarsa, bunların itirazları da gözönünde bulundurularak- bilir kişi incelemesi yaptırarak "*şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığını*" (yani; pasiflerin aktiflerden fazla olup olmadığını) araştırır.[14]

Mahkeme bu araştırma sonucunda; **a)** Şirketin (kooperatifin) borca batık olduğunu saptar ve -aşağıda belirteceğimiz gibi- iflâsın ertelenmesinin istenmemiş olduğunu ya da iflâsın ertelenme koşullarının gerçekleşmediğini de gözönünde bulundurarak şirketin (kooperatifin) iflâsına karar verir.[15] **b)** Ya da; şirketin (kooperatifin) borca batık olduğunu ancak iflâsın ertelenmesinin istendiğini ve iflâsın ertelenme koşullarının gerçekleştiğini saptayarak, şirketin (kooperatifin) iflâsının ertelenmesine karar verir.[16] **c)** Veya; şirketin (kooperatifin) borca batık olmadığını saptayarak "iflâs talebinin reddine" karar verir.[17]

---

(13) Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 1472/5159; 13.10.2005 T. 6649/1006

(14) Bknz: 19. HD. 6.6.2008 T. 4622/6294; 21.2.2008 T. 7542/1462; 7.12.2006 T. 8204/11659 - 2.11.2000 T. 5714/7382 - 28.1.1999 T. 7440/232

(15) Bknz: 19. HD. 27.5.1999 T. 3093/3695

(16) Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284; 29.5.2008 T. 4272/5875 vd.

(17) Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

B- İFLÂSIN ERTELENMESİ:

İflâsın ertelenmesi "*borca batık durumda olan (aktifi pasifini karşılamayan) bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında, Ticaret Mahkemesi'nce iflâs kararı verilmeyerek önerilen iyileştirme projesi çerçevesinde borca batık durumdan kurtulmalarını sağlayan ve iflâslarını önleyen bir kurum*"dur.[18]

Yüksek Mahkeme'ye göre, iflâsın ertelenmesi "*borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ve kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması halinde iflâsı önleyen, şirketler hukukuna özgü bir geçici koruma*"[19] *kurumudur.*[20]

Kurumun amacı'nın "*iflâs olmadan bir tasfiye sağlamak değil, sermaye şirketinin sona ermesini önlemek*",[21] "*sermaye şirketi ve kooperatifin ekonomi içinde kalarak faaliyetini sürdürmesini sağlamak ve alacaklıların iflâsa bağlı olumsuz sonuçlardan etkilenmemesini temin etmek*",[22] "*erteleme sürecinde şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerinin azaltılmasını sağlamak*"[23] olduğu ifade edilmiştir...

Doktrinde[24] "*iflâsın ertelenmesinin bağımsız bir dava veya talep olmadığı, borca batıklık sebebine dayanan iflâs talebine ilişkin yargılama içinde ve onun bir parçası olarak düşünülmesi gerektiği, bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) borca batıklık bildirimi ya da bir alacaklısı tarafından borca batıklık sebebiyle açılmış bir iflâs davası olmaksızın, mahkemeye başvurarak, sadece iflâsın ertelenmesini talep etmesinin mümkün olmadığı*" ifade edilmiştir...

Bu kurum hem -haklarındaki takipleri belli bir süre durdurarak, onların durumlarını düzeltip tekrar ticari hayata devam etmelerine olanak tanıdığı için- borçluların, hem de -iflâs kararına göre daha kötü duruma

---

(18) Benzer tanımlar için bknz: ATALAY, O. agm. s:50 - ATALAY, O. age. s:65 - PEKCANITEZ, H. İflâsın Ertelenmesi (İBD. 2005/2, s:323) - ALTAY, S. İflâsın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları (Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 2004, s:625) - GÜNEL, M. İflâs Davaları ve İflasın Ertelenmesi, 2006, s:192 - MUŞUL, T. İflâsın Ertelenmesi, 2008, s:17 – MUŞUL, K. İcra ve İflas Hukuku, 2008, s:1022 – ERMENEK, İ. age. s:76 vd. - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. age. s:493 – AYDEMİR, E./ÇAĞLAR, E. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde ve Kobilerde İflasın Ertelenmesi ve Borçların yapılandırılması, 2007, s:54 – DELİDUMAN, S. age. s:8

(19) Bknz: 19. HD. 6.7.2006 T. 11535/7361

(20) Bknz: 19. HD. 17.2.2006 T. 25556/2879

(21) Bknz: 19. HD. 14.7.2005 T. 6151/7982

(22) Bknz: 19. HD. 7.4.2005 T. 448/3753

(23) Bknz: 19. HD. 7.4.2005 T. 2033/3760

(24) ATALAY, O. age. s:68 vd. - ÖZEKES, M. İflâsın Ertelenmesi «İİK. m. 179-179b, TTK. m. 324» (Legal Huk. D. 2005/Eylül, S:33, s:3254) - ÖZTEK, S. İflâsın Ertelenmesi (Bankalar D. 2005, S:53, s:30) - ALTAY, S. agm. s:629 - PEKCANITEZ, H. agm. s:334, 340 - MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s:20 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1022 – Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: ERMENEK, İ. age. s:106 vd. – DELİDUMAN, S. age. s:21 vd.

düşürmeyen, alacaklarının daha fazla bölümünü alabilmelerine olanak sağladığı için- alacaklıların yararınadır.[25] [26] [27]

İİK. mad. 179-179b maddelerinde düzenlenmiş bulunan bu kurum sadece borca batık durumda bulunan sermaye şirketleri ile kooperatifler için öngörülmüş olduğu için, borca batık durumda olmayan sermaye şirketleri ile kooperatifleri kapsamadığı gibi, borca batık durumda olan şahıs şirketlerini ve gerçek kişileri de kapsamaz...

Bu kurumun düzenlendiği İİK. mad. 179-179b maddeleri -2003 tarihli- 4949 ve -2004 tarihli- 5092 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerle bugünkü şeklini almışlardır. Bunun yanında bu kurum kısmen TTK. mad. 324/II'de[28] -ve Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 376.[29] ve 377.[30] maddelerinde-

---

(25) TÜRK, A. Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler (Dokuz Ey. Ünv. Huk. Fak. D. 2004/1, s:295, dipn. 2-4) – Bu konuda ayrıca (daha ayrıntılı bilgi için) bknz: ERMENEK, İ. age. s:94 vd. – DELİDUMAN, S. age. s:9 vd.

(26) Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 10530/13441

(27) Bu kurumun eleştirisi ve «kabulünün isabetli olmadığı» hakkında bknz: ALTAY, S. agm. s:634

(28) TTK. mad. 324/II: «Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflâsına hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun ıslâhı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflâs kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır.»

(29) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı mad. 376: «(1) Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar.

(2) Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya tamamlamaya karar vermediği takdirde şirket infisah eder.

(3) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de olası satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilançoyu en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor halinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerin 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerini de dikkate alması şarttır. Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması halinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflâsını ister; meğer ki, iflâs kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasını diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş olsun.»

(30) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı mad. 377: «(1) Yönetim kurulunun mahkemeye iflâs talebiyle birlikte bir iyileştirme projesi sunarak erteleme talep etmesi halinde iyileştirme projesi, denetçinin 376 ncı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen iyileştirme önerilerine yer veriyorsa, bunların gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan, özsermaye dahil nesnel ve gerçek kaynakları gösteriyor, İcra ve İflâs Kanununun 179 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki nitelikleri haiz bulunuyor ve önlemlerin uygulanması halinde şirketin durumunun düzeltilmesi mümkün görülüyorsa, mahkeme iflâsı her halükarda uzatmalar da dahil üç yılı geçmeyecek şekilde erteler. Mahkemeye iflâsın ertelenmesi talebinde bulunulması üzerine, envanter düzenlemesi veya yönetim kurulunun yerine geçmesi veya yönetim kurulunun kararlarını onaylaması için, görevlerini belirleyerek derhal bir kayyım tayin eder ve ayrıca şirket mallarının tespiti ve korunması için gerekli diğer önlemleri alır ve kayyımın atanmasını, görevlerini ve mahkemece verilen temyiz yetkisiyle bunların sınırlarını, tescil ve

ve Kooperatifler K. mad. 63'[31]de düzenlenmiştir.

Ticaret mahkemesince, hangi koşulların gerçekleşmesi halinde borçlu -sermaye şirketi ya da kooperatif hakkında- "*iflâsın ertelenmesi kararı*" verilecektir?

İflâsın ertelenmesi taleplerinin değerlendirilmesinde öncelikle "*şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığı*" saptanır ve şirketin (kooperatifin) borca batıklığının saptanması halinde "*mali durumunun iyileştirilmesinin (ıslahının) mümkün olup olmadığı*" araştırılır...[32]

Mahkemece "*iflâsın ertelenmesine*" karar verilebilmesi için, istek sahibi şirketin (kooperatifin) "*borca batık olması*", "*iyileşme ümidinin bulunması*" ve "*fevkalade mühletten yararlanmamış olması*" gerekir.[33]

a- Borca batık olma: Bir "*sermaye şirketi*" ['anonim şirket' (TK. mad. 269 vd.) '*limited şirket*', (TK. mad. 503 vd.) '*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*' (TK. mad. 476/II)] ya da "*kooperatif*" eğer borca batık durumda ise; İİK. mad. 179/I uyarınca "*iflasın(ın) ertelenmesi*" söz konusu olabilir.

"*Borca batık olma*" -yukarıda da belirttiğimiz gibi[34] - "*şirketin (kooperatifin) pasifinin aktifinden fazla olması*"dır (İİK. mad. 179/I, C:1)[35]. Borca batık şirketin tüm aktifi, muaccel (günü gelmiş) olsun olmasın, şirketin borçlarını karşılamaya yetmemektedir.[36]

---

ilan ettirir. Kayyım her üç ayda bir şirketin iyileştirme projesine uygun olarak iyileşme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder ve mahkeme bu rapor üzerine iyileştirmenin mümkün olmadığı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır. Mahkeme iflâsın ertelenmesi talebini reddederse veya erteleme kararını kaldırırsa iflâsa karar verir. Alacaklının iflâsın ertelenmesini talep etmesi halinde de mahkeme denetçinin önerisini inceleyerek karar verir.»

(31) Kooperatifler Kanunu mad. 63: «Kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim eder. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut daha yukarıda sözü geçen ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır. Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatife son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz eder. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da bilgi v erir. Ancak, ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde Ticaret Bakanlığı ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığı da haberdar edilir. Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflâsın açılmasını erteleyebilir. Bu takdirde, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yaryan tedbirler alır.»

(32) Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284 vb.

(33) Bknz: 19. HD. 7.2.2008 T. 8360/873; 29.11.2007 T. 6424/10719; 12.7.2007 T. 5185/7442; 8.3.2007 T. 9070/2188; 1.3.2007 T. 9801/1916 vb.

(34) Bknz: Yuk. AÇIKLAMA: A «dipn. 1 civarı»

(35) Bknz: 19. HD. 29.5.2008 T. 5077/5881; 3.4.2008 T. 10790/3360

(36) ATALAY, O. age. s:21 - DOMANİÇ, H. Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, 1988, s:539, 546 - FRANKO, N. Sermaye Şirketlerinde -Özellikle Anonim Şirketlerde- İflâs ve Tehiri (Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın

"*Borca batık olma*" ile "*aciz halinde olma*" aynı şey değildir.

"*Aciz halinde olma*" (İİK. mad. 178/I); "*şirketin (kooperatifin) muaccel borçlarının, ödeme araçlarındaki sürekli yoksunluk nedeniyle ödenememesi*"dir.[37]

Aciz halinde olan bir sermaye şirketi, kendi iradesiyle Ticaret Mahkemesi'ne başvurarak, doğrudan doğruya iflâs davası açarak "*iflâsına karar verilmesini*" talep edebilir (İİK. mad. 178/I).[38] Bu varsayımda, borçlu "*borca batık*" durumda olmadığı için, iflâsın ertelenmesini isteyemez. Ancak, borçlunun "*aciz sebebi*"ne dayalı iflâs talebinin incelenmesi sırasında, borçlunun "*borca batık*" durumda olduğu mahkemece saptanırsa, borçlu ya da davaya müdahale eden alacaklılar iflâsın ertelenmesini isteyebilirler...[39]

Yüksek Mahkeme[40] "*iflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için, şirketin 'borca batık durumda' olması gerektiğini, 'aciz halinde bulunma'nın, iflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için yeterli olmadığını*" ifade etmiştir...

"*Aciz hali*" ile "*borca batık olma*" arasındaki en önemli fark; birincisi ihtiyari (İİK. mad. 178/I), ikincisi ise zorunlu (İİK. mad. 179) "*iflâs sebebi*"dir...

Bazı durumlarda hem "*borca batıklık*" hem de "*aciz hali*" birlikte bulunabilir...

İflâsın ertelenmesinin ön şartı olan "*borca batıklığın*" hem talep hem de karar tarihinde mevcut olması gerekir.[41]

"*Borca batıklık bilançosu*"nda;[42] şirket malvarlığının satış değerleri gerçekci olarak saptanarak,[43] bu malvarlığının şirket borçlarını ödemeye yetişip yetişemeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Yüksek Mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

• "*Borca batıklık bildirimi üzerine düzenlenecek borca batıklık bilançosunun, anonim şirketin gerçek malvarlığı değerlerini yansıtması gerekece-*

Hatırasına Armağan, 1990, s:413) - KAYA, A. Borca Batık Anonim Şirketlerin İflâsının Ertelenmesi (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s:283, dipn. 17)

(37) PEKCANITEZ, H. agm. s:328 - ÖZEKES, M. agm. s:3261 - KAYA, A. agm. s:283, dipn. 17 - UMAR, B. «Aciz Hali - Borca Batıklık Kavramının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (Yeditepe Ünv. Huk. Fak. D. 2004, S:I/1, s:317 vd.) - ÖZTEK, S. İflasın Ertelenmesi, 2007, s:17, dipn. 20 – ERMENEK, İ. age. s:206

(38) Ayrıntılı bilgi için bknz: İİK. mad. 178 (UYAR, T. İİK. Şerhi, C:10, 2009, s: 15515 vd.)

(39) ALTAY, S. agm. s:631

(40) Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 569/2637

(41) Bknz: 19. HD. 15.3.2007 T. 1811/2570

(42) «Borca batıklık bilançosu» ile «iflâs bilançosu» ve «tasfiye açılış bilançosu» arasındaki farklar için bknz: ÖKTEM, S. İflâsın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu (İBD. 2006/6, s:2484 vd.) - ATALAY, O. age. s:29 vd.

(43) ATALAY, O. age. s:30 vd. - ÖKTEM, S. agm. s:2483 - ÖZTEK, S. age. s:43 vd. - KAYA, A. agm. s:284

ğini, bunun için tüm aktiflerin paraya çevrilme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilançoya geçirilmesi icap edeceğini, aktifler bu şekilde saptandıktan sonra borca batıklık durumunun tespit edilmesi, eğer şirket borca batık değilse iflâsın ertelenmesi talebinin reddedilmesi gerekeceğini,"[44]

• "*Borca batıklık bilançosu ile bildirilen aktif ve pasifin güncelleştirilerek borca batıklığın tesbit edilmesi gerekeceğini,"*[45]

• "*Taşınmazın, erteleme talebinde bulunulduktan sonra satıldığı bedelin, 'gerçek değeri' niteliğinde olması nedeniyle, şirketin aktif değerleri arasında yer alması gerekeceğini,"*[46]

• "Bir kısım alacaklıların 'iflâsı istenen şirketin borca batık durumda olmadığını' ileri sürerek bilirkişi raporuna itiraz etmeleri halinde, mahkemece bilirkişi kurulundan 'ek rapor' alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekeceğini,"[47]

• "Anonim şirketin aktiflerinin, borçlarını ödemeye yetmemesi'nin *'borca batıklık' olduğunu, sermayenin 2/3'nün karşılıksız kalmasının, şirketin borca batık durumda olduğunu göstermeyeceğini, anonim şirketin borca batık olup olmadığının 'ara bilanço'dan anlaşılabileceğini,"*[48]

• "*Şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığının 'borca batıklık bilançosu'na göre belirleneceğini ve borca batıklığın -bilirkişiden alınacak rapora göre- tesbit edilmemesi halinde, mahkemece 'iflâs ve iflâsın ertelenmesi talebinin reddine' karar verilmesi gerekeceğini,"*[49]

• "*Şüpheli alacağın neden kaynaklandığı, tahsil imkanının bulunup bulunmadığı, dolayısı ile şirketin borca batık durumda olup olmadığı' konusunda yeterli incelemeyi içermeyen bilirkişi raporuna dayanılarak iflâsın ertelenmesi konusunda karar verilemeyeceğini,"*[50]

• "*Şirketin (kooperatifin) 'borca batık olup olmadığı' konusunda, ibraz ettiği 'bilanço' ile yetinilmeyerek ayrıca bunun tesbiti için mahkemece mutlaka 'bilirkişi incelemesi' yaptırılması gerekeceğini,"*[51]

• "*Borçlunun iflâsın ertelenmesi talebinin mahkemece şirket muhasebesi konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılarak, şirketin aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının tesbitiyle, iflâsın ertelenmesi koşullarının oluşup oluşmadığı saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini*"[52] belirtmiştir.

---

(44) Bknz: 19. HD. 8.5.2008 T. 3874/4973; 20.3.2008 T. 9116/2681; 7.6.2007 T. 1715/5871; 15.12.2006 T. 10416/12557; 14.12.2006 T. 8920/12013 vb.

(45) Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 8369/12011

(46) Bknz: 19. HD. 23.11.2006 T. 7905/10985

(47) Bknz: 19. HD. 10.4.2008 T. 11235/3683; 1.6.2006 T. 4598/5871

(48) Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 2085/5161

(49) Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

(50) Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 10530/13441

(51) Bknz: 19. HD. 28.1.1999 T. 7440/232

(52) Bknz: 19. HD. 21.12.1998 T. 7776/9122

Mahkemece bilirkişi incelemesi yapılmadan "*borca batıklık halinin varlığı*" kabul edilerek "*iflâs*" ya da "*iflâsın ertelenmesine*" karar verilemez...[53] [54]

"*Şirketin borca batık olduğunu*" gösteren tek olgu bilanço değildir. Şirketin basit borçlarını ödeyememesi, birbirini takip eden haciz veya iflâs takiplerine maruz kalması, bonolarının protesto edilmesi, çeklerinin karşılıksız çıkması, çalışanlarının ücretlerini ödeyememesi, vergi ve sigorta borçlarını ödeyememesi de, bilanço yanında borca batıklık durumunu inanılır kılar...[55]

b- Erteleme talebi: Ticaret mahkemesince bir "sermaye şirketi"nin ya da "*kooperatif*"in iflâsına karar verilebilmesi için; "*şirket ya da kooperatifin yetkili organ tarafından şirketin borca batıklığının tesbit edildiğine ve bu durumun mahkemeye bildirilerek iflâsının talep edilmesine*" ilişkin bir karar alınıp,[56] bu kararın yine "*yetkili organ*" veya "*özel yetkili vekili*"[57] tarafından "*iflâs talebi ile birlikte iflâsın ertelenmesine karar verilmesi için*" Ticaret Mahkemesi'ne bildirilmesi gerekir.

Böyle bir talep olmadan, ticaret mahkemesi kendiliğinden "*iflâsın ertelenmesine*" karar veremez.[58/59] Çünkü, iflâsın ertelenmesi kurumu, kamu düzenine ilişkin olmayıp, tümüyle ihtiyari bir talep ve beyan niteliğini taşımaktadır.[60]

"*Sermaye şirketleri*" ile "*kooperatifler*"de, iflâsın ertelenmesini talep etmeye "*yetkili organ*" hangisidir? Bu husus, İİK. mad. 179/I, c:2'de "*idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kimseler; anonim şirketlerde; yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürler kurulu, kooperatiflerde yönetim kurulu, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yönetim kuruludur. Ayrıca belirtelim ki; "*şirketi idare ve temsil ile vazifelendirilmiş*" organın -"*borca batıklık halinde, bu durumu iflâs talebi ile birlikte ticaret mahkemesine bildirme zorunluluğu*"

---

(53) Bknz: 19. HD. 6.6.2008 T. 4622/2694; 21.2.2008 T. 7542/1462; 7.12.2006 T. 8204/11659

(54) Bknz: 19. HD. 28.9.2006 T. 7142/8968; HGK. 7.12.2005 T. 19/641/697

(55) DOMANİÇ, H. age. s:539

(56) Bknz: 19. HD. 10.10.2002 T. 2406/6550 - 16.11.2000 T. 7159/7841

(57) Bknz: 19. HD. 7.10.2003 T. 5886/9380

(58) ATALAY, O. agm. s:54 - ATALAY, O. age. s:77 - PEKCANITEZ, H. agm. s:335 - ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. İflâs ve iflâsın Ertelenmesi, 2006, s:81 - ALTAY, S. agm. s:630 - ÖZEKES, M. agm. s:3268 - SAYHAN, İ. Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelenmesi (BATİDER, 2005, C:XXIII, S:1, s:100) - ÖZTEK, S. age. s:41 - BERKİN, N. İflâs Hukuku, 1972, s:42 - KAYA, A. agm. s:286 - KURU, B. age. C:3, s:2809 - KURU, B. agm. s:626 vd. - PEKCANITEZ, H. age. s:49 - ÜSTÜNDAĞ, S. Türk Ticaret Kanununun 324'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler (Günümüzde Yargı D. 1980, s:18) - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. age. s:495 – BALCI, Ş. İflasın Ertelenmesi, Usul ve Esaslar, 2007, s:242 – ÇAVDAR, S./BİÇKİN, i. İflas ve İflasın Ertelenmesi, s:81 – DELİDUMAN, S. age. s:32

(59) Karş: DOMANİÇ, H. age. s:548

(60) ALTAY, S. age. s:630

bulunmasına rağmen- "*iflâsın ertelenmesini talep etme zorunluluğu*" yoktur.[61]

Bu belirtilen kişi ve kurullar dışında ayrıca, alacaklılar da (kamu alacaklıları,[62] şirketten, kar ve tasfiye bakiyesi alacağı olan ortaklar dahil),[63/64] sermaye şirketi ya da kooperatifin iflâsının ertelenmesini talep edebilir (İİK. mad. 179/I, c:2). "*Tahvil sahipleri*" de, '*alacaklı*' sıfatıyla, iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.[65]

Şirkette alacağı bulunan işçiler[66] ve alacağı rehinde temin edilmiş olan alacaklılar[67] da, iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.

Bu kişilerin dışında, pay sahipleri (ortaklar),[68/69] intifa hakkı sahipleri,[70] tasfiye memurları,[71/72] denetçiler,[73] yönetim kurulu üyelerinin biri veya birkaçı,[74] genel kurul[75] iflâsın ertelenmesini isteyemez...

Şirketin (ya da kooperatifin) bir vekil (avukat) tarafından iflâsının (ve iflâsın ertelenmesinin) talep edilebilmesi için, vekilin vekaletnamesinde bu konuda özel yetki bulunması zorunludur...[76]

Ayrıca belirtelim ki, bu maddeye göre gerçek kişiler iflâsın ertelenmesi talebinde bulunamazlar.[77]

İflâsın ertelenmesi talebi ne zaman yapılabilir? Yani "*iflâsın ertelenmesi talebinde bulunma süresi*" nedir? İİK. mad. 179'da bu konuda özel bir düzenleme yoktur. **Doktrinde**;[78] "*alacaklıların, mahkemece yapılacak ince-*

---

(61) PEKCANITEZ, H. agm. s:335 - PEKCANITEZ, H. age. s:50 - ATALAY, O. agm. s:55 - ATALAY, O. age. s:84 - TÜRK, A. Anonim Ortaklıklarda Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1999, s:332

(62) Bknz: 19. HD. 12.10.2000 T. 6118/6721

(63) ATALAY, O. age. s:83 - SAYHAN, İ. agm. s:86; 101 – ERMENEK, İ. age. s:174 vd.

(64) Karş: ÖZTEK, S. age. s:41

(65) ÖZTEK, S. age. s:40 - ATALAY, O. age. s:83 - SAYHAN, İ. Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi (BATİDER, C:XXIII, 2005/11, s:86) - FRANKO, N. agm. s:422

(66) ÖZTEK, S. age. s:42

(67) ÖZTEK, S. age. s:39

(68) ATALAY, O. age. s:80 - ÖZTEK, S. age. s:36 - KAYA, A. agm. s:286 - PEKCANITEZ, H. agm. s:335

(69) Karş: DOMANİÇ, H. age. s:548

(70) KAYA, A. agm. s:287, dipn. 37 - ATALAY, O. age. s:84 - FRANKO, N. agm. s:422

(71) ATALAY, O. age. s:82 - KURU, B. agm. s:634 - FRANKO, N. agm. s:420 - KAYA, A. agm. s:286 – ERMENEK, İ. age. s:176

(72) Karş: ÖZTEK, S. age. s:37 - PEKCANITEZ, H. agm. s:336

(73) ATALAY, O. age. s:80 - ÖZTEK, S. age. s:38

(74) KAYA, A. agm. s:286 - PEKCANITEZ, H. agm. s:335 - ÜSTÜNDAĞ, S. Türk Ticaret Kanununun 324. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler (Günümüzde Yargı, 1980/47, s:20)

(75) ÖZTEK, S. age. s:36 - ATALAY, O. age.s:80 - PEKCANITEZ, H. agm. s:335

(76) KURU, B. age. C:3, s:2791 - KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:2, s:13/3 - ATALAY, O. age. s:81

(77) Bknz: 19. HD. 6.7.2006 T. 5057/7363

(78) ÜSTÜNDAĞ S. agm. s:18 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, 2007, C:4, s:4616 - ATALAY, O. age. s:86 - ATALAY, O. agm. s:56 - ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. age. s:89 - ÖZEKES, M. agm. s:3268 - PEKCANITEZ, H. age. s:52 - PEKCANITEZ, H. agm. s:336-MUŞUL, T. age. s: 91

lemenin sonuna kadar, borçlunun da borca batıklık bildirimi ile iflâsın ertelenmesini isteyebileceği gibi, mahkemenin yapacağı incelemenin sonuna kadar da böyle bir talepte bulunabileceği" kabul edilmektedir.

İflâs davası kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, iflâsın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme davayı doğrudan doğruya (re'sen) yürütecek, davanın (talebin) geri alınması veya HUMK. mad. 409 uyarınca dosyanın işlemden kaldırılması (müracaata bırakılması) mümkün olmayacaktır...[79]

Doktrinde[80] "*borca batık durumda olan bir şirketin (kooperatifin) tek başına iflâsın ertelenmesini isteyemeyeceği, bu talebin iflâs talebiyle birlikte yapılması gerekeceği*" ifade edilmiş olmasına rağmen **Yüksek Mahkeme**[81] "*iflâsın ertelenmesinin istenmiş olması halinde, şirketin borca batık olduğu da mahkemeye bildirilmiş olacağından, iflâsın ertelenmesi talebinin doğru-dan doğruya iflâs talebini de içerdiğini*" belirtmiştir.[82]

Doktrinde[83/84] "bir şirketin (kooperatifin) borca batıklık dışındaki bir sebep-le, alacaklılarından biri tarafından açılan dava ile iflâsının talep edilmiş olması halinde, bu konuda bir karar verilmeden önce, borçlu şirketin (kooperatifin) '*borca batıklık bildirimi ile iflâsın ertelenmesini*' talep edebileceği" kabul edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, iflâsın ertelenmesi iki şekilde istenebilmektedir.[85] **Birinci olasılıkta**; borca batık durumda olan şirket ya da kooperatif yetkilisi mahkemeye başvurarak "*borca batık olduğunu*" bildirip, "*iflâsın ertelenmesine karar verilmesini*" ister. Bu talep "*hasımsız*" olarak yapılır. **İkinci olasılıkta** ise; bir alacaklı tarafından açılmış olan iflâs davasında, davalı-borçlu "*iflâsın ertelenmesine karar verilmesini*" isteyebilir...

Aralarında **organik bağ** bulunan, aynı guruba (holdinge) dahil birden fazla anonim şirket birlikte "*iflâsın ertelenmesi*" talebinde bulunabilirler.[86/87/88]

Yüksek Mahkeme[89] "*Bankalar Kanunu'ndaki özel düzenleme nedeniyle iflâsın ertelenmesi hükümlerinin bankalar hakkında uygulanmayacağını*"

---

(79) ALTAY, S. agm. s:629

(80) ATALAY, O. agm. s:52 - PEKCANITEZ, H. agm. s:329

(81) Bknz: 19. HD. 13.10.2005 T. 6649/1006; 30.10.2004 T. 1053/1344

(82) ÖZEKES, M. agm. s:3263 - ATALAY, O. age. s:76

(83) ATALAY, O. age. s:87 - ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:18, dipn. 4 - ÖZEKES, M. agm. s:3262 vd. - PEKCANITEZ, H. age. s:52 - KAYA, A. agm. 288

(84) Karş: BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi (Legal Huk. D. 2005/Temmuz, s:2444 vd.)

(85) ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. age. s:82

(86) ATALAY, O. age. s:119

(87) Bu konuda ayrıca bknz: ÖZTEK, S. age. s:94 vd. – ERMENEK, İ. age. s:172

(88) Bknz: 19. HD. 10.4.2008 T. 10702/3681; 6.4.2007 T. 2127/3464; 26.5.2005 T. 2808/5955

(89) Bknz: 19. HD. 17.11.1995 T. 7299/9852

kabul etmiş ve yüksek mahkemenin bu görüşü doktrin[90] tarafından da olumlu bulunmuştur.[91]

c- İyileştirme projesi: Borçlu "*sermaye şirketi*" ya da "*kooperatif*" adına "*iflâsın ertelenmesi*" talebinde bulunmuş olan kimsenin, mahkemeye "*hangi tedbirlere başvurularak, hangi sürede borca batık durumunun sona ereceği*" konusunda, "*ciddi ve inandırıcı bilgi ve belgelere dayalı*"[92] -İİK. 179/I, c:3'de "*iyileştirme projesi*" diye anılan- bir proje sunması gerekir.

Bu projede; "*işletme masraflarının kısıtlanacağı, personel indirimi yoluna gidileceği, kiralık kullanılan yerlerin azaltılacağı, işletmenin bazı bölümlerinin kapatılacağı, yeni pazarlar aranacağı, yeni üretim biçimleri araştırılacağı, sermayenin arttırılacağı, konkordato teklifinde bulunulacağı*"[93] somut verilere dayanılarak belirtilmeli, mahkemede "*alacakluların, iflâsın açılma-sına göre daha kötü duruma düşmeyecekleri*" ve "*şirketin bu tedbirlerle borca batıklıktan kurtulacağı*" konusunda olumlu bir kanaat oluşmasını sağlamaları gerekir.

Başka bir deyişle; iyileştirme projesi içinde, şirketin iyileşme ümidinin bulunduğu, somut şekilde ortaya konulmalıdır.

İyileştirme projesinde belirtilen tedbirlerin, şirketin mali durumunu iyileştirmeye elverişli olup olmadığının tesbiti özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, erteleme talebi üzerine mahkemece mutlaka bu yönde bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir...[94]

"*İflâsın ertelenmesi*"nin, borçlu sermaye şirketi ya da kooperatif tarafından istenmiş olması halinde iyileştirme projesinin şirket/kooperatif yetkililerince hazırlanması mümkün ise de, iflâsın ertelenmesinin bir alacaklı tarafından istenmesi halinde, böyle "*ciddi ve inandırıcı*" bir projeyi hazırlayıp mahkemeye sunması pek mümkün olmayacağından, bu durumda, mahkemenin böyle bir projeyi hazırlayıp sunması için, borçlu şirkete/kooperatife süre vermesi ve bunun yerine getirilmemesi halinde "*iflâsın ertelenmesi talebinin reddine*" karar vermesi gerekir...[95]

d- İflâsın ertelenmesi giderlerinin peşin olarak ödenmesi: İflâsın ertelenmesini istemiş olan borçlu şirket (ya da; kooperatif) veya alacaklının -İİK'nun 181. maddesinde 160. maddeye yapılan atıf nedeniyle- "*iflâsın ertelenmesi kararının ilanı (İİK. mad. 179/a/IV) (ve gerekli yerlere bildirimi)*",

---

(90) PEKCANITEZ, H. agm. s:334 - ÖZTEK, S. age. s:26, dipn. 19 - BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi Sürecinde Borçlu Hakkındaki Ceza Yarglamaları (Legal Huk. D. 2007/Ağustos, s:2552, dipn. 4)

(91) Karş.: MUŞUL, T. age. s: 14

(92) Bknz: 19. HD. 28.6.2007 T. 2159/6816; 21.6.2007 T. 2502/6485; 7.6.2007 T. 1716/5872 vd.

(93) PEKCANITEZ, H. agm. s:331 vd. - ÖZEKES, M. agm. s:3265 vd. - KAYA, A. agm. s:294 - ATALAY, O. Anonim Şir. İflâsı; 117 - DOMANİÇ, H. age. s:547 - KURU, B. Ser. Şir. İflâsı, s:627 - MUŞUL, T. age. s: 102 vd.

(94) Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5817/7757; 8.5.2008 T. 2266/4980; 29.11.2007 T. 8211/10676 vb.

(95) ATALAY, O. agm. s:58 - ATALAY, O. age. s:94 - ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:17 vd.

"*atanacak kayyım için belirlenecek ücretin bir kısmının karşılanması*" (İİK. mad. 179a/II), "*alınacak tedbirlerin, uygulanabilmesi*" (İİK. mad. 179a/I) için gerekli giderleri mahkeme veznesine depo etmesi gerekir.

Mahkemenin avans olarak belirleyeceği miktardaki giderlerin, tayin ettiği süre içinde yatırılmaması halinde, mahkemece iflâsın ertelenmesi talebi reddedilerek, "*borçlunun iflâsına*" karar verilir.

e- Fevkalade mühletten yararlanılmamış olması: İİK'nun 329 a maddesi uyarınca "*bir sermaye şirketi veya kooperatif, fevkalade mühlet elde ettiği taktirde, mühletin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve devamı maddeleri uyarınca iflâsın ertelenmesinden yararlanamazlar.*"

Doktrinde[96] "*bu yasal düzenlemenin iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşmadığı*" ileri sürülmüştür. Çünkü fevkalade mühlet; şirketin borca batık olup olmadığı ile ilgili bir husus olmayıp, Bankalar Kurulu kararının kapsamına giren borçlulara tanınan bir imkandır.

Fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bu mühletin bitiminden itibaren bir yıl içinde borca batık hale gelebilir, ancak mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunabilir. Böyle bir durumda, "*bu şirket ya da kooperatifin iflâsın ertelenmesi durumundan yararlanamayacağı*"nın ileri sürülmesinin, mantıklı bir açıklaması olamaz...

f- İflâsın ertelenmesi talebinin incelenmesi: İflâsın ertelenmesi talebinin "*basit yargılama usulüne*" göre (HUMK. mad. 507/176/9) inceleneceği konusunda, İİK. mad. 179'da açık bir hüküm yoksa da, **uygulamada** bu talep basit yargılama usulüne göre incelenmektedir.

Yetkili mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme (İİK. mad. 154/III, c:2),[97] görevli mahkeme ise Ticaret Mahkemesi'dir. Ticaret Mahkemesi bulunmayan yerlerde ise, değere bakılmaksızın, iflas yargılaması Asliye Hukuk Mahkemesi'nde yapılır...

İflâsın ertelenmesi talebi hasımsız olarak yapılır. Ancak mahkemece evrak üzerinde değil duruşma yapılarak incelenir. Bu talep mahkemece öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır (İİK. mad. 179/III, c:2)[98] ve mahkeme gerek görürse borçlu şirketin/kooperatifin idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir (İİK. mad. 179/III, c:1).

---

(96) PEKCANITEZ, H. agm. s:333 - ATALAY, O. age. s: 96 - ÖZEKES, M. agm. s:3267 - MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s: 113 – DELİDUMAN, S. age. s:48 - Karş: ERMENEK, İ. age. s:191 – TÜRK, A. agm. s:326

(97) Bknz: 19. HD. 21.2.2008 T. 11116/1471; 10.5.2007 T. 442/4741; 16.12.2004 T. 11503/12674

(98) Karş: ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. age. s:102 - TÜRK, A. agm. s:299 - BERKİN, N. Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflâsı (İst. İTİAD. 1974/2, s:161 vd.)

İflâsın ertelenmesi talebi, çekişmeli yargıya dahil bir dava değil çekişmesiz yargı işidir.[99/100]

İİK. mad. 179'da açık bir hüküm bulunmamakla beraber **Yüksek Mahkeme**[101/102] öteden beri "*şirket borçlarının muvazaalı olarak aktiften fazla olması sonucunu doğuracak kötüniyetli davranışların önüne geçmek ve anonim şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olmadığını, iyileştirme projesinin yetkili bulunmadığını kanıtlama olanağı vermek amacıyla*" iflâsın ertelenmesi talebinin İİK'nun 166/II. maddesinde öngörülen usulle ilanını istemekte ve bu ilan üzerine "*borca batıklık durumu ve iyileştirme projesine itiraz edenler varsa, bu itirazlarının değerlendirilip, erteleme koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılıp, varılacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesini*" istemektedir...

İflâs davalarında karar verilmeden önce davadan feragat mümkün ise de, "*iflâsın ertelenmesi talebi*"nin içinde, mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan, erteleme talebinden feragat edilse bile, şirket borca batık durumda ise (ve iyileşme ümidi de bulunmuyorsa), mahkemece "*şirketin iflâsına*" karar verilir...[103]

"*İflâsın ertelenmesi*" talebinde bulunmuş olan kimse daha sonra duruşmaya gelmemiş dahi olsa, mahkemece dosya işlemden kaldırılmamalı ve yargılamaya devam edilip gerekli karar verilmelidir.[104]

Bir şirket ya da kooperatif tarafından iflâsın ertelenmesi istendikten sonra, başka bir alacaklı tarafından iflâs davası açılmışsa veya bir alacaklı tarafından iflâs davası açıldıktan sonra şirket ya da kooperatif tarafından iflâsın ertelenmesinin istenmiş olması halinde de mahkemece "*iflâsın ertelenmesine*" karar verilebilir.

Yüksek Mahkeme[105] de; "*bir sermaye şirketinin alacaklılarından biri tara-fından açılmış iflâs davası görülürken, şirket tarafından mahkemeye başvurularak 'borca batıklık bildirimi ile birlikte iflâsın ertelenmesinin istenmesi halinde', alacaklı tarafından açılan iflâs davasının, iflâsın ertelenmesi konusundaki incelemenin sonucunu beklemesi gerektiğini*" belirtmiştir.

---

(99) PEKCANITEZ, H. agm. s:348, 356 - BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi, 2007, s:133 vd. - ÖZTEK, S. age. s:77 - TÜRK, A. age. s:306 - TÜRK, A. agm. s:299 - ALTAY, S. agm. s:630 - ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, 2000, s:32 vd.

(100) Karş: ATALAY, O. age. s:70 vd. - YILDIRIM, K. 4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflâs Kanununda Yer Alan İptâl Davalarına ve İflâsın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (Yeditepe Ünv. Huk. Fak. D. 2005, S:I/2, s:471, 483)

(101) Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 1472/5159; 13.10.2005 T. 6649/1006 vb.

(102) Bu uygulamanın eleştirisi için bknz: ÖZEKES, M. agm. s:3269 vd.

(103) Bknz: 19. HD. 15.3.2007 T. 94/2567; 16.12.2004 T. 11113/12672

(104) Bknz: 19. HD. 1.11.2001 T. 4679/6959

(105) Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 5463/13371

"*İflâsın ertelenmesi*" talebi üzerine mahkemece öncelikle "*iflâsın ertelenmesini talep etmiş olan şirket ya da kooperatifin gerçekten borca batık durumda olup olmadığı*" -ve iflâsın ertelenmesi talebinin ilanı üzerine müdahale ve itirazda bulunmuş olan alacaklıların "*hayali alacaklılar yaratılarak borca batıklığın sağlandığı yani pasifin aktiften fazla gösterildiği, erteleme koşullarının bulunmadığı*" konularındaki itirazları- hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceği gibi, bunun yanında ayrıca "*iflâsın ertelenmesini talep etmiş olan şirket ya da kooperatifin hazırlayarak mahkemeye sunmuş olduğu 'iyileştirme projesi'nde önerilen tedbirlerin yeterli olup olmadığı*" konusunda da bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir.

Yüksek Mahkeme[106] -isabetli olarak- "*kayyım olarak atanmış olan kişiden bilirkişi olarak yararlanılamayacağını (bilirkişi kurulunda yer alamayaca-ğını)*" belirtmiştir...

Uygulamada; "*iflâsın ertelenmesi*" talebinde bulunan şirket ya da kooperatifin yetkili kişileri, bu taleple birlikte ayrıca "*ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin de durdurulmasını*" istemekte, mahkemece oluşturulan "*tensip kararı*" ile, bu istem kabul edilerek,[107] -acele alınan- bilirkişi raporuna dayanılarak "*takiplerin durdurulmasına*" da karar verilmektedir.

Yaptırılan "*bilirkişi incelemesi*"nin sonucuna göre;

a) Borçlunun "*borca batık olmadığı*" tesbit edilirse mahkemece "*iflâs talebinin -ve iflâsın ertelenmesi talebinin- reddine*" karar verilir.[108]

b) Borçlunun "*borca batık olduğu*" tesbit edilir ancak mahkemeye "*iyileştirme projesi sunmadığı*"[109] veya "*sunduğu iyileştirme projesinde önerilen tedbirlerin borçlu şirket ya da kooperatifin iyileşmesi için yeterli olmadığı*"[110] sonucuna varılırsa, mahkemece "*iflâsın ertelenmesi talebinin reddine ve borçlunun iflâsına*" karar verilir.[111]

c) *"Borçlunun borca batık olduğu tesbit edilir ve iyileştirme projesinde önerilen tedbirlerin borçlu şirket ya da kooperatifin iyileştirmesi için yeterli olduğu*" sonucuna varılırsa, mahkemece "*iflâsın ertelenmesine*" karar verilir...[112]

Mahkemece verilen "*iflâsın ertelenmesi ile ilgili kararlar*" tebliğ tarihin-

---

(106) Bknz: 19. HD. 22.2.2007 T. 9189/1610; 14.12.2006 T. 7735/12005; 6.7.2006 T. 5800/7368

(107) Bknz: 19. HD. 22.6.2006 T. 11455/13571

(108) Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

(109) Bknz: 19. HD. 15.2.2007 T. 10477/1321; 15.6.2006 T. 4960

(110) Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284; 29.5.2008 T. 4272/5875

(111) Bknz: 19. HD. 15.5.2008 T. 2796/5382

(112) Bknz: 19. HD. 7.2.2008 T. 8360/873; 29.11.2007 T. 6424/10719; 12.7.2007 T. 5185/7442; 8.3.2007 T. 9070/2188; 1.3.2007 T. 9801/1916 vb.

den itibaren on gün içinde temyiz edilebilir (İİK. mad. 164).[113/114] Temyiz üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesince verilen kararlara karşı da on gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir.[115]

Temyiz ve karar düzeltme süreleri Adli Tatil'de de işler.[116]

C- ERTELEME TEDBİRLERİ (İİK. mad. 179a)

"*İflâsın ertelenmesi kararı*" ile birlikte "*mahkemece alınabilecek tedbirler*" ve "*iflâsın ertelenmesi kararının ilanı*" İİK. mad. 179a'da düzenlenmiştir.

a) İflâsın ertelenmesi kararının ilanı: İflâsın ertelenmesi kararının hüküm fıkrası -İİK'nun 166. maddesinin ikinci fıkrasındaki usulle- mahkemece ilan edilir ve gerekli bildirimler yapılır (İİK. mad. 179a/IV).

İflâsın ertelenmesi kararı -İİK. mad. 166/II. c:2 uyarınca- ilan edilirken ayrıca -İİK. mad. 166/II, c:1 uyarınca- tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliği'ne, mahalli Ticaret Odalarına, Sanayi Odalarına, Menkul Kıymetler Borsalarına, Sermaye Piyasası Kurulu'na ve diğer ilgili yerlere bildirilir.[117]

b) Kayyım atanması: "*İflâsın ertelenmesine*" karar veren mahkeme, bu kararla birlikte -bir veya birden fazla[118] - kayyım atanmasına karar verebilir.

Doktrinde[119] "*tüzel kişilerin de kayyım olarak atanabileceği*" kabul edilmektedir.

Yüksek Mahkeme;

• "Yargılama sırasında 'bilirkişi' olarak görevlendirilmiş olan kişinin, daha sonra '*kayyım*' *olarak atanamayacağını*"[120]

• "Davacının gösterdiği kişinin '*kayyım*' olarak atanmasının doğru olmadığını, '*kayyım*'ın bu işlerden anlayan kişiler arasından mahkemece doğrudan doğruya atanması gerekeceğini"[121] belirtmiştir.

---

(113) Bknz: 19. HD. 6.6.2008 T. 4566/6283; 6.4.2007 T. 2127/3464; 15.12.2005 T. 10187/12550; 27.10.2005 T. 7796/10713 vb. - 6.7.2006 T. 5834/7370

(114) «İflasın ertelenmesi» kararının temyiz edilebilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bknz: MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s: 154 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1055 vd. - ÖZEKES, M. agm. s: 3253 vd.; 3274 vd.- KAYA, A. agm. s: 302 vd. – ERMENEK, İ. age. s:259 vd.

(115) Bknz: 19. HD. 28.9.2006 T. 7142/8968

(116) Bknz: 19. HD. 23.11.2006 T. 9079/10992

(117) Bu hükmün kabul ediliş nedeni için bknz: "4949 s. Kanuna Ait Hükümet Gerekçesi" (UYAR, T. İİK. Şerhi, C:10, 2009, s:15687)

(118) ÖZEKES, M. agm. s:3278 - ATALAY, O. age. s:139 - MUŞUL, T. İflâsın Ertelenmesi, 2008, s:147 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1053 – DELİDUMAN, S. age. s:68

(119) ATALAY, O. agm. s:76 - ATALAY, O. age. s:139 - ÖZTEK, S. age. s:133 - TÜRK, A. agm. s:355 - MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s:146 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1053 – DELİDUMAN, S. age. s:68

(120) Bknz: 19. HD. 7.6.2007 T. 1716/5872

(121) Bknz: 19. HD. 14.12.2001 T. 6168/8384

Mahkeme, "*iflâsın ertelenmesi kararı*"nda, kayyımın görev ve yetkilerini ayrıntılı olarak göstermek zorundadır (İİK. mad. 179a/III).

Mahkeme kayyımı atarken olduğu gibi, görevden alırken ya da yetkilerini kısıtlar veya arttırırken tam takdir yetkisine sahiptir.

Mahkeme kayyım atarken, "*şirket yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılabilir*" (İİK. mad. 179a/II, c:2).[122]

Kayyımın hukuki durumu konkordato komiserine (İİK. mad. 287/II) benzer. Ancak, konkordato komiserinden farklı olarak icra mahkemesinin değil, kendisini atayan ticaret mahkemesinin denetimine tabidir. Bu nedenle de, kayyımın karar ve işlemlerine karşı şikayet onu atayan Ticaret Mahkemesi'ne yapılır.[123]

Kayyımı atayan ticaret mahkemesi, kayyımın ücretini de belirler.

c) Diğer muhafaza tedbirleri: İflâsın ertelenmesine karar veren ticaret mahkemesi "*şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunması için*" gerekli gördüğü İİK. mad. 179a'da öngörülmemiş olan başka tedbirlerin de alınmasına karar verebilir. Örneğin; borçlu şirketin taşınmazlarının devredilmemesi ya da taşınmazlar üzerinde yeni yükümlülükler kurulmaması için tapuya şerh konulmasına karar verebilir (MK. mad. 920, 1010).[124/125] Keza, iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararla birlikte borçlunun mallarının defterinin tutulmasına karar verebilir (hatta, vermelidir).[126]

"*Diğer muhafaza tedbirleri*" alarak, "*şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulup durdurulamayacağı*"da tartışma konusu olmuştur. Bu konuda genel olarak "*mahkemenin, kayyımın da görüşünü alarak, ancak sürekli zarar etmekte olan ve şirket malvarlığını gittikçe azaltan, alacakluların menfaatlerini tehlikeye sokan işletmeleri kapatabilmesinin isabetli olacağı*" kabul edilmektedir...[127]

---

(122) Ayrıntılı bilgi için bknz: ERMENEK, İ. age. s:274 vd. – DELİDUMAN, S. age. s:87 vd.

(123) ATALAY, O. age. s:141 - ATALAY, O. agm. s:77 - ÖZEKES, M. agm. s:3278

(124) ATALAY, O. age. s:147 - ATALAY, O. agm. s:82 - KURU, B. age. C:3, s:2815 - KAYA, A. agm. s:298 - ALTAY, S. Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 2005, C:2, s:1387 - TÜRK, A. agm. s:358 - ÖZTEK, S. age. s:143

(125) Karş: MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s:138 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1053

(126) KURU, B. agm. s:630 – PEKCANITEZ, H. age. s:56 – ERMENEK, İ. age. s:271 – DELİDUMAN, S. age. s:61 vd.

(127) ATALAY, O. agm. s:83 - ATALAY, O. age. s:149 – FRANKO, N. agm. s:429 – PEKCANITEZ, H. agm. s:351 – ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:20 – TÜRK, A. agm. s:353 – SAYHAN, İ. agm. s:107 – ERMENEK, İ. age. s:249 – DELİDUMAN, S. age. s:74 vd.

D- ERTELEME KARARININ ETKİLERİ (İİK. mad. 179b)

Erteleme kararının "*süresi*", "*etkileri*" ve "*kaldırılması*" İİK. mad. 179b'-de düzenlenmiştir.

a) İflâsın ertelenmesi süresi: "*İflâsın ertelenmesi talebi*"ni yerinde bulan Mahkemenin, kararında "*iflâsın hangi süre için ertelendiğini*" belirtmesi gerekir. Bu süre kanunda "*en fazla bir yıl*" olarak öngörülmüş olduğundan (İİK. mad. 179b/IV, c:1) mahkeme bu süreyi kararda "*üç ay, altı ay*" olarak belirleyebilir. Bu suretle mahkeme, atayacağı, kayyımın kısa sürelerde rapor vermesini öngörerek, bu verdiği süre içinde de şirketin (kooperatifin) durumunu kontrol ederek, bu süre içinde veya sonunda, şirketin (kooperatifin) durumu iyileşmişse, erteleme kararına son verebilir...[128]

Yüksek Mahkeme[129] "*İİK. mad. 179b/IV. hükmüne rağmen, 'iki yıl süreyle iflâsın ertelenmesine karar verilemeyeceğini*" belirtmiştir.

Mahkemenin tayin ettiği bu -üç aylık, altı aylık ya da bir yıllık- süre, kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak, mahkemece "*uygun görülecek süreler ile*" uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez (İİK. mad. 179a/IV, c:2)[130]

Erteleme süresi sona erince mahkeme hem kayyımın verdiği raporu dikkate alarak hem de ayrıca -"*erteleme koşullarının bulunup bulunmadığı*" konusunda-[131] bilirkişi incelemesi yaptırıp, bilirkişinin vereceği rapor çerçevesinde[132] "*erteleme süresinin uzatılıp uzatılmayacağını*" değerlendirerek ya "*erteleme süresinin uzatılmasına*"[133] veya "*erteleme süresinin kaldırılmasına*" karar verir. Birinci olasılıkta mahkeme, erteleme süresini uygulanacak tedbirlere göre, belirli aralıklarla uzatabilir. Ancak, bu süre "*en fazla dört yıl daha*" uzatılabilir.[134]

Ayrıca belirtelim ki, mahkemece "*erteleme süresinin uzatılmasına*" karar verilebilmesi için, "*iflâsın ertelenmesi kararı*"nın şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekir.[135]

Mahkeme, tayin ettiği erteleme süresi içinde, şirketin (kooperatifin) durumunun iyileşemeyeceğini saptarsa, erteleme süresinin sonunu beklemeden "*erteleme kararının kaldırılmasına*" karar verebilir...

---

(128) PEKCANITEZ, H. agm. s:346

(129) Bknz: 19.HD. 22.12.2005 T. 9419/12879

(130) Bknz: 19. HD. 16.7.2007 T. 6521/7481; 17.11.2005 T. 8275/11316

(131) Çünkü, iflâsın ertelenmesi talebinin kabulü için, İİK. mad. 179'da öngörülen koşullar, "erteleme süresinin uzatılması" talebinin kabulü içinde aynen aranır. Bknz: 19. HD. 5.7.2007 T. 2983/7061; 28.6.2007 T. 2797/6824

(132) Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 8548/12012

(133) Bknz: 19. HD. 8.5.2008 T. E.2506/4981

(134) Bknz: 19. HD. 16.7.2007 T. 6521/7481; 17.11.2005 T. 8275/11316

(135) Bknz: 19. HD. 27.1.2006 T. 11486/590; 15.12.2005 T. 8068/12544; 15.12.2005 T. 10303/12552

b) İflâsın ertelenmesi kararının etkileri: İflâsın ertelenmesi kararının bir kısım etkileri kanunda açıkça düzenlenmişken bir kısım etkileri konusuda belirtilmeyip doktrin tarafından öngörülmüştür.

aa- Takiplerin durması ve yeni takip yasağı: İflâsın ertelenmesi kararı-nın en önemli etkisi; "*hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilen şirket ya da kooperatife karşı yeni takip yapılamaması ve daha önce başlamış olan takiplerin durması*"dır.

Bu husus kanunda "*iflâsın ertelenmesi kararı üzerine, borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış olan takiplerin duracağı*" şeklinde belirtilmiştir (İİK. mad. 179b/I, c:1).

Burada öngörülen "*takip yasağı*"nın kapsamına; bütün icra takip işlemleri girer. Örneğin, borçlu hakkında "*ödeme emri*" gönderilemez, "haciz», "*muhafaza altına alınma*", "*satış*" işlemleri yapılamaz. Hatta, bir "*icra takip işlemi*" sayılamamasına rağmen borçlu hakkında "*takip talebi*"nde de bulunulamaması[136/137] "*ihtiyati haciz kararı*" verilememesi gerekir...[138]

İflasın ertelenmesi süresi içinde, borçluya karşı iflas takibi de yapılamaz...[139]

Yüksek Mahkeme;

• "*İflâsın ertelenmesine karar verilen ve malvarlığının korunması için gerekli tedbirler kapsamında yönetimine kayyım atanan şirketin iflâsının ertelendiği döneme ilişkin prim borcu nedeniyle yürütülen takip dosyasından tebliğ edilen ödeme emrinin iptâli gerekeceğini,*"[140]

• "*Takip dosyasının, yetkisi alacaklı tarafça da kabul edilen icradairesine -takibin yapıldığı icra dairesince- gönderilmesinin 'icra takibi işlemi' olması nedeniyle gönderme işlemi yapılamayacağı gibi, yetkili icra dairesince de borçluya ödeme emri gönderilemeyeceğini,*"[141]

• "*İflâsın ertelenmesi' kararına rağmen borçlu hakkında icra takibinde bulunmuş olan alacaklının bu takile ilgili olarak yapacağı 'haciz talebi'nin reddine karar verilmesi gerekeceğini,*"[142]

---

(136) TÜRK, A. agm. s:315 – ERMENEK, İ. age. s:343 - MUŞUL, T. İflâsın Ertelenmesi, s: 179 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1064 vd.

(137) Karş: ATALAY, O. Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2007, s:152 - ÖZTEK, S. age. s:102 (Bu görüşe göre; "takip talebi"nde bulunulması icra takip işlemi niteliğinde olmadığından, "iflâsın ertelenmesi" kararından sonra, borçlu hakkında "takip talebi"nde bulunulabilir, icra dosyası açılabilir ancak borçluya "ödeme emri" (ve "icra emri") gönderilemez...)

(138) Karş: 19. HD. 25.5.2006 T. 4022/5558

(139) ATALAY, O. age. s:158 – DELİDUMAN, S. age. s:103

(140) Bknz: 10. HD. 3.4.2007 T. 3867/5176

(141) Bknz: 12. HD. 29.1.2007 T. 24116/1321

(142) Bknz: 12. HD. 18.7.2006 T. 13103/15927

• "*Kefalet'in sonuç doğurabilmesi için daha sonra "**asıl borçlu**" hakkında yapılmış olan takibin kesinleşmiş olması gerekeceğinden, asıl borçlu hakkında iflâsın ertelenmesine karar verilmiş olması halinde, borçlu hakkındaki takip kesinleşemeyeceğinden, ihtiyati haciz sırasında borçluya kefil olmuş olan üçüncü kişiye ödeme emri gönderilemeyeceğini,*"[143]

• "*İflâsın ertelenmesine' karar verildikten sonra, mahkemeden 'ihtiyati haciz kararı' alınarak borçlu hakkında icra takibinde bulunulamayacağını*"[144] belirtmiştir.

"*Takiplerin durması ve yeni takip yasağı*" konusunda, kanunda iki istisna kabul edilmiştir. Birinci istisna bazı rehinli alacaklar ile ilgilidir. Gerçekten kanunda "*erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği ya da başlamış olan takiplere devam edilebileceği*" öngörülmüştür (İİK. mad. 179b/II, c:1).

Ancak, belirtilen rehinli alacaklar için öngörülen "*takip yapabilme olanağı*" -hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilen- borçlunun malvarlığının korunması amacıyla kısıtlanmış ve ertelenme süresi içinde yapılacak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte "*rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınamayacağı rehinli malların satışının yapılamayacağı*" kabul edilmiştir (İİK. mad. 179b/II, c:1).

Yüksek Mahkeme "*İİK. 179b/II hükmüne rağmen, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılmış olan takiplerin tamamen durdurulmasına karar verilemeyeceğini*" isabetli şekilde belirtmiştir.[145]

Bazı rehinli alacaklarla ilgili -yukarıda açıklanan- takipler hakkında kanunda yer alan diğer bir (yeni) hüküm ile "*borçlunun, erteleme süresince işleyecek olup, mevcut rehinle karşılanamayacak olan faizler için teminat göstermek zorunda olduğu*" belirtilmiştir.[146] Böylece, borçlunun, rehinli alacaklının alacağının faizinin, rehinli malın satışından karşılanamaması halinde, satışın durması için teminat göstememesi halinde, alacaklı tarafından rehinli malın satışı istenebilecektir...

Bu yeni düzenleme "*hem iflâsın ertelenmesi kurumuna hem de eşitlik ilkesine aykırı olduğu*" belirtilerek **doktrinde**[147/148] eleştirilmiştir.

---

(143) Bknz: 12. HD. 24.10.2005 T. 16871/20620

(144) Bknz: 12. HD. 29.4.2005 T. 5937/9227

(145) Bknz: 19. HD. 25.5.2006 T. 3624/5553; 8.7.2004 T. 3011/8154

(146) Ayrıntılı bilgi için bknz: DELİDUMAN, S. age. s:132 vd.

(147) ATALAY, O. age. s:161 dipn. 601 - PEKCANITEZ, H. agm. s:343 - ERDÖNMEZ, G. İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Amme Alacaklarının Tahsiline Etkisi (Tür. Bar. Bir. D. 2005, S:57, s:148) - TÜRK, A. agm. s:320 - SAYHAN, İ. Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelenmesi (BATİDER, 2005, C:XXIII, S:1, s:117)

(148) Ayrıca belirtelim ki; Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi -15.12.2003 T. E:2002/176, K:2003/189 -"bu hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğu" gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürüp, iptâli için

İkinci istisna, İİK'nun 206. maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklarla ilgilidir: "*206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yolu ile takip yapılabilir*" (İİK. mad. 179b/III).[149] Bu tür -"*işçi*" ve "*nafaka*"- alacakları için haciz ve satış yapılabilecektir.

Hemen belirtelim ki, 206. maddenin birinci sırasının (A) bendinde işçi ücretleri için öngörülen "İflâsın açılmasından önceki bir yıl" ifadesini, burada "*iflâsın ertelenmesi kararından önceki bir yıl*" şeklinde anlamak gerekir.[150]

Bu hüküm de **doktrinde**[151] "*iflâsın ertelenmesi kurumunun amacına aykırı olduğu ve alacaklılar arasındaki eşitliği bozduğu*" gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Belirtilen ikinci istisna kapsamında yer alan alacaklar için iflâs yoluyla takip yapılamaz...

Kanunda sadece "*erteleme süresi içinde takip açılamayacağı*"ndan söz edildiğinden (İİK. mad. 179b/I, c:1), erteleme süresi içinde, borçluya karşı -iflâs davası hariç- dava açılabilir veya açılmış davalara devam edilebilir. Ancak, bu davalar sonunda alınacak ilamlar takibe konulamaz.

Erteleme süreci içinde itirazın iptâli davası açılabilir mi? **Kanımızca**, itirazın iptâli davası açılması "*icra takip işlemi*" sayılamayacağından, erteleme süreci içinde itirazın iptâli davası açılabilmeli ancak dava sonucunda alınacak ilam icraya konulamamalıdır.[152/153] **Yüksek Mahkeme**[154] bu konu ile ilgili olarak; "*erteleme süreci içinde açılan itirazın iptâli davasında karar verilemeyeceğini, erteleme kararının sonucuna kadar beklenmesi gerekeceğini*" belirtmiştir...

"*Takip yasağı*" sadece hakkında erteleme kararı verilmiş olan borçlu için geçerli olup, müşterek borçlu ve müteselsil kefiller için böyle bir yasak söz konusu değildir **Yüksek Mahkeme**,[155] bu konuyla ilgili olarak;

Anayasa Mahkemesine başvurmuşsa da, Anayasa Mahkemesi bu istemi yerinde bulmamıştır. Bknz: Anayasa Mah. K. 17.4.2007 T. 109/51

(149) Bknz: 19. HD. 3.4.2007 T. 3657/6363; 21.12.2006 T. 19455/24452; 17.3.2005 T. 1032/2788 - 12. HD. 3.6.2008 T. 8796/11430

(150) TÜRK, A. agm. s:322 - Aynı doğrultuda; 12. HD. 26.5.2008 T. 8199/10617

(151) ATALAY, O. agm. s:85 - ATALAY, O. age. s:160 - ERDÖNMEZ, G. İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Amme Alacaklarının Tahsiline Etkileri (Tür. Bar. Bir. D. 2005/Mart-Nisan, S:157, s:148) - TÜRK, A. agm. s:322 - SAYHAN, İ. agm. s:117

(152) Aynı görüşte: PEKCANITEZ, H. agm. s:344-ATALAY, O. age. s:152-DELİDUMAN, S. age. s:94 vd.

(153) Karş: ÖZTEK, S. age. s:104 - MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s:171 – MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1062

(154) Bknz: 19. HD. 25.1.2006 T. 5096/408; 12.4.2005 T. 9829/3987

(155) TÜRK, A. agm. s:316 - ATALAY, O. age. s:157 - PEKCANITEZ, H. agm. s:353 - BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi (Usul ve Esaslar), 2007, s:305 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, 2007, C:4, s: 4696

• "*Mahkemece verilen 'iflâsın ertelenmesi' kararı -ve borçlu tarafından yapılan iflâsın ertelenmesi talebi- kefiller ve (müteselsil kefiller) hakkında geçerli olmayacağından, mahkeme tarafından "tedbir kararının kefiller hakkında da uygulanmasına" şeklinde karar verilemeyeceğini,*"[156]

• "*Mahkemece, iflâsın ertelenmesi talebi üzerine şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan 'kefil' ve 'ipotekli taşınmaz malikleri'nin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilemeyeceğini,*"[157] belirtmiştir.

Erteleme kararından önce başlamış olan takipler erteleme kararı ile duracağından (İİK. mad. 179b/I, c:1) mahkemece, "bu takipler nedeniyle daha önce konulmuş olan hacizlerin kaldırılmasına" karar verilemez.[158/159] **Yüksek Mahkeme**, bu konuya ilişkin içtihatlarında;

• "*Tedbir kararından sonra borçlu şirkete ait araçlarla ilgili olarak verilmiş olan 'haciz' ve 'muhafaza işlemleri'nin kaldırılması gerekeceğini,*"[160]

• "*Hacizlerin kaldırılması' ve 'tedbir kararı gereğince takiplerin durdurulması' yönündeki isteklerin, İİK'nun 79/II. maddesi kapsamında kabul edilemeyeceği, bu konuda karar verilmesinin asıl icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine ait görev olduğunu,*"[161]

• "*Mahkemece 'erteleme kararı' ile birlikte '...hacizlerin de kaldırılmasına' karar verilemeyeceği, çünkü 'takiplerin durması'nın (İİK. 179b/I), 'takibin bulunduğu aşamada kalması'nı ifade edip, 'hacizlerin de kaldırılmasını' gerektirmeyeceğini,*"[162]

• "*İflâsın ertelenmesi talebini kabul eden mahkemenin, erteleme kararı ile birlikte 'hacizlerin kaldırılmasına ve ipotekli takiplerin tamamen durdurulmasına' karar veremeyeceğini,*"[163] belirtmiştir.

İflâsın ertelenmesi kararından önce, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilerek (İİK. mad. 89), borçlu şirketin (kooperatifin), üçüncü kişilerdeki müstakbel alacaklarının haczine karar verilmişse, müstakbel alacak olarak haczedilen ve iflâsın ertelenmesi süreci içinde doğacak olan üçüncü kişilerdeki alacakların konusu olan paraların borçlu şirkete (kooperatife) değil haciz ihbarnamesini göndermiş olan icra dairesine ödenmesi gerekir.[164/165/166]

---

(156) Bknz: 19. HD. 22.12.2005 T. 9419/12879; 17.3.2005 T: 11750/2789

(157) Bknz: 19. HD. 7.4.2005 T. 2033/3760

(158) ÖZTEK, S. age. s:94 - ATALAY, O. age. s:153 - PEKCANITEZ, H. agm. s:345 - MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s: 181 - MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, s:1067 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. age. S:439

(159) Karş. ERMENEK, İ. age. s:285 – DELİDUMAN, S. age. s:78 vd.

(160) Bknz: 12. HD. 7.12.2007 T. 20295/23148

(161) Bknz: 12. HD. 11.12.2006 T. 20321/23491

(162) Bknz: 19. HD. 22.12.2005 T.10645/12885; 17.3.2005 T.10326/2788; 30.12.2004 T. 7170/13440

(163) Bknz: 19. HD. 8.7.2004 T. 3011/8154; 25.12.2003 T. 10898/13284

(164) ÖZTEK, S. age. s:100 - ATALAY, O. agm. s:155

(165) Karş: MUŞUL, T. İflasın Ertelenmesi, s:183

(166) Bu konuda ayrıca bknz: DELİDUMAN, S. age. s:147 vd.

"*İflâsın ertelenmesi*" talebi üzerine, mahkemece üçüncü kişilerin maddi hukuka dayalı haklarını etkileyecek biçimde "*tedbir kararı*" verilmemesi gerekir. **Yüksek Mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

• "*İflâsın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece, üçüncü kişilerin maddi hukuka dayalı haklarını etkileyecek biçimde 'takas, mahsup, hapis hakkı, protesto, temlik gibi hukuki işlem ve def'ilerin durdurulmasına' şeklinde takdir kararı verilemeyeceğini,*"[167]

• "*İflâsın ertelenmesi*' halinde mahkemece 'sözleşmenin feshinin ihtiyati *tedbir yoluyla engellenmesine' şeklinde -üçüncü kişilerin de hukukuna etkili olacak biçimde- karar verilemeyeceğini,*"[168]

• "*İflâsın ertelenmesi' talebi üzerine, mahkemece, verilen 'davacı şirketin keşideci ve cironta olduğu kambiyo senetlerinin ödenmesinin tedbiren durdurulmasına' dair kararın, üçüncü kişilerin ödeme yapmasını durduracak nitelikte olduğundan yasaya aykırı sayılacağını,*"[169]

• "*İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemece 'üçüncü kişilere birinci haciz ihbarnamesi gönderilmemesi' -ve 'takas', 'mahsup', 'temlik' yapılmaması- konusunda tedbir kararı verilemeyeceğini,*"[170]

• "*İflâsın ertelenmesi' talebi/kararı üzerine mahkemece 'borçlu şirkete-/kooperatife ait çeklerin arkasına 'karşılıksızdır şerhinin yazılmamasına' ve 'bonoların protesto edilmemesine' tedbiren karar verilemeyeceğini,*"[171]

• "*Erteleme talebinde bulunan şirketin lehtar olduğu teminat mektupları yönünden muhatap ve teminat mektuplarını veren bankanın hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbir kararı verilemeyeceğini,*"[172]

• "*İflâsın ertelenmesi' talebinin yerinde bulunması halinde, mahkemece 'rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılmasına' şeklinde -maddi hukuk alanında sonuçlar doğuracak- tedbir kararı verilemeyeceğini,*"[173] belirtmiştir.

"*Takip yasağı*"na rağmen, erteleme kararından sonra borçlu hakkında takip yapılırsa, "*süresiz şikayet yoluyla*" (İİK. mad. 16/II) yapılmış olan bu takibin "*iptâli*" sağlanabilir.[174] **Yüksek Mahkeme**, bu konuda;

• "*İflâsın ertelenmesi' talebi üzerine mahkemece verilen tedbir kararına rağmen yapılan 'takiplerin iptâline' karar verilmesi gerekirse de, borçlu tarafından 'yapılmış olan takibin durdurulması'nın talep edilmiş olması*

---

(167) Bknz: 19. HD. 10.4.2008 T. 240/3742; 28.6.2007 T. 2159/6816; 6.7.2006 T. 5226/7364; 4.5.2006 T. 2288/4946 vb.

(168) Bknz: 19. HD. 7.6.2007 T. 1716/5872

(169) Bknz: 19. HD. 12.4.2007 T. 261/3707

(170) Bknz: 19. HD. 12.4.2007 T. 331/3708

(171) Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 9054/12016

(172) Bknz: 19. HD. 7.12.2006 T. 8063/11674; 2.2.2006 T. 10903/845

(173) Bknz: 19. HD. 8.6.2006 T. 4390/6210; 10.3.2005 T. 11763/2432

(174) PEKCANITEZ, H. agm. s:345 - TÜRK, A. agm. s:317 - ATALAY, O. age. s:152

halinde, mahkemece bu taleple bağlı kalınarak karar verilmesi gerekeceği,"[175]

• "*Ticaret Mahkemesince, takipten sonra 'yeni hüküm verilinceye kadar, daha önce verilen iflâsın ertelenmesi kararının uzatılmasına' karar verilmiş olması halinde, icra mahkemesince 'yapılmış olan takibin iptâline' değil 'takibin durdurulmasına' karar verilmesi gerekeceğini,"*[176]

• "*İflâsın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış olan takipler de duracağından, iflâsın ertelenmesi kararından sonra borçlu hakkında yapılmış olan 'takibin durdurulmasına' değil, 'takibin iptâline' karar verilmesi gerekeceğini,"*177

• *"Erteleme kararı'ndan sonra, hakkında yapılan takibe itiraz ederek, takibi durduran borçlunun aynı takibin iptâlini 'şikayet' yolu ile de isteyebileceğini,"*[178] belirtmiştir.

"*Takip yasağı*", '*erteleme kararının ilanı*'ndan değil, '*kararın verildiği tarih*'ten -uygulamada ise; bu konuda çok kez şirket ya da kooperatif yetkililerine mahkemeye müracaat sırasında '*ihtiyati tedbir*' talep edildiğinden, takip yasağı, mahkemece verilen 'ihtiyati tedbir kararı'ndan- itibaren yürürlüğe girer...

Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca şu hususu da belirtelim ki; "*iflâsın ertelenmesi*" talebi üzerine mahkemece, iflâsın ertelenmesi yargılaması devam ederken -yani, henüz "*iflâsın ertelenmesine*" karar verilmeden- iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan şirket yetkilisinin talebi çerçevesinde "*borçlu şirket hakkında başlamış olan icra takiplerinin durdurulması ve yeni takip yapılmaması*" konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmektedir. Bu uygulama **Yargıtay**[179] tarafından uygun bulunduğu gibi **doktrin**[180] tarafından da olumlu karşılanmıştır. **Doktrinde**,[181] "*bir takip işlemi olan İİK. mad. 89'a göre üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi işleminin de yasak kapsamında olduğu, bu nedenle mahkemece takiplerin durdurulması konusunda tedbir kararı verilmiş olması halinde, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmemesi gerekeceği, icra dairesinin aksi doğrultudaki işlemlerin -süresiz- şikayet konusu olabileceği*" belirtilmiş

---

(175) Bknz: 12. HD. 1.12.2007 T. 21028/23320

(176) Bknz: 12. HD. 24.5.2007 T. 7804/10810

(177) Bknz: 12. HD. 15.5.2008 T. 7678/10315; 18.3.2008 T. 2635/5257; 25.4.2007 T. 5859/8160; 1.12.2006 T. 19527/22689; 28.5.2004 T. 13661

(178) Bknz: 12. HD. 6.3.2007 T. 1149/4127

(179) Bknz: 19. HD. 31.3.2005 T. 338/3430 (Naklen; ÖZTEK, S. age. s:91)

(180) DELİDUMAN, S. İflâsın Ertelenmesi Davalarında İİK. 89. Maddenin Uygulama Biçimi Üzerine Düşünceler (İBD. 2007/6, s:2607) - ÖZTEK, S. age. s:91 - PEKCANITEZ, H. agm. s:336 - ALTAY, S. İflâs Hukuku, C.1, 2004, s:494 - ATALAY, O. age. s:149

(181) DELİDUMAN, S. agm. s:2608

olmasına rağmen **Yüksek Mahkeme**[182/183] aksi doğrultuda içtihatta bulunmuştur...

bb- Zaman aşımı ve hak düşürücü sürelere etkisi: "*İflâsın ertelenmesine*" karar verilmesiyle "*bir takip işlemi (muamelesi) ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemesi durur*" (İİK. mad. 179b/I, son cümle).

Bu düzenleme, iflâsın ertelenmesi kararının amacına uygun bir düzenlemedir.

Hemen belirtelim ki, bu kural iflâsın ertelenmesi kararından etkilenmeyen "*rehinli takipler*" ile "*206. maddenin birinci sırasında yer alan alacaklar için yapılacak takipler*" hakkında uygulanmaz.

Doktrinde[184/185] "*İİK'nun 277-280. maddelerinde düzenlenmiş bulunan iptâle tabi tasarruflar için öngörülen süreler ile İİK'nun 284. maddesindeki beş yıllık hak düşürücü sürenin, erteleme süresinin sonuna kadar uzatılması gerekeceği*" belirtilmiştir.

cc- İflâsın ertelenmesinin diğer etkileri: "*İflâsın ertelenmesi kararı*"nın, alacakların vadesine, muaccel almasına ve faizlerin işlemesine bir etkisi olmadığından,[186] iflâsın ertelenmesi kararıyla, protesto çekilmesi de engellenemez.[187]

Mahkemece "*alacaklıların takip hukuku dışında kullanabilecekleri temlik, takas, hapis, temerrüt gibi hukuki işlemlerin, hak ve def'ilerin kullanılmasının yasaklanmasına ve hukuki sonuçların durdurulmasına*" karar verilemez. Çünkü, hakime böyle bir yetki verilmemiştir. Amaç, borçlu için herşeyin durması değildir. Sadece borçluya karşı "*takip işlemlerinin yapılması*" sağlanmalıdır.[188]

Erteleme kararından sonra, "*daha önce yapılmış olan takip(ler) sırasında konulmuş olan hacizlerin kaldırılması*" erteleme kararına dayanılarak talep edilebilir mi? Gerek doktrinde[189] ve gerekse uygulamada[190] "*bunun da mümkün olmadığı*" ifade edilmektedir...

Üzerine haciz konulmuş olan banka hesapları ile paraların -hacizler

---

(182) Bknz: 19. HD. 12.4.2007 T. 331/3708 - 12. HD. 11.10.2005 T. 13446/19586

(183) Karş: 12. HD. 4.3.2008 T. 120/4000

(184) PEKCANITEZ, H. agm. s:350 - PEKCANITEZ, H. Anonim Ortaklıkların İflâsı, 1991, s:60 - ATALAY, O. age. s:171 - ATALAY, O. agm. s:89 - ÖZEKES, M. agm. s:3281 - SAYHAN, İ. agm. s:118

(185) Karş: ERMENEK, İ. age. s:365 vd.

(186) ÖZEKES, M. agm. s:3282 - SAYHAN, İ. agm. s:115 – DELİDUMAN, S. age. S:128

(187) PEKCANITEZ, H. agm. s:350 - ATALAY, O. age. s:147

(188) PEKCANITEZ, H. agm. s:351 – ERMENEK, İ. age. s:287

(189) ÖZTEK, S. age. s:94 - ÖZEKES, M. agm. s:3280 - TÜRK, A. agm. s:317

(190) Bknz: 12. HD. 7.12.2007 T. 20295/23148 - 19. HD. 22.12.2005 T. 10645/12885; 17.3.2005 T. 10326/2788; 30.12.2004 T. 7170/13440

kaldırılarak- alacaklıya verilmesi mümkün olmadığı gibi borçluya da verilemez...

"*İflâsın ertelenmesi kararından sonra doğan alacaklar için*", borçlu hakkında takip yapılabilir mi? Bu konu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. **Doktrinde**[191/192] "*iflâsın ertelenmesinden sonra doğan alacaklar için de -alacaklar arasında eşitsizlik yaratmamak için- borçlu hakkında takip yapılmaması ancak borçlunun bir borçlarını ödememesinin iflâsın ertelenmesi kararının kaldırılmasına neden olması gerektiği*" belirtilmiştir.[193]

İflâsın ertelenmesi sürecinde; "*borçlu şirketin idare ve temsile yetkili kişileri*" hakkında karşılıksız çek düzenlemek ya da mal beyanında bulunmamak, taahhüdü ihlal vb. "*icra suçları*"ndan dolayı yargılama yapılabilir mi?

Bu konuda "*iflâsın ertelenmesi kararının etkileri*"nin düzenlendiği İİK. mad. 179b'de açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde[194] -isabetli olarak- "*iflâsın ertelenmesi sürecinde borçlu şirket temsilcileri hakkında belirtilen suçlardan dolayı yargılama yapılmaması*" -ve ceza verilmemesi- belirtilmiştir.

Uygulamada -bildiğimiz kadarıyla- iflâsın ertelenmesi sürecinde, şirket temsilcileri hakkında "*karşılıksız çek düzenlemek*" suçundan dolayı yargılama yapılıp ceza verilmekte, "icra suçları"ndan dolayı ise[195] yargılama yapılmamaktadır...

c) Erteleme kararının kaldırılması: Erteleme süresi içinde;

1- Şirket (ya da kooperatif) mali durumunu düzeltirse, mahkeme "*iflâsın ertelenmesi kararı*"nı kaldırır ve bu suretle şirket (ya da kooperatif) iflâsın talep edilmesinden önceki normal durumuna döner.[196]

2- Şirketin (ya da kooperatifin) mali durumunu iyileşmez ve iyileşme ümidi kalmazsa[197] -erteleme süresi dolmasa bile- mahkeme kayyımın

---

(191) PEKCANITEZ, H. agm. s:355

(192) Benzer görüş için bknz: ÖZTEK, S. Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma "Konkordato - Uzlaşma- İflâsın Ertelenmesi" (Sempozyum) (İstanbul Barosu Yayını, 2006) s:61 – ÖZTEK, S. İflasın Ertelenmesi, s:123 – DELİDUMAN, S. age. s:141 vd.

(193) Karş: BALCI, Ş. (Yazar; "Erteleme süreci içinde oluşan borçların, takip yasağının kapsamı dışında kaldığı" görüşündedir) (Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma "Konkordato-Uzlaşma-İflâsın Ertelenmesi" 2006 (İstanbul Barosu Yayını) – Aynı görüşte: ERMENEK, İ. age. s:371 – ALTAY, S. Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C:II, 2005, s:1390

(194) BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi Sürecinde Borçlu Hakkında Ceza Yargılamaları ("Mal Beyanında Bulunmamak" ve "Karşılıksız Çek Keşide Etmek" Suçları) (Legal Huk. D. 2007/Ağustos, s:2551 vd.)

(195) Bu konuda ayrıca bknz: KAYA, A. Borca Batık Anonim Şirketin İflâsının Ertelenmesi (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s:301)

(196) KURU, B. Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (Ad. D. 1970/10, s:632) - KURU, B. age. C:3, s:2816 - ATALAY, O. agm. s:92 - ATALAY, O. age. s:177 - PEKCANITEZ, H. age. s:61

(197) Bknz: 19. HD. 3.5.2007 T. 10708/4368

verdiği rapor çerçevesinde -ve yeniden bilirkişiden rapor alarak[198]- "*iflâsın ertelenmesi kararı*"nı kaldırarak, şirketin (ya da kooperatifin/iflâsına karar verir. (İİK. mad. 179b/V, c:2)

(198) Bknz: 19. HD. 28.9.2006 T. 7142/8968

GÖREBİLDİĞİMİZ KADAR
HUKUKUN AKLIN VE VİCDANIN PENCERESİNDEN

İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM

Doç. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU

"29 Kasım 1864. Albay John Chivington komutasında yaklaşık olarak yedi yüz asker Colorado'da Sand Creek yakınlarındaki bir Cheyenne Kızılderili kampına yaklaştılar. Bu köydeki Kızılderililer avcılık yapanlar dışında tüm silahlarını gönüllü olarak Federal Hükümete teslim etmişlerdi. Komutan, tüm Cheyenne erkeklerinin yaban sığırı avlamak için kamptan ayrıldıklarının farkındaydı. Tüm bunlara yanıtı: "Kızılderililerin kanları üstünde yürümeyi arzuluyorum" idi. Bu saygı duyulan adam, Kongre adayı olarak yaptığı konuşmasında Kızılderililere karşı olan politikasının "küçük ve büyük, onları öldürmek ve kafa derilerini yüzmek" olduğunu zaten belirtmişti. Bölgenin sicilde kaydı olan gazetesi The Rocky Mountain News bir önceki yıl on kez Kızılderililerin ahlaksız, serseri, kaba ve nankör bir ırktan geldiğini ve yeryüzünden silinmeleri gerektiğini belirten başmakaleler yazmıştı.

.....Sonrasında meydana gelen olaylar kesinlikle dehşet vericidir. Askerler ateş açtılar, Kızılderililer kaçtılar. Chivington, topçu sınıfına panik içindeki kadın ve çocuk kümesine ateş etmelerini emretti. Gördüğüm her ölünün kafa derisi yüzülmüştü. Hamile bir Kızılderili kadının karnının kesilmiş olduğunu gördüm ve yanında yatanın doğmamış çocuğu olduğunu düşündüm.

*.....Bir asker şunları hatırladığını söylüyordu: "Orada bir çocuk vardı. Büyük olasılıkla üç yaşlarındaydı, çünkü kumun içinde ancak yürüyebiliyordu. Çırılçıplaktı. Yaklaşık elli metre kadar uzakta bir adamın atından indiğini, silahını kaldırdığını ve ateş ettiğini gördüm. Çocuğu ıskaladı, bir başka adam geldi ve "**piç kurusunu bana bırak, onu vurabilirim**" dedi. Atından indi, diz çöktü ve küçük çocuğa ateş etti, ancak o da ıskaladı. üçüncü bir adam geldi ve benzer bir sözle o da ateş etti, ve küçük çocuk yere düştü."*

.....Şimdi başka bir sahneyi, askerlerin galip gelmiş bir durumda at sırtında eve döndüklerini hayal edin. Bulabildikleri her bedenin kafa derisini yüzdüklerini, hatta yanlışlıkla kafa derisi yüzülmeden gömülmüşleri kazıp çıkardıklarını biliyorsunuz. O kadar çok kafa derisi görüyorsunuz ki, The Rocky Mountain News bir süre sonra şöyle yazacaktır: "Buradaki Cheyenne kafa derileri Mısır'daki kara kurbağalar kadar yoğun." Aynı zamanda asker-

lerin mücevherlerini almak amacıyla ölülerin parmaklarını ve kulaklarını kestiklerini biliyorsunuz.

Ama şimdi daha yakından bakın, daha da yakından. Askerlerin kadınların mahrem yerlerini kestiğini, onları eyerlerinin üzerine serdiğini ve atlarıyla geçit töreninde gibi geçerken bunları şapkalarının üzerinde taşıdıklarını görebilirsiniz.

*……Ve şimdi eğer isterseniz üçüncü ve son bir sahneyi hayal edin. Kongre Chivington'ın "şimdiye kadar gerçekleşmiş en kanlı Kızılderili savaşlarından biri" olarak adlandırdığı ve daha sonra Theodore Roosevelt'in "sınır bölgesinde vuku bulmuş doğru ve yararlı bir iş" olarak bahsettiği olay hakkında bir soruşturma açılmasını emreder. Halka açık olan toplantıya katılım oldukça fazladır. Toplantı sırasında birisi Kızılderili sorununa çözüm olarak onları uygarlaştırmanın mı yoksa yok etmenin mi daha iyi olduğunu sorar. Kalabalık hareketlenir. Bir senatör daha sonra şunları yazar: "Aniden öyle bir haykırış yükseldi ki, böylesi bir sesi savaş alanlarında bile duyamazsınız. Ses neredeyse opera binasının tavanını havalandırmaya yetecek güçteydi: "**Onları yok edin! Kökünü kazıyın!**"*

Chivington hiç te yalnız başına hareket etmedi.

Chivington ne azarlandı, ne de başka bir biçimde cezalandırıldı. İkinci kez göreve gelmesinden sonra Colorado Üniversitesi bir öğrenci yurduna onun adını verdi[1]*."*

GİRİŞ

Uygar bir çağda, yeni bir yüzyılın henüz başında, ama sergilediğimiz vahşetle insanlık tarihinin başladığı noktadayız. Güçlünün güçsüze kan kusturduğu yerde ve zamanda… Yeni yüzyılın rafine kavramları, dünyanın bazı bölgelerinde emperyalist amaçlarla kurulan tuzakların önde gelen argümanlarını oluşturuyor. İnsanları birleştiren değil, ayrıştırma potansiyeli taşıyan her türlü unsur (etnik, mezhepsel, dinsel, sınıfsal, vs), yeni-dünya düzeninin biçimlendirilmesinde toplumları birbirine kırdırmanın aracı olarak kullanılıyor. Bir yandan da insanların çeşitli ırk, din, milliyet ve kültürel aidiyetler içinde, bir arada ve yan yana nasıl yaşayabileceklerine dair sistem arayışları sürdürülüyormuş gibi yapılıyor, bir arada yaşamanın yol açtığı sonuçların insani ve kabul edilebilir olmasının yol ve yöntemleri araştırılıyor. Kısaca, sapla samanın karıştığı, gayriahlaki niyetlerin ahlaki söylemle örtüldüğü ve meşrulaştırıldığı, iyilik ile kötülüğün birbiri ile kucaklaştığı bir kargaşa ortamında yolumuzu bulmaya çabalıyoruz.

Küresel çağ, evrensel standartlarını yaratıp, kimlikleri ulus ötesi bir platforma aktarırken bu süreçle çelişkili gibi gözüken fakat aslında küre-

(1) Derrick JENSEN; Kelimelerden Eski Dil, Çev. Ela Altuğ, Dharma, İstanbul 2004,s. 40-43.

selleşmenin ikiz yönlerinden birini oluşturan yerelleşme de sistemin bünyesine sızmıştır. Bir başka deyişle aynı anda hem evrenselleşen hem de ye-relleşen bir dünyada ulus altı kimlikler, marjinal düzlemlerini aşarak, coğrafyanın neresinde olursa olsun 21. yüzyıl insanının kimliğini zenginleştirecek, diğer bir bakış açısıyla da sorunsallaştıracak yüzler kazanmıştır.[2]

Dünya, kurulduğundan bu yana, insanoğlunun birlikte yaşamaktan kaynaklanan ve aynı zamanda birlikte yaşama ümit ve imkânlarını kıran türlü savaşlara sahne oldu. Geçmişten bugüne yaşanan tüm çatışmalar, nedenleri, amaçları ve sonuçları itibarıyla birbirine çok benziyor. Dolayısıyla bunların bir veya birkaçı üzerinden insanlığın birbirine yönelen zulmünü ve şiddetini hafızalarda canlı tutmak ve bunlar üzerinden tesadüfen mağdur gösterilen bazılarını tesadüfen suçlu bulunan bazıları üzerinden nemalandırmaya çalışmak, insanlığa karşı suçları politik hesaplarla teşvikten ve cesaretlendirmekten başka bir işe yaramaz. Oysa insanlığın her an karşı karşıya bulunduğu ve sık sık da maruz kaldığı bu şiddeti, kökleri ve nedenlerini doğru tespit ederek bir daha yaşanmaması için önlemler geliştirerek tarihin derinliklerine süpürüp, sadece kötü bir anı olarak hatırlamak, insanlık açısından çok daha yararlı bir davranış olsa gerek.

Emperyalist amaçların en kısa ve kolay yoldan gerçekleşme aracı, tarih boyunca etnik temelli ayrımcılığı kışkırtmak olmuştur. İnsanlığın hafızası yakın geçmişin ve günümüzün emperyalist amaçlı etnik temelli tahrik ve saldırılarını depolamakla kalmıyor, bunların daha uzak geçmişteki benzerleriyle ilişkisini de kuruyor. 19. Yüzyıl'da Batı Trakya ve Bulgaristan'daki Türklere karşı, Yirminci Yüzyıl'ın ortasında Yahudilere karşı kanlı soykırımların benzeri günümüzde çok yakın bir geçmişte Bosna'da, Ruanda'da, Azerbaycan'da yaşandı. Hala Sudan'da dünyanın seyrettiği bir etnik ve dinsel vahşet yaşanmaktadır. Bu çerçevede etnik kimlik taleplerinin ulus devletten kopma yönünde eğilimler ve ayrılıkçı güdüler taşıdığı açıkça görüldüğü gibi, ulus devletlerin de merkezi ve tek parçalı yapısını muhafaza edebilmek kaygısıyla bu talepleri acımasızca bastırma yoluna gittiği de gözlenmektedir.

Ulus-devletler tarih boyunca benzeri kimlik talepleriyle karşılaştıklarında veya tek kimliğe dayalı bir siyasal gövde inşasına giriştiklerinde devreye, asimilasyon, tehcir ya da jenosit çözümlerini sokmuşlardır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra evcilleşmiş görünen uluslararası ortamda ise self-determinasyon, ardından da insan hakları şemsiyesi altında etnisiteye dayalı ayrılıkçı taleplerin yeni başarı formülleri devreye sokulmuştur. Bunlar iki yönlü işleyen formüllerdir. Bir yandan ulus-devlette ayrılıkçı taleplerin olumlu cevaplandırılmasında ulus-devlete yönelen baskının

---

(2) Bkz. Mim Kemal ÖKE; Derviş ve Komutan, Alfa yay., İstanbul 2004, s. 5.

argümanları, diğer yandan uluslararası toplumun bu taleplere karşı direniş gösteren ulus-devletleri hizaya sokmasında kullandığı yöntemin silahları olarak işlev üstlenmişlerdir.

"*İnsanlığa karşı suçlar*" adıyla XX. Yüzyılın ikinci yarısında uluslararası toplumun gündemine alınan ve uluslararası hukukun tanıdığı ve yaptırım öngördüğü bir suç tipi olarak düzenlenen suçların koruduğu alan işte budur. Öncesinde savaş hukuku içinde savaş suçları arasında daha ağır bir suç tipi olarak düşünülmüşken, bir yandan etnik, dinsel kültürel vb. aidiyetlere dayalı taleplerin ulus-devletler bünyesinde ulus-devletlerin varlığını tehlikeye düşürecek biçimde giderek yayılması, diğer yandan bu kimlik farklılıklarının yarattığı etnik, dinsel, kültürel, dilsel vb. çeşitliliğin şanssız coğrafyalarda vücut bulmuş ulus-devletlerin varlığı için ciddi tehdit oluşturması şiddet olgusunu da beraberinde getirmiştir. Çünkü bu tür talepler örgütlü biçimde ulus-devletler önüne sürülmekte, ulus-devletlerin toprak bütünlüğü ve anayasal rejimlerini tehdit etmektedir. Bu ve benzeri nedenlerden kaynaklanan tehdidin şiddet kullanılarak bertaraf edilmesinde veya taleplere şiddet kullanılarak ulaşma denemelerinde mağdur her zaman ve her yerde savunmasız siviller olagelmektedir. Çalışmamızın başında insanlığa karşı suçları bu çerçeveye yerleştirmemiz, uluslararası hukuktaki gelişmelerin de yansıttığı gibi, bu suç tipinin (sebepleri, sonuçları ve işleniş biçimleri açısından bakıldığında) etnik arındırma veya temizleme amacıyla işlenen suçlar olarak önplana çıktığına dair gözlemimize dayanmaktadır.

1) Savaş Suçlarından İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlara Uzanan Tarihsel Süreç

İnsanlığa karşı suçlar, uluslararası hukukta çok yeni tanıma kavuşturulmuş bir kavramdır. Öncesinde "*savaş suçları*" genel başlığı altında tanımlanan bir suç tipi idi.

Savaş suçları başlıca üç suç tipini kapsıyor:

a. Barışa karşı suç ya da saldırı suçu
b. İnsanlığa karşı suç
c. Dar anlamda savaş suçu

Uluslararası uygulamada savaş suçlularının cezalandırılması ilk kez 1. Dünya Savaşı ve sonrasında gündeme gelmiştir. Ancak değişik nedenlerle bu konuda herhangi bir sonuca varılamamıştır.

Dar anlamda savaş suçunun tarihi[3] 6. 7. 1906 tarihli Kara Savaşı'nda Yaralılara ve Hastalara İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne kadar uzanır. 1945 tarihli Londra Antlaşması'na kadar bu tür suçların cezalandırılması ulusal

(3) Bu konuda bkz. İhsan Lütem;Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara 1951, s. 22 vd...

mahkemelere bırakılmışken A.B.D., S.S.C.B., İngiltere ve Fransa'nın 8.8.1945'te imzaladıkları Londra Antlaşması'nın 1.maddesi ve eki Nurnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü ile, fiilleri coğrafi bakımdan bir tek yere bağlanamayan savaş suçlularını yargılamak üzere bir uluslararası askeri mahkeme kurmak suretiyle savaş suçlularının uluslararası düzeyde yargılanması ilk kez uluslararası uygulamada kabul edilmiştir.

Dar anlamda savaş suçu sayılan fiiller, Nurnberg Statüsü'nde şöyle sayılmıştır: kasten öldürme, kötü muamele ya da sivil halkın ya da işgal altındaki sivil halkın sürgünü, kölelik ya da başka amaçlarla çalıştırma, savaş tutsaklarına ya da denizdeki kişilere kötü muamele, rehinelerin öldürülmesi, kamu ya da özel mülkiyetin yağmalanması, gereksiz yere kentlerin kasaba ve köylerin yok edilmesi, ya da askeri gereklilik olmadan bunların yakılıp yıkılması ile sınırlı olmamak üzere savaş yasaklarını ya da yapılagelişlerini ihlaller... İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1.11.1943 tarihli Moskova Bildirisi ile müttefiklerce savaş suçlularının cezalandırılması gerektiği ilan edilmiş[4], Almanya'nın yenilerek teslim olması sonucu 5.6.1945'te imzaladığı teslim bildirisinin 2. maddesinde Alman yetkililer savaş suçu ya da benzer şiddet içeren önemli Nazi yöneticilerini müttefiklere teslim etmeyi kabul etmiştir.[5]

Tokyo Mahkemesi Statüsü'nün 5/b maddesi, dar anlamda savaş suçlarını "*konvansiyonel savaş suçları*" olarak adlandırdıktan sonra, bu suçları hiçbir ayrıntı ya da örneklemeye girmeden yalnızca "*savaş yasalarını ve yapılagelişlerini ihlaller*" olarak belirtmektedir.

Uluslararası savaş suçları içinde en belirgin tanım, insanlığa karşı suç için yapılmıştır. Londra Antlaşması'nın eki Nurnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün 6/c maddesi ile ilk kez tanınan bu suç, savaş öncesi ve savaş sırasında sivil halkın kasıtlı öldürülmesi, toplu yok edilmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi ya da öteki insanlık dışı muamelelere tabi tutulması ya da barışa karşı suç ya da savaş suçu ile ilgili olarak siyasal, ırkçı ya da dinsel zulümler uygulanması fiillerini içermektedir. Aynı tanım Tokyo Uluslararası Mahkemesi'ni kuran 1946 tarihli bildirinin 5/c maddesinde yalnızca savaş sırasında gerçekleştirilmiş olması koşuluyla yer almaktadır.

Savaş suçlularının uluslararası düzeyde yargılanmasının kabul edildiği ikinci uluslararası belge 19.1.1946'da Japonya'daki Amerikan İşgal Kuvvetleri Başkomutanı General Mac Arthur'un yayınladığı bildiri olmaktadır.

---

(4) T.H.L. Mc Cormack; "From Sun Tzu to Sixth Committee: The evolution of an international criminal law regime", in: The Law Of War Crimes. National and International Approaches, T.L.H. McCormack and G.J. Simpson (eds.), the Hague-London-Boston, 1997, s. 57.

(5) H. Pazarcı; Uluslararası Hukuk, s. 646.

Uzakdoğu İçin Ulusararası Mahkeme Yasası (Charter of International Military Tribunal fort he Far-East) olarak anılan bu bildiri, 2.9.1945'te Japonya'nın koşulsuz teslimine dayanarak ABD tarafından tek taraflı olarak düzenlenmiştir. Daha sonra Avustralya, Kanada, Çin, Fransa, İngiltere Hindistan, Hollanda, Yeni Zelanda, Filipinler, SSCB'den yargıç ve savcıların bu uluslararası mahkemede ABD'li yargıç ve savcılara katılımıyla nitelik değiştirmiştir[6].

Saldırı suçu açısından konuya baktığımızda; B.M. Antlaşması ilke olarak kuvvet kullanımını yasakladığı için, uluslararası hukuka aykırı olarak kuvvet kullanılması bir saldırı olarak nitelenmektedir. B.M. Genel Kurulu 14.12.1974 tarih ve 3314 sayılı kararı ile saldırıyı tanımlamıştır. Buna göre; bir devletçe başka bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı ya da B.M. Antlaşması'na aykırı herhangi bir biçimde silahlı kuvvet kullanılması saldırıdır. Başka bir deyişle saldırı fiili, kuvvete başvurma hakkını ortadan kaldıran ve dolayısıyla günümüzde uygulanan uluslararası hukuk çerçevesinde barışa ve uluslararası güvenliğe aykırı olan bir fiili oluşturmaktadır[7].

Saldırı suçu ile aynı nitelikte olan ve aynı anlamda kullanılan barışa karşı suç kavramı ise 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ni kuran Londra Antlaşması'nın eki Mahkeme Statüsü'nün 6. maddesinde ve 1946 tarihli Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi'ni kuran bildirinin 5/a maddesinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

17.7.1998'de Roma'da kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/1. maddesine göre insanlığa karşı suçlar bir sivil halka karşı genel ya da sistematik bir biçimde girişilen saldırılara bağlı ve bu saldırıların bilincinde olarak işlenen aşağıdaki fiillerdir: kasten öldürme, toplu yok etme, köleleştirme, halkın sürülmesi ya da zorla nakli, uluslararası hukukun temel hükümlerin ihlali sonucu hapsetme ya da fiziki özgürlüğünden başka biçimde ağır yoksun bırakma, işkence, ırza geçme, cinsel köleleştirme, fuhuşa zorlama, hamileliğe zorlama, zorla kısırlaştırma ve benzer her türlü diğer cinsel zorlama, siyasal ırkçı ulusal etnik kültürel, dinsel ya da cinsel nedenlerle ya da uluslararası hukukta kabul edilemez olarak benimsenen evrensel başka ölçütlere bağlı olarak herhangi bir gruba zulmetme, zorla kaybetme, ayrımcılık, beden bütünlüğüne ya da beden ya da ruh sağlığında ağır kayıplara ya da büyük acılara kasıtlı olarak neden olacak nitelikte öteki insanlık dışı muameleler[8]...

---

(6) R.S. Clark; "Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective", in: The Law of War Crimes National and International Approaches, s. 180.

(7) Y. Dinstein; "The Distinctions Between War Crimes Against Peace", s. 2'den Aktaran: H. Pazarcı, age, s. 649.

(8) H. Pazarcı; Uluslararası Hukuk, s. 650-651.

Roma Statüsünün 5/1/d maddesi saldırı suçunu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi kapsamına sokmakla birlikte, suçun ögeleri, kapsamı ve mahkemenin yetkisini kullanma koşulları henüz belirlenmemiştir.

Savaş suçlarının uluslararası düzeyde yargılanmasını genel ve evrensel düzeyde kabul eden ve düzenleyen uluslararası belge de Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'dür. Statü 1.7.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Savaş suçlularının uluslararası düzeyde yargılanmasında ikinci aşama Güvenlik Konseyi'nin 25.5.1993 tarih ve 827 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile "*Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991'den İtibaren İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması* İçin Uluslararası Mahkemenin kurulması olmuştur. Güvenlik Konseyi'nin bu kararıyla[9] oluşturulan mahkeme statüsüne göre bu mahkeme eski Yugoslavya ülkesinde 1.1.1991'den başlayarak 1949 Cenevre Sözleşmelerine, genel olarak yapılageliş nitelikli savaş hukuku kurallarına, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne ve Nürnberg Mahkemesi kararlarıyla insanlığa karşı suç oluşturduğu kabul edilen ve anılan Güvenlik Konseyi kararı ile de teyit edilen silahlı çatışmalar sırasında sivillere karşı girişilen kasıtlı öldürme, işkence köleleştirme, ırza geçme vb suçları kapsayan uluslararası kurallara aykırı olarak işlenen suçlar konusunda yetkili kılınmıştır. (Statü m. 2-5)

Statü'nün 5.maddesinde Eski Yugoslavya'daki olayların faillerinin Mahkemece insanlığa karşı suçlar için de yargılanacağının kabul edildiği görülmektedir. Anılan 5. maddeye göre ister uluslararası ister ulusal nitelikte olsun silahlı çatışmalar sırasında herhangi bir sivil halka karşı işlenen şu fiiller insanlığa karşı suç olarak kabul edilmektedir: kasten öldürme, toplu yok etme, köle etme, sürgün, hapsetme, işkence, ırza geçme, siyasal ırkçı ya da dinsel nedenlerle zulmetme, ve öteki insanlık dışı muameleler.

Bu konudaki bir başka uygulama, Güvenlik Konseyi'nin 8.11.1994 tarih ve 955 sayılı kararı ile kabul edilen "*Ruanda İçin Uluslararası Mahkeme Statüsü*"dür. Statü'nün 3. maddesi de insanlığa karşı suçları; "*ulusal, siyasal, etnik, ırkçı ya da dinsel nedenlerle herhangi bir sivil halka karşı yaygın ya da sistematik bir biçimde saldırılmasına bağlı olarak işlenen suçlar*" olarak belirttikten sonra, Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkeme Statüsü'nde sayılan fiilleri aynen saymaktadır.

---

(9) H. Pazarcı; "Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü", içinde: Prof. Dr. Oral Sander'e Armağan, S.B.F.D., C. 51, Sayı 1-4, s. 387-388.

2) İkinci Dünya Savaşı'ndan Sonra İnsanlığa Karşı Suç Failleri İçin İşleyen Hukuki Süreç

İkinci Dünya Savaşı sonrası, savaş suçlularını takip etmek ve cezalandırmak için 8 Ağustos 1945'te müttefikler tarafından imzalanan antlaşmanın, kurulması öngörülen mahkemenin suçlar itibarıyla yetkisini düzenleyen 6. maddesinde soykırım ayrı bir suç kategorisi olarak yer almamış, yukarda da değindiğimiz gibi, "*barış aleyhine işlenen suçlar*", "*savaş suçları*" ve "*insanlık aleyhine işlenen suçlar*" sınıflandırması yapılmıştı. Kurulan mahkemelerin verdikleri cezalar da, yukarıdaki sınıflandırmada belirtilen suçlara dayandırılmıştı.

İkinci Dünya Savaşı sonrası savaş mağluplarının savaş suçlusu olarak, savaş sırasında işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılması konusunda ilk adım, 30 Ekim 1943'te, ABD, İngiltere SSCB ve Fransa'nın yayımladığı Moskova Deklarasyonu ile atılmıştır.

Almanya'nın nasıl cezalandırılacağı konusunda galiplerin farklı görüş ve önerileri tartışılmış, uluslararası adli bir prosedür izlenmesi yolundaki eğilim ağırlık kazanınca bu yolda çalışmalara başlanmıştır. Ancak kurulacak uluslararası bir mahkemede üst düzey Nazi liderlerini suç işlemek üzere teşekkül oluşturma ve suçları bilfiil işlemekten dolayı yargılama, daha alt düzeydeki Nazileri ise plana kasten iştirak etmekten sorumlu tutma yolunda gelişen eğilim, Belçika'nın Malmedy Bölgesi'nde teslim olan ABD askerlerinin Waffen SS Birinci Panzer tümeni tarafından hunharca katledilmesi ile farlı bir boyut kazanmıştır. Olayın yol açtığı büyük infial, bunun münferit bir vaka olmadığı, sivillere ve askerlere karşı vahşi bir savaş sürdürmeyi planlamış olan Nazilerin sistematik çabalarının bir ürünü olduğu yolundaki kamuoyu kanaatini güçlendirmiştir. ABD'nin Savaştan Sorumlu Bakanı Henry Stimson, bu eylemlerin Cenevre sözleşmelerinin ağır bir ihlalini teşkil ettiği gibi, diğer devletler ve halklar üzerinde egemenlik kurmak için tasarlanmış kasıtlı ve düzenli bir stratejinin parçası olduğunu iddia ile, derhal infazın Alman suçluları kahramanlaştıracağı ve bu yolla çok az suçlunun cezalandırılacağını, en geniş kamuoyu desteğini sağlayacak bir yargılama süreci içinde ve Nazi vahşetinin tarih önünde tespit ve kaydını sağlayacak biçimde yargılanmalarını önermiştir.

Sekiz Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'nın 2. maddesi ile Nürnberg'te kurulacak uluslararası askeri mahkeme konusunda karar alınmış ve bu mahkemenin yetki ve işleyişi Antlaşmaya Ek Statü ile belirlenmiştir. Bu Antlaşma, daha sonra 19 devlet tarafından daha kabul edilmiş ve Naziler tarafından işlenen suçları yargılamak üzere uygulanmıştır. Hemen arkasından 19 Ocak 1946 tarihli bir kararname ile Japon Kuvvetlerinin cezai sorumluluğunu sağlamak üzere, Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi kurulmuştur.

Gerek Nüremberg, gerekse Tokyo Mahkemesi suçların işlenmesinden sonra sadece bu suçları kovuşturmak için kurulmuş ad hoc (özel) ve olağanüstü askeri mahkemelerdir.

Özel olmaları, sadece belirli suç tiplerini yargılama yetkisine sahip olmalarından, olağanüstü olmaları ise yetkileri kapsamında olduğu belirlenen fiillerin gerçekleşmesinden sonra kurulmuş olmalarından (ex post facto) kaynaklanmaktadır.

Ayrıca bu mahkemeler, savaş esnasında tüm taraflarca işlenen bütün suçları yargılamak üzere kurulmuş, objektif adaleti sağlamakla görevli mahkemeler değildir. Askeri bir mahkeme olarak yetkileri sadece mağlup olan devletlerin savaşla bağlantılı suçlarına münhasırdır.

Özetle; Bu mahkemelerin genel özelliklerine kısaca baktığımızda[10]:

• Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri, 2. Dünya Savaşı'nı kazanan devletlerin kendi aralarında yaptıkları bir antlaşma ile kurulmuştur.

• Yargı yetkisi, uluslararası insancıl hukukun ihlallerine ilişkindir.

• Mahkemeler jürili olmayan toplu mahkemelerdir.

• Hakimler ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa'dan birer tane olmak üzere toplam dört tanedir. Ayrıca bir de yedek üye öngörülmüştür.

• Gıyabi yargılama yapmak mümkündür.

• Mahkeme kararları kesindir. Denetim muhakemesi yolu öngörülmemiştir.

• Mahkeme, ölüm cezası, müebbet ya da süreli hapis cezası verebilmektedir.

• Mahkemeler asli yargı yetkisine sahiptirler. Bu itibarla, ulusal yargı mercilerinin yerine yargılama yaparlar.

•Mahkemelerin yargı yetkisine giren üç ayrı suç tipi vardır: barışa karşı suç, savaş suçları ve insanlığa karşı suç...

Londra Antlaşması m. 6/3, insanlığa karşı suçu tanımlıyor. Buna göre; savaştan önce veya savaş sırasında, soykırım, sivil halkın öldürülmesi, tutsak olarak kullanılması, sürgünler ve diğer insanlığa karşı eylemler veya Mahkemenin yetki alanına giren herhangi bir suçun işlenmesi için veya bu suçla ilgili olarak siyasi, sosyal ve dinsel nedenlerle işlenen ve işlendikleri ülkenin iç hukukunda bir yasanın çiğnenmesi sayılan veya sayılmayan zalim davranışlar bu suçun kapsamında olacaktır.

Daha sonra müttefiklerin aralarında vardıkları bir antlaşma ile, kendi kontrolleri altındaki bölgelerde uygun görmeleri halinde her bir devlet Alman sanıkları kendi mahkemelerinde yargılayabilecekti. Aynı şekilde Nürnberg sürecinden sonra yeni kurulan Alman Hükümeti de zamanla ele geçirdiği sanıkları kendi mahkemelerinde yargılamaya devam etmiştir.

---

(10) İ.Lütem, Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, s. 106 vd...

Bu mahkemelerde yapılan yargılamalar, uluslararası hukuka bazı ilkleri de taşımıştır: Bu ilklerin konumuz açısından birisi, savaş suçlarında bireysel cezai suçların kabul edilmesinde en önemli kaynak oluşudur.

Nürnberg Askeri Mahkemesi (ve ona paralel olan Tokyo Mahkemesi) Statüsünde yer alan kurallar, daha sonra kodifiye edilerek uluslararası pozitif hukukun bir parçası haline getirilmiştir. 11 Aralık 1946 tarihinde BM Genel Kurulu 95 sayılı kararıyla "*Nürnberg Mahkemesi Statüsü Tarafından Tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması*" adı altında gerek söz konusu Şart'ta gerekse Nürnberg (ve ona paralel Tokyo) yargılamalarında kabul edilen ilkeleri onayladığını açıklamıştır.

Bir görüşe göre; buradaki cümle formülasyonuna dikkat edersek; Genel Kurul'un Mahkeme tarafından tanınan ilkeleri onayladığından bahsediyor. Demek ki bu ilkeler zaten uluslararası hukuk düzeninde var idiler ve ilgili mahkemeler sadece bunları tanıyıp uyguladılar.

Ayrıca yine bu kararla, söz konusu ilkelerin BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kanunlaştırılmasına da karar verildi. 1950'de Uluslararası Hukuk Komisyonu, konuyla ilgili hazırladığı Rapor'da bu ilkeleri teyit ederken bir yandan da onların içeriklerini somutlaştırmıştır.

Somutlaştırılan bu ilkeler şunlardır:

• Uluslararası hukuk uyarınca suç teşkil eden bir fiil ika eden herkes, bundan ötürü cezai sorumluluk altında olacaktır.

• Söz konusu fiil, iç hukuk uyarınca suç teşkil etmese bile sorumluluk devam edecektir. (ilk iki ilkenin kabul edilip somutlaştırılmasıyla uluslararası ceza hukukunda şahsi ceza sorumluluğunun varlığı açıkça düzenlenmiştir.)

• Resmi sıfat veya görevin, cezai sorumsuzluk ya da bağışıklık sağlamayacağı teyit edilmiştir.

• "*Amirin emrini ifa*" şeklinde bir hukuka uygunluk sebebinin kabul edilemeyeceği açıklığa kavuşmuştur.

• Sanığın adil yargılanma hakkı kabul edilmiştir.

• Nürnberg Statüsünde öngörülen yukarda değindiğimiz üç suç tipi kabul edilip onaylanmıştır.

• Söz konusu suçların işlenmesinde suç ortaklığı da suç sayılmıştır.

Nürnberg süreci aleyhinde ileri sürülen en önemli hukuki eleştiriler, bu yargılamaların ceza hukukunun evrensel kabul görmüş ilkelerinden olan "*kanunilik*" ve "*doğal hakim*" ilkelerini ihlal ettiği iddiasıdır. Bilindiği gibi kanunilik ilkesi; ulusal hukuklardaki anlamıyla suç ve cezaların ancak kanun ile konulması ve usulüne uygun olarak ilan edilmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesini ifade eder. Buna göre, bir davranış -niteliği ne olursa olsun- fiilin işlenmesinden önce bir kanunla açıkça

suç olarak tanımlanmamış ve yaptırıma bağlanmamışsa cezalandırılamayacaktır. Bu ilkeyi uluslararası ceza hukuku açısından ele alırsak, bir kişinin uluslararası bir suç işlediğinden bahisle ulusal ya da uluslararası mercilerde yargılanabilmesi, söz konusu fiilin suç teşkil ettiğinin uluslararası hukukta gerçek anlamda kural oluşturan kaynaklarda açıklanmış olmasına bağlıdır. Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerine bu açıdan yaklaştığımızda; Nürnberg Statüsü m. 6, mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki fiilleri saymıştır. Ne var ki bu suçlar, Mahkemenin yetkisine girdiği belirlenen fiillerin işlenmesinden sonra (ex post facto) ihdas edilmiştir. Zira bu fiillerin işlendiği zamanda, bunları açıkça suç olarak gören herhangi bir uluslararası hukuk hükmü mevcut değildir. Sadece savaş suçları kategorisi 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri tarafından açıkça öngörülmüştür. Fakat 1939'da Polonya'nın işgalinden önce vuku bulan ya da Nazilerin kendi vatandaşlarına karşı işledikleri fiilleri bu kapsamda görmek mümkün değildir. Barışa karşı suç, ya da insanlığa karşı suç fiilleri henüz ihdas edilmediği gibi, bu son kategori kapsamına sokulan Yahudi soykırımı (Holocaust) da Üçüncü Reich Hukuku'na göre tümüyle yasaldır.

Mahkemelerin kanunilik ilkesine aykırı davrandığı yolundaki eleştiriler şu şekilde karşılanmaya çalışılmıştır[11]:

Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin yargılama ve kararları açıkça pozitif uluslararası hukuka dayanmasa bile en azından örf ve adet şeklinde ortak ve evrensel kabul görmüş mevcut uluslararası hukuk ilkelerine dayanılarak yürütülmüşlerdir. Ayrıca, mevcut antlaşmalardaki ve uluslararası belgelerdeki tüm güvencelere ve yasaklara rağmen komşu devletlere saldıran kimseleri cezalandırmanın adil olmayacağını söylemek kesinlikle haksız olur. Çünkü bu şahıslar, mevcut şartlar altında yaptıklarının haksız olduğunu mutlaka bilmek zorundaydılar. Bu açıdan asıl adaletsizliği, onları cezalandırmak değil, cezalandırmamak teşkil eder.

Görüldüğü gibi mahkeme, kanunilik ilkesini pozitif bir yaklaşımla değil, amaçsal olarak yorumlamıştır. Buna göre; bu ilkenin amacı faili, öngöremeyeceği koğuşturmalardan korumaktır. Çünkü suç olarak düzenlenmemiş bir fiili işleyen kimse iyi niyetle hareket etmektedir ve bu hareketine daha sonra ceza yaptırımı bağlanacağını bilmemektedir. Oysa Nürnberg'te yargılanan sanıklar için aynı argüman geçerli değildir.

Doğal hâkim ilkesi bakımından da Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin durumu tartışmaya açıktır. Çünkü bunlar, yargılayacakları fiiller işlendikten sonra sadece o fiilleri yargılamak amacıyla kurulmuş olağanüstü mahkemelerdir. Bu ilke, kanunilik ilkesinin doğal bir uzantısını teşkil ettiğine göre, mahkemelerin yargı yetkisi açısından yukarıdaki itirazlar burada da

---

(11) İ. Lütem, Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, s. 110 vd...

ileri sürülebilir.

Sonuçta, kanunilik ilkesi açısından yapılan itirazlar, "*uluslararası ceza hukukuna aykırılık teşkil eden fiillerin cezalandırılabilmesi için, iç hukuktan farklı olarak bu suçlarda kanunilik unsurunun uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına göre de belirlenebileceği ortaya konulmak suretiyle, bu tür fiillerin cezasız kalmasının önüne geçilmiştir.*" genel gerekçesi ile karşılanmak istenmiştir.

Her iki mahkemenin yargı yetkisi açısından çok önemli bir eleştiri, söz konusu mahkemelerin sadece mağlup devlet vatandaşlarını cezalandırmak için kurulmuş olmasıdır. Aynı fiilleri işlemiş olabilecek savaş galibi müttefik devletlerin mensupları kovuşturmaya uğramayacaktır. Özellikle tümüyle sivil halka yönelik olan Dresden ve Hiroşima/Nagazaki bombalamaları, müttefik devletlerin sorumluluğunu gündeme getirebilirdi. Bu özelliği sebebiyle Nürnberg yargılamalarına uluslararası literatürde sıkça "*galiplerin adaleti*" ya da "*galiplerin intikamı*" denildiğine rastlanır. Gerçekten de galip devletlerin iddia, yargıç heyeti, mahkeme idaresi ve mahkeme güvenliğinden sorumlu olmaları adaletin tek dağıtıcısı konumunda olduklarının göstergesiydi.

Aynı dönemde, 1937'den başlamak üzere savaşın devamı boyunca Japonya tarafından Çin sivil halkının altı milyondan az olmadığı tahmin edilen bir kesiminin sistematik katliama tabi tutuluşu, savaş sonrasında herkes tarafından bilinen ve dile getirilen gerçeklerdir.

Göz ardı edilenler ise en az bilinenler kadar ağır ve vahim olmakla birlikte, tıpkı 1. Dünya Savaşı sonrasında olduğu gibi, savaş suçları ancak savaş mağluplarınca hesabı verilmesi gereken bir suç kategorisiymiş gibi, işledikleri ağır suçlar ve yol açtıkları insanlık dramları galiplerin yanına kar kaldı. Örneğin savaş sırasında ABD'de ikamet eden 120.000 kadar Japon asıllı ABD yurttaşının savaş süresince evlerinden zorla nakledilip, Batı Amerika'nın ücra köşelerinde toplama kamplarına kapatılmaları, haklarında hiçbir suçlama olmamasına rağmen bir çok yasal haklarından mahrum bırakılmaları, İngiltere Hükümeti'nin Nazi sempatizanı olabileceğinden şüphelendiği herkesi aynı muameleye tabi tutması, 1939'da SSCB'nin keyfi olarak Polonya'ya girip bir çok yeri yağma ve talan etmesi tipik savaş suçu ve hatta bazıların tipik "*insanlığa karşı suç*"örnekleridir ama cezasız kalmıştır.

3) İnsanlığa Karşı Bir Suç Tipi Olarak Soykırım

(Tarihsel Bağlamında) Bir Kavram Olarak Soykırım

Yehuda Bauer "*Soykırım üzerinde çalışmaya karar verdim, çünkü bir*

Yahudi tarihçisi olmak istiyordum." diyor[12]. Devamla "*tarihçinin nesnelliği soykırım haricindeki konularda da tartışılabilir ama soykırım ile ilgilenen bir tarihçinin bu tartışmanın dışında kalabilmesi mümkün değildir.*"i ekliyor[13] ve arkasına Karlheinz Deshner'i alarak itiraf ediyor: *"(çalışmaya) nesnel bir duruşun mümkün olamayacağını belirterek başlamak önem taşır.*"

19. Yüzyıl'ın Alman tarihçilerinden Johann G.Droysen de aynı şeyi söylüyor: "***Sadece akılsız biri nesnel olabilir.***"

İlk kez Nazi Almanyası'nda Yahudilere yönelik kitlesel katliam nedeniyle gündeme düşen ve sonra hep Yahudilerin katli ile anılan soykırım kavramını öncelikle bu dar ve tekelci içerik çerçevesinin dışında ele almak doğru olacaktır[14]. Kavramı, bağlı bulunduğu etnik veya dini grubun yaşadığı trajedi etkisinde biçimlendirenlerin oluşturduğu söylem tahakkümü, teorik çerçeveyi doğru çizememe, çeşitli nedenlerle soruna taraflı, hesaplı ya da duygusal yaklaşma, yaşananları tüm boyutları ve tüm gerçekliğiyle değil, ulaşılmak istenen sonuçlara elverişli olduğu ölçüde ve elverişli iseler ön plana çıkarma ve böylece en büyük insanlık suçu olan soykırımı, çıkar odaklı siyasi hesaplara kurban etme tehlikesi taşımaktadır. İnsanlık, soykırım suçuna ve bu suçun faillerine karşı oluşacak ortak cephede, soykırım iddialarını pazarlık konusu yapma ve sonuçlarından çıkar sağlama amacı etrafında değil, soykırım fiilinin kendisine ve insanlık için arz ettiği büyük tehlikeye yönelen nefret duygusu ve bu ve benzer her türlü suçu engelleme iradesi etrafında birleşmelidir. Soykırım, uğrayan kadar uğratan açısından da utanç verici, onur kırıcı bir insanlık suçudur. Mağdurun tarifsiz acıları, failin gelecek tüm nesillerinin tarifsiz utancı olarak yaşayacaktır. Utanç acıdan daha derin ve kapanması mümkün olmayan bir yaradır. Utancı ile yüzleşmesi gerekenler yüzleşmelidir, ama tahrif edilmiş, siyasi çıkar hesapları üzerinden üretilen senaryolara dayalı soykırım iddiaları, hele de gerçek soykırımcıların dilinde ve kaleminde şekillenip, kurumlarında silaha dönüştürülüyorsa, soykırım kavramını sulandırır, bulandırır, gerçek soykırım mağdurlarının uğratıldıkları acı ve haksızlıkları örter. Bunun, insanlığın ortak ülküsü olması gereken dünyanın neresinde ve kime yönelmiş olursa olsun soykırımı önleme savaşına bir katkısı da olamaz. Tüm bunlara fırsat vermemek için kavramı, tarihte gerçekleşmiş olayların bağlamında tanımak zorunludur. Kavrama nesnel yaklaşmanın zorluğunun farkında olarak ama mümkün olduğunca nesnel kalınmaya çalışılarak ne söylenebilir?

---

(12) Bkz. Yehuda BAUER; Soykırımı Yeniden Düşünmek, çev. Orhun Yakın, Phoenix, s.10.

(13) Y. Bauer, Age, s. 11.

(14) "Soykırımın evrensel geçerliliği olan sonuçları yaygınlaştıkça -bir kez daha- iki anlamı olacaktır: "Özel olarak bir Yahudi trajedisi olması ve bu nedenle en üst düzeyde evrensel bir sorun oluşturması" Bkz. Yehuda Bauer; Soykırımı Yeniden Düşünmek, çev. Orhun Yakın, Phoeniks Yayınevi, Ankara 2002, s. 6.

Tarihin algılanması ve yorumlanmasında tarihi belgelerin rolü çok büyüktür. Yeni günışığına çıkarılan bir takım belge ve bilgiler bazen bilinen tarihi hakikatlerin yeniden gözden geçirilmesi ve bu bilgi ve belgeler ışığında hakikatin yeniden inşasını zorunlu kılar.

Taner Akçam; "*1918-23 arası dönemin aktörleri ayrı ama birbiriyle ilintilendirilen iki temel sorunla uğraşıyorlardı. Taraflar bu sorulara verilen cevaplar ekseninde şekilleniyor ve ilişkileri de buna göre belirleniyordu. İlk soru Osmanlı Devleti'nin toprak ve egemenlik hakkı, ikincisi ise Osmanlı İttihat ve Terakki Partisi'nin savaş döneminde kendi vatandaşlarına karşı işlediği cinayetler konusunda ne yapılacağı idi. Bugün ikinci soru unutturuldu, tarih anlatımından silindi, ben bunu yeniden yazıyor, mevcut tarih yazımı ve algılamasının bu temelde değiştirilmesi gerektiğini öneriyorum*[15]." diyor. Bu önerinin dikkate alınması mümkündür, sonuçları yine tarih içinde yer almak kayıt ve şartı ile... Tarihin, mevcut belgeler ışığında farklı bir yorumla okunması veya ortaya çıkan yeni bilgi ve belgeler doğrultusunda yeniden gözden geçirilmesinin, gerçeklerin gün yüzüne çıkması için faydalı olduğu da doğrudur, fakat ideolojik tarih yazıcılarının tarihe, tasarlanmış sonuçlara ulaşmak için belirlenmiş pencerelerden baktığı ve göstermek istedikleri sonuçları dayatmak için tarihi bilhassa bu pencerelerden okudukları gerçeğini göz önünde bulundurmak kaydıyla.

Örneğin dine dayalı savaşların ve insanlığa karşı suçların tarihin her döneminde aynı nefret ve şiddetle işlendiğine dair bir kitapta, batılı bir yazarın ağzından tarihteki Ermeni gerçekliğini şu satırlarla da okumak mümkündür. "*Tarih boyunca Ermenistan'a pek çok saldırıda bulunuldu. Bu işgaller sırasında binlerce Ermeni başka ülkelere iltica etti. 1850'lerde Çar, Rusya'yı Hıristiyanların ve Osmanlı İmparatorluğu'nda yer alan kutsal yerlerin koruyucusu ilan etti. ...1800'lerde batılı misyonerler, Ermenilerle Türkler arasında sonradan bir bağımsızlık çekişmesine dönüşen dini karışıklık çıkardılar. Ardından Ermenilerin katledildiği bir protesto ve isyan başladı. 1890'larda ve 1900'lerde 200 binden fazla insanın öldüğü belirtiliyor. Birinci Dünya Savaşı sırasında Ermeniler isyan çıkararak Türkleri kılıçtan geçirdiler. Müslümanlar savaştan sonra da devam eden korkunç ölümler sonucu geri çekildiler. 1920'de yapılan anlaşma sonucu Ermeniler bağımsızlığını kazandı ve Türklerden ayrıldı*[16]."

Aynı kitaptan örneğin bir insanlığa karşı suç tasviri de şöyle çıkmaktadır: "*...1988'lerde yabancı topraklardaki Ermeniler, Ermenistan ile birleşmek istediler. Bunun üzerine çarpışmalar ve ölümler başladı. Ermenistan 200 bin Müslümanı ülke dışına çıkardı, Azerbaycan ise 260 binden fazla*

(15) Taner Akçam, İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu, 1989, s. 7.
(16) James A. HAUGHT; Kutsal Nefret 90'ların Dinsel Çatışmaları, çev. Aslı Açıkgöz, Aykırı yay. s.90-91.

Hıristiyanı kovdu. Her iki tarafta da gerilla grupları büyüdü. ...Ermenistan 1990'da parçalanan Sovyetler Birliği'nden bağımsızlığını ilan ederek kendini Azerbaycan içindeki Dağlık Karabağ topraklarının denetçisi yaptı, Müslüman Ulus, bölgeyi vermeyi reddetti. 1991'de Azerbaycan Sovyetler Birliği'nden bağımsızlığını ilan edince o da Dağlık Karabağ'ı sahiplenmek istedi. O zaman Hıristiyanlar Azerbaycan'dan bağımsızlıklarını istediler .....Hıristiyan isyancılar 1992'de Müslüman mahallesi olan Hocalı'ya saldırarak katliamlar yaptı, kurbanlar yakıldı, derileri yüzüldü, kafaları kesildi, ya da sakatlandı. Olaya şahit olanlar kadın ve çocuk cesetlerinin koca bir tepeyi kapladığını bildirdiler. ...1993'te Hıristiyanlar bütün yabancı toprakları ve Ermenistan'ı ayıran alanı ele geçirdi. Ölü sayısı on beş bini buldu, bir milyon mülteci ise çeşitli yerlere dağıldı. Bazı mülteci aileleri kışın dağı geçmeye çalışırken donarak öldü[17]."

Bu bir tarih anlatımıdır, üstelik kitabın bütünü incelendiğinde; din adına yapılan savaşların kötülüğü ve anlamsızlığına inanan, nefreti ve şiddeti körükleyen her türlü inanca tarafsız ve mesafeli duruşu ile objektif bir kalemin elinden çıktığından da hiç kuşku yoktur. İkinci Dünya Savaşı yıllarında Mussolini ve Hitler tarafından kurulup, Katolik Hırvat Partisi Ustasha'ya yönetimi devredilen Hırvat eyaletinde, Katolik Ustasha'nın bütün Musevilerin utanç işareti takmalarını ve Ortodoks Sırpları Jesenovak ölüm kampında ölene kadar dövüp, hançerlemelerini, Bosna'da Ortodoks kadın ve çocukların Dinar Alpleri'nden aşağı fırlatılmalarını, Hindistan'da Hindu, Müslüman ve Sihlerin birbirlerine yönelttiği amansız şiddet ve nefreti, Sudan'da Müslüman grupların Hıristiyan ve Animist kültürü ve bu dinin mensuplarını nasıl acımasızca yok ettiğini anlattığı gibi, Birinci Dünya Savaşı'nda Ermenilerin Anadolu'da başlarına gelenleri de aynı üslupla anlatmaktadır. Yani anlattıklarının kimin işine yarayacağı ve nasıl anlatırsa en çok işe yarayacağı kaygısından uzak olarak. Böyle bir anlatım, belgeleri dosdoğru okumayı ve bilgileri çarpıtmadan kullanmayı da kendiliğinden getirdiği için tarihi bazen da böyle ikincil kaynaklardan öğrenmek faydalı olabiliyor.

Hukukun Tanıdığı Bir Suç Tipi Olarak Soykırım

Soykırım, ilk olarak Rafael Lemkin tarafından Nazi Almanyası uygulamalarının etkisiyle bir dini veya etnik gruba yönelen saldırıları isimlendirmek üzere kullanılmıştır. R. Lemkin, 1933'te ortaya attığı bu terim etrafında "*yeni bir kavram*" olarak bu suçun unsurlarını belirlemeye çalışmıştır. 2. Dünya Savaşı, gelişmiş savaş teknolojisi ve yeni savaş stratejilerinin, sonuçlarını insanlık ve dünya açısından çok ağır ve çok trajik kıldığı bir savaştır. Bu savaş öncesinde ve esnasında yaşanan en vahim ve en geniş

(17) James A. HAUGHT; Kutsal Nefret, s. 91-92.

çaplı insanlık trajedisi, Nazi Almanya'sında yaşanan Yahudi soykırımı idi. Adolf Hitler'in "*toplumu bütün kalite, asalet ve güzelliğinden arındıran bulaşıcı ve ifsat edici bir kitle*" olarak tanımladığı Yahudileri, Nihai Çözüm (Final solution) adını verdiği sistematik katle dayalı plan çerçevesinde yok etmesi, altı milyona yakın Yahudi'nin hayatına mal olmuştur. Bunun dışında Alman ırkının saflığını kirlettiğine inandığı binlerce eşcinsel ve çingene, bir de siyasi olarak kendine düşman gördüğü komünistler Hitler'in soykırım politikasının hedefi olarak hayatlarını kaybettiler. Soykırım, İkinci Dünya Savaşı yıllarında yaşanan kitlesel katliamların yarattığı dehşet içinde, uluslararası hukukun tanımladığı ve hukuki sonuç bağladığı bir suç olarak ilk kez 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Konvansiyon'da düzenlenmiştir[18]. 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesindeki tanımın, tam da bu soykırım tecrübesinden hareketle Nazi Almanyası tarafından kırıma uğratılan etnik, dini, kültürel tüm toplulukların ağır dramının bir benzerinin bir daha asla yaşanmaması konusundaki duyarlılığı ve kararlılığı yansıtacak biçimde geniş tutulduğu görülmektedir.

Kavramsal olarak insanlığın en eski çağlarından itibaren yaşanan kitlesel yok edişleri ifade etse dahi, hukuken kendisine sonuç bağlanan bir fiil haline dönüşmesi ancak 1948'de olmuştur. Sözleşmenin soykırım tanımı "*Soykırım suçunu oluşturan eylemler*" başlığı altında 2. maddede yapılıyor. Bu maddeye göre;

"*Bu Sözleşme bakımından ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri soykırım suçunu oluşturur:*

a. Gruba mensup olanların öldürülmesi

b. Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi

c. Grubun tümüyle veya kısmen fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek

d. Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak

e. Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek"

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, BM bünyesinde daimi bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Bu yolda ilk adım da bu sözleşme ile atılmıştır.

1968 tarihli Savaş Suçlarının ve İnsanlığa Karşı Suçların Zamanaşımına Uğramaması Konusundaki Sözleşmeye taraf olan devletler, ayrıca soykı-

(18) Türkiye bu Andlaşma'ya 23 Mart 1950 tarih ve 5630 sayılı uygun bulma kanunu uyarınca (RG, 29 Mart 1950, No. 7469) 31 Temmuz 1950'de katılma yoluyla taraf olmuştur.

rım suçunun da zamanaşımından yararlanmayacağını kabul etmekte (m. I) ve bu amaçla gerekli ulusal önlemleri almayı yükümlenmektedirler. (m. II).

Soykırım suçunun 1948 Sözleşmesi ile yalnızca sözleşmenin tarafı olan devletlerin yargı yetkisi kapsamında ele alınması olgusu son yıllarda aşılmıştır. Nitekim artık bu suç, eski Yugoslavya ve Ruanda'daki olayların suç zanlılarını yargılamak üzere kurulmuş bulunan iki uluslararası mahkemenin statüleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü çerçevesinde anılan mahkemelerin yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Günümüzde ulusal hukuklar da bu kavrama ilişkin hükümlere yer vermektedir, ancak önemli olan uluslararası hukukun bu kavramı suça dönüştürmesi ve buna ilişkin getirdiği düzenlemedir.

Bir suç olarak düzenlenmiş olması, soykırım suçunun kapsadığı fiiller açısından da açıklığa kavuşturulmasını zorunlu kılmıştır. "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*" ilkesi uluslararası hukukun öngördüğü suçlar için de geçerlidir. Hukukun genel ilkeleri içinde yer alan bu ilke aynı zamanda "*ceza kanunlarının geçmişe etkili olamayacağı*" kuralının da dolaylı bir ifadesidir.

Sözleşme soykırım suçunu tanımlamak ve kapsam alanındaki fiilleri saymak suretiyle hukuken geçerliliği tartışılmayan şu sonuçları ortaya koymuştur:

• Soykırım kavramının bu tarihe kadar bir tanımı yapılmamıştır. Bu aynı zamanda, soykırım isnadı ile bu tarihten önce vuku bulmuş hiçbir fiil için kimsenin hukuken suçlanamayacağı anlamına gelir.

• 1948'den bu yana soykırıma dair bütün hukuki düzenlemelerde aynı tanım benimsenmiş olup, uluslararası mahkemeler içtihadında bu tanım yorumlanarak sonuçlara varılmıştır.

Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, sadece soykırım suçunun tanımını yapmakla kalmamış, sözleşen taraflara bu suçu oluşturacak fiilleri barış zamanında veya savaş zamanında işleyenleri cezalandırma yükümü getirmiştir. Fail açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiş, anayasal yetkiye sahip idareciler ve kamu görevlilerinin de cezalandırılabilmeleri öngörülmüştür.

Soykırım suçunun sanıklarını yargılama yetkisi kural olarak bu fiillerin işlendiği yer devletinin mahkemelerine aittir. Sözleşen devletler ulusal mevzuatlarında bu fiilerin önlenmesi, önlenememesi durumunda ise etkin yaptırımlar uygulanması için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

Bu düzenleme ışığında bir uluslararası mahkemeden soykırım suçundan ilk mahkumiyet kararı Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Akayesu (2 Eylül 1998) ve Kambanda (4 Eylül 1998) davalarında

çıkmıştır[19]. Eski Yugoslavya İçin Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin Krstic davasındaki 2 Ağustos 2001 tarihli kararı, önceki kararları teyiden soykırım kavramının ayırt edici özelliklerini ayrıntılı biçimde belirleyen ilk içtihat sayılabilir.

Günümüzde bu hükmün 17 Temmuz 1998'de imzalanan ve 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girip faaliyete başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Dair Roma Statüsü ile hayata geçirilebileceği görülmektedir. Fiilin ülkesinde veya ülkesinde tescil edilmiş bir gemi veya uçakta işlendiği devletin veya sanığın vatandaşı bulunduğu devletin Statüye taraf olması veya taraf olmasa da Mahkemenin yetkisini kabul beyanında bulunması durumunda soykırım suçlamaları bu Mahkemeye götürülebilecektir. Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinde olduğu gibi Roma Statüsü da dava açma yetkisini sözünü ettiğimiz devletlerin veya Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine veya resen statüsü ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunan Savcılık makamına vermektedir.

Sözleşmenin 9. maddesi "*sözleşmenin yorumu veya uygulanmasına dair uyuşmazlıkların (ki, buna soykırım veya 3. maddede sayılmış bulunan diğer eylemlerden ötürü devletin sorumluluğuna dair uyuşmazlıklar dahildir), sözleşen taraflardan birinin talebi üzerine Milletlerarası Adalet Divanı'na götürülebileceğini öngörür. Divan'a gerçek kişilerin başvuru hakkı yoktur, zarar ziyan talebiyle başvuru yapılacak mahkemeler, soykırımın yapıldığı iddia olunan yetkili ulusal mahkemelerdir. Ulusal Mahkemelerin de bu durumda, ne 1948 tarihli Sözleşmede öngörülen soykırım suçu tanımından ve ne de bu tür iddiaların değenlendirildiği uluslararası mahkemeler içtihadında benimsenmiş bulunan yorumlardan ayrılan bir takım sonuçlara varma serbestisi yoktur*[20]."

1915 Olaylarına Soykırım Hukuku Açısından Bir Bakış

Türkiye'nin önüne 1915 tehciri sırasında gerçekleşen bazı olaylar ile gelen Ermeni sorunu, Cumhuriyet Tarihimizin 1980'li yıllarında gündeme oturmuştur. Güç siyasetinin emperyalist emellerle, herhangi bir diplomatik etik güdülmeden sürdürüldüğü Birinci Dünya Savaşı günlerinde, "*Düvel-i Muazzama*" bir yandan ülkedeki ayrılıkçılığı körüklemiş, diğer yandan da onları bahane ederek Osmanlı Türkiyesine müdahale etmiştir. Dünya tarihinin ilk Cihan Savaşı patlak verdiğinde hedeflenen, oryantalist bakış açısından gördükleri sözde baskıcı Osmanlı Yönetimi'nde azınlıkları hürriyetlerine kavuşturarak, uygarlığın selameti uğruna Türkleri Anadolu'nun orta yerine hapsetmektir. Mim Kemal Öke güdülen bu amacın cezalan-

(19) 33 ILM 1598 (1994) ve 37 ILM 1399,1411 (1998). Sevin TOLUNER; "Soykırım Nedir Ne Değildir?" Konulu Konferansa Katkı, Aydınlanma Konferansları, 13 Mart 2002.

(20) Sevin TOLUNER; "Soykırım Nedir Ne Değildir" Konulu Konferansa Katkı, Aydınlanma Konferansları, İstanbul Üniversitesi, 13 Mart 2002.

dırma zihniyetinin ürünü olduğunu söyler[21]. Sevr Antlaşması bu stratejinin kağıt üzerindeki tescilidir ve başarılamamış olması eksik kalan cezalandırma operasyonuna başlanması için gerekli ve yeterli sebeptir. Konuyu Ermeniler adına gündemde tutanlardan Taner Akçam'ın soykırım tezi üzerinde kendince ileri sürdüğü haklılaştırıcı gerekçe de budur. Der ki; "Birinci Dünya Savaşı sonrası Osmanlı Devleti ve toprağı açısından müttefikler için çözümü gerekli iki sorun vardır. Birincisi Osmanlı Devleti'nin egemenlik hakları aynen korunmalı mı yoksa bu devlete ait topraklar üzerinde yeni devletlerin kurulmasına izin verilmeli mi? İkinci sorun ise savaş sırasında işlenen cinayetler ve bu suçu işleyenlere ne yapılacağıdır. Bu cezanın neleri ve kimleri kapsaması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır. Bir taraf cezalandırmanın sadece suçlu görülen kişilerin yargılanması ve de bunların sayılarının İttihat ve Terakki yöneticileri ile sınırlı olması gerekirken diğer taraf cezalandırmanın hem suçlu sayısının oldukça geniş tutularak kişilerin yargılanması hem de Osmanlı egemenliğine son verilerek parçalanma cezası biçiminde olması gerektiğini savunmaktaydı. ...eğer 1918-1923'e damgasını vuran iki farklı soruyu "*toprak ve sınır sorunu*" ile "*insan hakları*" sorunu olarak tanımlayabilirsek (ki, bu tarih bugün esas olarak toprak ve sınır tarihi olarak okutuluyor ve öyle de algılanıyor, ikinci boyut, insan hakları boyutu tamamen unutuldu ve yok sayılıyor) ben bu tarihin "*toprak ve sınır tarihi olarak algılanmasının eksik ve yanlış olduğunu, tarihin bu boyutuyla ilgili sorunun çözülmüş telakki edilmesi ve bu anlamda kapatılması gerektiğini ama insan hakları ile ilgili boyutunun çözülmemiş olduğunu ve açılması gerektiğini düşünüyor ve savunuyorum. Özellikle AB'ne üye olmak isteyen bir Türkiye açısından tarihle bu tarzda bir yüzleşme kaçınılmaz bir gerekliliktir*[22]." Baskın Oran'ın bu teze sunduğu katkı ise şudur. "*Ermenistan'la diplomatik ilişkileri derhal kurarak diasporayı devreden çıkarmak, Osmanlı Devleti'nde yaşanmış acılar için Türkiye Cumhuriyeti'nin derin üzüntüsünü ilan etmek, Cumhuriyet Tarihi boyunca bu olayları sakladığı için Türkiye halkından özür dilemek, elinde tapusu olanların malları için sembolik tazminat ödeneceğini ilan etmek*[23]."

Amerikan Cumhurbaşkanı Wilson'un milliyetler prensibine göre Türkiye'ye bırakılacak ve Türkiye'den koparılacak yerler ile Ermeni katliamı iddialarını araştırmak üzere 1919'da Türkiye'ye gönderdiği heyetin başkanı General Harbord Wilson'a ve Amerikan Senatosu'na gönderdiği raporda şöyle yazıyor[24]: "*Türkiye hastalık ve harplerden nüfusunun %20'sini kaybet-*

---

(21) Mim Kemal ÖKE; Derviş ve Komutan, s. 21.

(22) Taner AKÇAM; Türk ve Ermeni, Radikal 2, 12 kasım 2006.

(23) Baskın ORAN; "Tadında Bırakmayı Bilmemek", Radikal 2, 21 Ekim 2007.

(24) Nurşen MAZICI; ABD'nin Güney Kafkasya Politikası Olarak Ermenistan Sorunu, Pozitif yayınları, İstanbul 2005.

miştir. Yerlerinden çıkarılan Ermeniler yavaş yavaş ve hiçbir korku duymadan yerlerine dönüyorlar. Bütün seyahatimiz boyunca Türklerin Ermenileri öldürmek istediğine dair bir işaret görmedik. Üç ay önce Ermenilerin tek bir adam kalmayıncaya kadar kesildiğini duymuştuk, hâlbuki duyduklarımızın hiçbiri doğru değildi. Zaten ben bu katliamı her zaman şüpheyle karşılamıştım."

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi, Nazi Almanyası'nın Avrupa'daki Yahudi ve başka etnik gruplara yönelik kitlesel kıyımından doğan dehşet ve bunun yarattığı tepkinin ürünüdür. Ancak Sözleşmenin yürürlük tarihi ile geriye yürümezliği ilkelerine yönelik itirazların odağına Osmanlı Devleti'nde 1915 Tehcir Kararı sonrası gelişen Ermeni olayları alınmaktadır. Sözleşmenin soykırım suçlarının önlenmesi bakımından taşıdığı önemi, siyasi amaçlarla içeriğinin keyfi yorumlara konu edilmesi zedelemektedir. Yürürlüğe girdiği tarihten sonra vuku bulacak soykırım eylemlerine karşı uygulanabilecek nitelikte hükümler içeren bir sözleşme ile tanımlanan soykırım suçunun örneğin niye 1915'e kadar yürütülmesi uygun bulunmuştur da, 18. Yüzyıl'ın sonlarından itibaren Çarlık Rusyası tarafından Kırım ve Kafkasya'da uygulanan ve 19. Yüzyıl'da özellikle yeni Balkan Devletleri Sırbistan, Yunanistan ve Bulgaristan'ın izlediği politikalarla Müslüman halkın kitlesel bir şekilde sürülmesi, yok edilmesine kadar yürütülmesi uygun bulunmamıştır? Hatta Müslümanların kitlesel bir şekilde yok edilmesi o dönemde ahlaki bir infiale dahi yol açmamıştır. Çünkü dönemin en saygın batılı devlet adamları bile Türkleri uygarlığa bir kara leke olarak nitelemekte ve Avrupa'dan kovmak için uygun zamanın geldiğini açıkça ilan etmekte tereddüt etmemektedirler[25]. Birinci Dünya Savaşı'nın mağlubu ve dolayısıyla savaş suçlusu olarak Osmanlı Devleti'ni (dolayısıyla Türkleri) cezalandırmak için her şeyi yapan galiplerin kafasında faturası Türklere çıkartılmak üzere hazırlanmış bir soykırım senaryosu zaten vardı ve yazıldığı gibi oynatıldı. Bugün, 1. Dünya Savaşı koşullarında sahip olduğu toprakları korumak için her cephede savaşırken, ordusu ve Müslüman halkı arkadan vurulmuş, savaşma gücü ve yeteneği sabote edilmek istenmiş bir devletin, arkasını sağlama almak için vermiş olduğu zorunlu tehcir kararından ve uygulamasından çıkartılan planlı ve amaçlı iddialarla bunaltılıyoruz. Türklerin Almanya yanında savaşa girmesini Türklerle yapılması zorunlu bir nihai hesaplaşmanın fırsatını verdiği için sevinçle karşılayan Lloyd George, "*Türklerin Avrupa'dan kovulmaları Avrupa'nın siyasi hayatını aşağı yukarı beş yüz yıldan beri ifsat eden ... bir meseledir. Avrupa'nın beş yüz yıldan beri beklediği ve bir daha*

(25) William Gladstone, Bulgarian Horrors and the Question of the East, Londra 1876, s. 13'den Aktaran: Fikret ADANIR; "Bulgaristan, Yunanistan ve Türkiye Ekseninde Ulus İnşası ve Nüfus Değişimi", içinde: İmparatorluktan Cumhuriyete Türkiye'de Etnik Çatışma, Der. Erik Jan Zürcher, İletişim, s. 21.

da geri gelmeyecek olan bu fırsat mutlaka kullanılmalıdır[26]." Diyor. Aynı kişi, 10 Kasım 1914'te "*Türklerin insanlığa karşı işledikleri cinayetler nedeniyle nihai bir hesaplaşmaya çağrılmış olmalarından son derece memnunum*[27]" diyor

Açıklığa kavuşturalım: Biz tehcir kararının verildiği 24 Mayıs 1915'ten itibaren mi soykırım yaptık, yoksa daha öncesi de var mıydı? Var idiyse niye 1915 ve sonrasından sorumlu tutuluyoruz da öncesinden hiç bahsedilmiyor?

Eğer soykırım iddialarına tarih bilgisi ve belgeleriyle direneceksek, tehcirde kaç kişinin, nereye, nasıl giderken öldüğüne ilişkin bilgi ve belgelerle değil, 1. Dünya Savaşı'nın özellikle de sivil halk için olağanüstü dehşet verici koşullarında, müttefik güçlerin yaktıkları ve bütün Osmanlı ülkesini ve ahalisini acımadan içine attıkları ateşin sebebine ve çapına ilişkin belgelerle konuşalım.

1850-1950 yılları arasındaki 100 yılın Avrupa'da demografi mühendisliği asrı olduğunu söyleyenler, güç siyasetinin hesaplarıyla birleşen dinsel ve etnik önyargıların Avrupa'da halklara neleri yaşattığını anlatıyorlar. 18. Yüzyıl'ın sonlarında Rusya'nın genişlemesi sonucu otomatik olarak dışarıya itilen ve Rus yerleşim birimlerine yerleşmesi yasaklanmış Yahudi toplulukların Rusya sınırları içinde kalmasıyla bütün 19. Yüzyıl boyunca karma köylerden ve kentlerden sürekli biçimde kovulan, devletin göz yumduğu bazan da teşvik ettiği katliamlarla yok edilen Yahudilerin hesabını sadece Almanya'dan sormak yetmez. Ayrıca Almanya'dan sadece Yahudilerin hesabını da sormak olmaz. 2. Dünya Savaşı'nda Yahudiler gibi ve en az onlar kadar dehşet ve elem verici acılara katlanan Çingenelerin hesabını Almanya henüz vermedi. Neden? Yoksa güç siyasetinin hesaplarıyla insan hakları ve insanlık onuru davasının bir ilişkisi olmadığından mı?

Tarihte yaşananlar tarihin konusudur. Hukukun ve siyasetin bir şekilde bitirmek durumunda olduğu tarihi olaylara ilişkin tartışmalar ilânihaye sürdürülemez, sürdürülmemelidir. Eğer bu yapılıyorsa, tarihin, siyasetten ve hukuktan çıkar sağlamaya çalıştığı düşünülmelidir ki, bugün bu noktadayız. Ermeniler bir yandan geçmişte uğradıklarını iddia ettikleri soykırımın yarattığı travmanın etkisindeki masum halk gibi dünya kamuoyu önünde gösteri sergiler ve tarihi hep gündemde tutarken bir yandan da, soykırımı tarihsel gerçekliği kanıtlanmış ve artık üzerinde tartışılmayacak bir olgu olarak gösterip, sonrası üzerinde pazarlık yürütmeye kalkışıyorlar. Oysa sorun 1. Dünya Savaşı sonrası yaşanan gelişmeler paralelinde çözül-

---

(26) Gotthard JASCHKE; Kurtuluş Savaşı İle İlgili İngiliz Belgeleri, Ankara 1971, s. 54.

(27) Gotthard JASCHKE;"Beitrage zur Geshichte des Kampfes der Türkei um ihre Unabhangigkeit", Die Welt des Islams, s. 2'den AKTARAN: Taner AKÇAM; "Sevr ve Lozan'ın Başka Tarihi", İçinde: Türkiye'de Etnik Çatışma, s. 51-87(s. 57).

müştür ve artık bu konu hakkında konuşmak abesle iştigaldir. Yeni siyaset dengelerinin oluşturulmak istendiği bu dönemde soykırım iddiaları, Türkiye'nin dönüp cevap vermek tenezzülünde dahi bulunmaması gereken, siyaseten ürkütme ve bazı politikalara mahkum etme şantajından başka bir şey değildir.

İnsanlığa Karşı Suçlara (ve soykırıma) Tek Tip Bir Bakış Açısı Mümkün mü?

İnsanlığa karşı işlenmiş suçların mağdurlarının hiçbiri, çektikleri acılar bakımından diğerinden farklı değildir. Ancak bu suçlara ve bu suçların mağdurlarına politik hesaplar güderek bakanların yaptıkları ayrım, adeta yeni bir insanlığa karşı suç kategorisi oluşturacak kadar vahim sonuçlar üretmektedir. Örneğin 1915'te alınan tehcir kararının ardından gerçekleşen olaylara bakarken Batının sergilediği ahlaksız tavır ve Türkiye'de yapıldığını iddia ettikleri soykırım üzerinden kendi tarihlerini aklama kurnazlığı insanlığa karşı suçların inkârı ile eşdeğerdir.

Hollanda'nın Endonezya'da, Fransa'nın Cezayir'de, Belçika'nın Kongo'da, İngiltere'nin İrlanda'da, İtalyan'ın Libya'da yaptıkları, 1915'ten daha yakın bir tarihte vuku bulmuş ancak kopartılan Ermeni soykırım iddiaları gürültüsünde unutturulmaya çalışılmaktadır. 1940'ların sonunda Endonezya'da yapılan kitlesel katliamlar için Hollanda'nın özür dilediğini hatırlamıyoruz. Fransa, Cezayir konusu açıldığında, en doğru kararın tarihçiler tarafından verileceğini söylüyor. 1915 olaylarının özellikle son on yılda sürekli gündemde tutuluyor olması ve Türkiye'nin bu iddia üzerinden sürekli hedefte tutulması, Avrupa'nın bu sorunu son derece işlevsel kullandığını da gösteriyor. Hem 1915 üzerinden kendi suçlarını örtmekte ve karartmakta hem de Türkiye'nin uluslararası ittifaklar içinde yerini almasını engellemek için Ermeni meselesini araçsallaştırmaktadır. Psikanalistler için bu davranışın gizlediği gerçek şudur: "*Yansıtma sayesinde saldırgan kendisini değil, diğerini saldırgan olarak konumlar. Kolektif kıyıma yönelenler, aslında kurbanın onlara daha önceden kötülük ettiğini ve cezalandırılmazsa kötülük etmeye devam edeceğini düşünürler*[28]."

Yüz yıl önce Osmanlının parçalanması için uygun araç olarak görülen Osmanlı vatandaşı Ermeniler, şimdi de yaşadıkları trajedi üzerinden araçsallaştırılmakta, reel politiğe kurban edilmektedirler. Soykırım iddiasını gündemde tutmak ve Türkiye'ye kabul ettirmek karşılığında Ermenistan iç kamuoyuna vaat edilen ise, bu yolla iktisadi darboğazdan kurtulmaktır. Baskın Oran'ın samimi üslubundan da yansıdığı gibi Ermeni Soykırım Davası üzerinden Türkiye'nin uğraması muhtemel yaptırım, tanımanın ardından tazminat ve toprak olarak düşünülmektedir. ABD'nin Türkiye

(28) Bkz. Nuri BİLGİN (der.): Cumhuriyet Demokrasi ve Kimlik, Bağlam yay., İstanbul 1997, s. 103.

Büyükelçisi'nin Ermeni soykırım tasarısının Temsilciler Meclisi Dış İlişkiler Komitesi'nde oylanması sürecinde "*Tasarı Temsilciler Meclisi'nden geçerse tazminat söz konusu olabilir*" sözü basına yansımıştır. Erivan Soykırım Müzesi Müdürü eski Bakan Prof. Lorenti Barsaghian ölen her Ermeni için üçyüzbin dolarlık bir bedel biçmektedir. Tehcir sırasında kaç Ermeninin öldüğü konusunun bu kadar tartışılması ve ısrarla sayının yüksek gösterilmesi boşuna değildir. Çünkü ne insanlığa karşı suç, ne de bu suç kapsamındaki en ağır suç tipi olan soykırımın gerçekleşme koşulu olarak belli sayıda insanın öldürülmesi aranmamaktadır. Amerikalı bir emekli yargıç olan Samuel A. Weems "*Hıristiyan Terörist Bir Devletin Sırları : Ermenistan*" adlı kitabında diaspora / Erivan hattında karlı bir soykırım endüstrisi kurulduğunu vurgulamaktadır[29]. Toprak hayali ise saldırgan bir yayılmacılığın dışa vurumudur ve emperyalizm çağının çıkarcı dış siyaset modelinin yüzyılımızın evrensel değer olarak tanıdığı ve korumaya aldığı "*insanlık*" üzerinden nasıl çıkar peşinde koştuğunu da göstermektedir. Amaç aynen Osmanlı döneminde olduğu gibi uluslararası sistemin hegemon güçlerini harekete geçirip Türkiye üzerine salarak çıkarlarını gerçekleştirmektir. İddiaların gerçek dışılığı, taleplerin saçmalığı ve kabul edilemezliği ortadadır ancak asıl ilginç olan üçüncü taraf olan ülkelerin bilhassa da batının böylesine uç, hatta fantastik talepleri hedefleyen soykırım iddialarında nasıl gerçeklik görüp bu iddialar üzerinden parlamentolarında hukuki hiçbir değeri olmasa bile bir takım kararlar alma yoluna gittikleridir. Ermeni topluluklarından oy alma kaygısı, bize yansıtılan aklileştirilmiş nedendir ve fazla da inandırıcı değildir. Ermeni sorununda gerçek neden, bu sorunun uluslararası ilişkilerde Türkiye ile yaşanan çıkar çatışmalarında muhatap ülkelerin pazarlık gücünü artıran bir koz olduğudur.

İnsani Müdahale' Siperinde İşlenen İnsanlığa Karşı Suçları da Görmeliyiz

İnsanlığa karşı suç ve bunun bir alt kategorisi olan soykırım suçlarının uluslararası sözleşmeler kapsamında tanımlanıp uluslararası hukukun koruma kapsamına girmesi ve bu suçların faillerini yargılamak üzere uluslararası yargı yetkisine sahip mahkemelerin kuruluşu Yirminci Yüzyıl'ın ikinci yarısında vuku bulan gelişmelerdir. Bu gelişmelere eşlik eden geride bıraktığımız yüzyılın diğer gelişmelerini ve yeni bir yüzyılın eşiğinde yaşanmakta olanları da göz önünde bulundurup hepsini aynı bakış açısının kavrama alanına soktuğumuzda görebileceklerimiz, insanlığa karşı suçların hem faillerini, hem insanlık ve dünya için arzettiği tehdidi, hem de önlemek için alınması mümkün önlemleri tartışmakta işimize yarayacaktır. Yirminci Yüzyıl'da insan hakları, insani müdahale kavramları ile tanıştık ve

---

(29) Aktaran: Mim Kemal ÖKE; Derviş ve Komutan, s. 45.

insan haklarını korumak ve ihlallere karşı etkin önlemler geliştirmek üzere oluşturulan uluslararası kuruluşlar ve bu kuruluşlar bünyesinde hazırlanan insan hakları bildirgeleri gördük. '*İnsanlığa karşı suç*' adı altında bir suç tipinin ortaya konulması, insan hakları kavramı üzerinden aldığımız yola paralel bir gelişmedir, bu nedenle de insan hakları alanında yaşadığımız her sorun, aynı zamanda insanlığa karşı suçlar, bu suçların tanımlanması, faillerinin yargılanması ve insanlığa karşı suçların engellenmesi süreçlerinde de sorunlar çıkarmaktadır.

Bu yazı, insanlığa karşı suçun ne olduğu, nasıl engelleneceği veya nasıl cezalandırılacağına ilişkin pozitif hukukun kapsam alanında bir yazı olmanın ötesinde, böyle bir suç tipinin uluslararası hukuk içinde ne amaçla ihdas edildiği, koruduğu hukuki değerin ne olduğu ve pratikte işlevsel bir nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin bazı sorunları da düşünme amacına yönelik olarak kaleme alınmıştır.

Günümüzde insan hakları ihlalleri, ulus-devletlere yöneltilen suçlama nedenlerinden biridir. İnsani müdahale adı altında vuku bulan müdahaleler, insan haklarının devletin iç egemenlik alanında kalan bir konu olmadığı, uluslararası topluluğu ilgilendirdiği düşüncesi ile savunulmaktadır. Bu müdahalelerin yüzyılımızdaki en somut örnekleri askeri müdahalelerdir. Aslında insani müdahale kavramı 19. Yüzyıl'da da kullanılan bir kavram olmakla birlikte, 20. Yüzyıl'ın koşullarına uygun biçimde bu yüzyılda ön plana çıkarılan insan odaklı değerlerle zenginleştirilip, yeni savunma argümanları ile yeniden gündeme alınmıştır. Bu kavramın 19. Yüzyıl boyunca sömürgeciliğin yayılmasında işlev gören bir kavram olduğu bilinmektedir. Devletlerin kendi yurttaşlarına karşı insanlık dışı uygulamalarını durdurmak amacıyla diğer devletlerin askeri müdahalelerde bulunmalarını ifade etmektedir[30]. 19. Yüzyıl'da geleneksel uluslararası hukuk, insani amaçlarla bir devlete müdahalede bulunulmasını iki ana nedene dayandırmıştır. Bunlardan biri yabancı ülkedeki yurttaşlarının yaşamlarının ve mülkiyetlerinin korunmasıdır. İkincisi ise; müdahalede bulunulan devletin kendi yurttaşlarına olan kötü muamelesidir. Bu, bir devletin kendi yurttaşlarına kötü muamelesi yaygın ve vahşi bir nitelik aldığında bu muameleyi durdurmak için bir devletin veya devletler grubunun güç kullanımını ifade eder[31]. 19. Yüzyıl güçlü Avrupa Devletlerinin zayıf ülkelere müdahalelerinin örnekleri ile doludur. Bu müdahaleler örneğin Avrupa Kıtası'nda yeni bağımsız devletlerin kurulması ile sonuçlanmıştır. Yunanistan (1829), Belçika (1830), İtalya (1859-60) bağımsızlıklarını Avrupa Devletlerinin askeri müdahalelerine borçludur. Osmanlı Devleti de Avrupa'nın insani

(30) Yasemin ÖZDEK; Uluslararası Politika ve İnsan Hakları, Öteki yayınevi; Ankara 2000, s. 55.

(31) Anna MICHALSKA; "Humanitarian Intervention", Eds. Kathleen E. Mahoney and Paul MAHONEY, Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 393.

müdahalelerinden en fazla payını alan devletlerden biridir. Osmanlı'nın 19. Yüzyıl Tarihi "*Avrupa müdahalelerinin tarihi*" olarak nitelendirilebilir. Bu müdahalelerde özellikle azınlıklar konusu kullanılmış, keyfi pek çok müdahale ile Osmanlı Devleti her açıdan zayıflatılıp yıkılma sürecine sokulmuştur.

Ancak ne 19. Yüzyıl'da ne de daha sonraki süreçte insani gerekçelerle müdahale hakkı uluslar arası hukukta tanınmamış ve insani müdahale kavramı hukuki bir temele kavuşmamıştır. Bu kavramın sömürgeci ve yayılmacı politikaların kalkanı olmaktaki bariz rolü nedeniyle uluslararası hukuka alınmamış olması yüksek bir ihtimaldir. 20. Yüzyıl boyunca uluslararası hukukta egemen ilke müdahale yasağı olarak belirlenmiş ve bu ilke biçimsel olarak halen geçerliliğini sürdürmektedir. Bu kavramın yeniden yükselişi, insan haklarını koruma ve insanlığa yönelen suçların önlenmesi ve cezalandırılması maksadı gerisinde, müdahale yasağını fiilen ortadan kaldırmak amacıyladır. Örneğin Irak'a ABD müdahalesinin gerekçelerinden biri olarak insan hakları ihlalleri gösterilmiş, Somali'ye müdahale insani yardım temelinde açıklanmıştır. NATO'nun Kosova'ya müdahalesi de bir insani müdahale olarak sunulmuştur.

İnsan haklarını korumak ve insan hakkı ihlallerini önlemek gibi görünür nedenlerin, aslında müdahale yasağı bendini devirmek maksatlı kullanıldığı, yakın geçmişte yaşanan müdahalelerin gelişim süreçlerinden de anlaşılmaktadır. Irak'tan Bosna'ya, Haiti'den Doğu Timur'a, Somali'den Kosova'ya değin geniş bir coğrafyada halen yaşanan müdahalelerin, insan hakkı ihlallerini sona erdirmediği gibi, müdahaleci güçlerin bölgeye işgalci güç olarak yerleşmeleri sürecinde yeni tip ihlallerin ortaya çıktığı açıkça görülmektedir. Ulus-devletler bünyesindeki etnik temeldeki ayaklanma ve terör eylemlerine, insan hakları argümanı gerisinde açıkça savunulmasa dahi destek çıkılması veya görünürde meşru nedenler üzerinden terörü ve şiddeti teşvik eden ve cesaretlendiren bir söylem geliştirilmesi ardında, insani müdahale adı altında operasyona geçilmesi için uygun bir ortamı hazırlamak ve kendi yönetimlerini müdahale bölgelerine taşımak amacını okumak mümkündür. AB'nin Nato'dan bağımsız bir ordu kurma girişimini "*acil müdahalede bulunabilmek*" biçiminde açıklaması, Avrupa'nın bu yeniden paylaşım sürecinde diğer güçlerden geri kalmak istemediğini ortaya koymaktadır[32]. Yeniden paylaşım ve sömürgeleştirme sürecinin insan hakları ve barış olarak açıklanan temelleri ise gerçek niyeti gizlemekten başka bir işe yaramamaktadır. İnsani müdahalelerin insan hakları

---

(32) Bkz. 10-11 Aralık 1999 Helsinki Zirvesi Bildirisinde, "Birliğin uluslararası krizler karşısında karar alma otoritesini güçlendirmek ve Nato'nun tümüyle katılmadığı durumlarda AB önderliğinde askeri operasyonlar için hazırlık yapmak ve operasyon gerçekleştirmek konularında kararlı olduğu" vurgulanır. Bkz. Presidency Conclusions, Helsinki European Council, 10 and 11 December 1999, Annex IV.

ihlallerini artıran niteliği ise Irak ve Kosova örneklerinde en açık biçimde görülmüş, hava bombardımanlarıyla sivil halk katledilmiştir. Ayrıca insan hakkı ihlalleri yalnız bu görünenlerden de ibaret değildir. Müdahalecilerin ulus-devletler içindeki etnik ve dinsel çelişkileri kullanarak derinleştiren politikaları iç savaşları tırmandırmaktadır[33].

İnsanlığa karşı suç kavramı ile neyin ifade edilmek istendiği ve bu suçu işlediğinden bahisle kimlerin ulusal ve uluslararası yargısal makamlar önünde yargılanıp cezalandırılacağı bu bağlamda önem kazanır. Geçmiş örneklerle gördük ki, galipler ne 1. ne de 2. Dünya Savaşı sonrası işlemiş oldukları savaş suçları nedeniyle yargılanmamışlar, böyle bir konu gündeme dahi getirilmemiştir. Şimdi de insani müdahale kapsamında barış ve asayiş getirme maksadıyla (buna demokrasi ve özgürlük de eklenmiştir) paylaşım alanlarına akın eden insani müdahaleciler, müdahale sürecinde işledikleri suçlar nedeniyle yargılanmamak ve müdahil oldukları bölge halklarının yönetim mevkiindeki kişilerin ve toplumsal kesimlerin direniş güç ve kararlılıklarını kırmak için onları bu suç ile tehdit etmektedir. Buradan "*insanlığa karşı suç*" adı altında sayılan suç tiplerinin insanlığa yönelen ağır ve haksız tehdit potansiyelini hafife aldığımız sonucu çıkarılmamalıdır. İfade edilmek istenen, bu suçların saiki ve gerçek failleri üzerinden bir analiz yapılıp, uluslararası mahkemelerin üye kompozisyonlarını belirleme yetkisi, insani müdahale kalkanı ile uzak coğrafyalarda sefere çıkmış küresel güçlerin elinden alınmadığı sürece insanlık, katillerinin yargıç olduğu ve verilecek hükme esas alınacak yasaların da katillerce yapıldığı bir uluslararası hukuk komedisinin seyircisi olacaktır.

Sonuç Yerine;

Soykırım ve benzeri insanlığa karşı suçları önlemek için acil önlemler almakta geç bile kalınmıştır. Diğer yandan uygar dünya, nelerin gerçek anlamda insanlığa karşı suç ve kimlerin gerçek anlamda soykırımcı, saldırgan, insan hakları ihlalcisi olduğunu tespit ve ilan konusunda objektif ve dürüst olmaktan kaçınmaktadır. Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi ve aynı amaç ekseninde yapılmış tüm sözleşmeler çerçevesinde oluşturulmuş tüm engelleyici, denetleyici ve yargısal kurumların acilen değerlendirip gereğini yapması için pek çok dosya önünde bekliyor. Bir ulusun, tarihinin en şanlı ve en karanlık sayfalarını aynı samimiyet ve dürüstlükle sahiplenip hafızasını ortak bir toplumsal bilince dönüştürmesi için ve salt bu amaçla yapılan tarih değerlendirmeleri iyi ve faydalıdır. Ama hissedilen ve görülen odur ki, tarihiyle yüzleşmeye davet edilen uluslara bu davet, böylesi hayırhah bir maksatla yapılmamaktadır. Geleceğe ilişkin örtülü ya da açık şantaj ve tehditlerin o ulusun geçmişi üzerinden ve geçmişi bahane

(33) Yasemin ÖZDEK; Uluslararası Politika ve İnsan Hakları, s. 59 vd...

kılınarak yöneltilmesi, haydutluğu vicdan adına, hukuksuzluğu adalet adına meşrulaştırma gayret ve kurnazlığından başka bir şey değildir. Pierre Nora, "*Mağdurların, kurbanların ve yenilenlerin anısını saygıyla anmak, tarihin yapması gereken bir iştir. Ama bütünüyle mağdurların, kurbanların ve yenilenlerin bakış açısından yazılan ve yargılanan bir tarih, tarihin reddidir*[34]" diyor. Bugünün değerleriyle tarihi yargılamak ne kadar yanlışsa bugünün kaygılarıyla tarihi reddetmekte o kadar yanlıştır. İkisinin ortasında durmak mı doğrudur? Hayır, tarih geçmişte yaşananların belgeler, kayıtlar üzerinden resmedildiği bir alandır. Rütujsuz ve montajsız resme korkmadan ve tam karşıdan bakınca gördüklerimiz üzerinden hukuk ve vicdan neyi gerektiriyorsa yaparız, herkes yapmalıdır.

İçinde yaşadığımız dünya, sloganlaştırılmış kavramlar ormanında, olayları neden-sonuç ilişkisi içinde görmemizi engelleyecek bir hızla dönüyor. Ama, kimlerin ülkelerinin bekçisi ve kimlerin başka ülkelerin istenmeyen misafirleri olduğunu, bu misafirliğin ev sahipliğine dönüşme aşamasında uygar dünyanın harika çocuklarının nasıl hem cani hem yavuz hırsıza dönüşüverdiğini tarih hep aynı soğukkanlılığı ile sergiledi.

Şimdi, insanlığın onuru ve bekası için uluslararası hukukun sunduğu tüm mekanizmaları harekete geçirmek zamanıdır. Bundan sonraki felaketlerden kaçınmak sadece ceza tehdidi ile sağlanamaz, etkin politik sınırlamalar getirilmeli ve mutlaka her ülke için eşit uygulanmalıdır. Zulüm ve toplu öldürmeler için mükemmel bir teknoloji hizmete amadedir. Yirminci Yüzyıl'daki savaşlar, katliamlar ve soykırımlar insanda bulunan yok etme eğiliminin modern teknolojiyle birleşmesinden doğmuştur[35]. Bu teknolojiyi işlevsiz kılacak güç ancak insanlığın vicdanıdır.

---

(34) Aktaran: Ahmet İNSEL; "Tarihle Yüzleşmek", Radikal İKİ, 3 Aralık 2006.

(35) Bkz. Jonathan GLOVER; İnsanlık 20. Yüzyılın Ahlaki Tarihi, Çev. Ayla Okyayuz Yazal, Pnoenix Yayınevi, Ankara 2003, s. 625.

YENİ YASALARIN IŞIĞINDA VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

Mehmet UYSAL[1]

TEMEL AÇIKLAMALAR

Vergi kamu hizmetlerine harcanmak için hükümetin, yerel yönetimlerin yasalara göre doğrudan veya bazı madde fiyatlarının üstüne koyarak dolaylı yoldan herkesten topladığı paradır.[2] Bireyler açısından ise vergi kamu hizmetlerinin finansmanına katılmaktır. Vergi T.C. Anayasası'nda da siyasi haklar ve ödevler kısmında yer almıştır. Anayasamıza göre her bir Türk yurttaşı için vergi vermek ödevdir.

Vergi Hukuku'nun asli kaynağı olan Anayasa'da verginin temel ilkeleri 73. maddede "*Vergi Ödevi*" başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu maddesi herkesin kamu giderini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim harç gibi mali yükümlülüklerin yasayla konulacağı temel ilkelerini düzenlemiştir. Verginin yasallığı yükümlüler yönünden anayasal bir güvence sağlamıştır.

Vergi yükümlülüğünü yerine getirme ödevi yükümlülere verilirken; Devlete de bu ödevin yerine getirilmesi yönünde yetki ve güç verilmiştir. Devlet bu yetki ve gücünü "*genellik ve eşitlik*", "*mali güç*", "*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*", "*kamu giderlerini karşılama gereği*" ve "*yasallık*" gibi sosyal ve hukuk devleti gereklerine uygun olarak kullanacaktır.[3]

Türkiye Cumhuriyeti Devleti sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal devlet vergi ve ceza uygulamaları açısından; kamu giderlerini karşılama işlevi, adalet, ödeme gücü, gelir ve servetin dağılımıyla ilgilenirken, hukuk devleti de bu etkinlikleri yasallık, genellik, eşitlik,temel hak ve özgürlüklere uygunluk, belirlilik, geriye yürümezlik ilkeleri ile korumaktadır.

Ülkemizde vergi tabanının genişletilmesi, vergi kayıp ve kaçaklarının asgariye indirilmesi ve kayıt dışı ekonominin önlenmesine yönelik yasa bazında yapılan değişiklikler vergide adalet ilkesini gerçekleştirmeye yönelik gayretler olarak değerlendirilmektedir.

Vergi Sistemi ve Vergi Çeşitleri

Belli bir ülkede belli bir dönemde uygulanan vergilerin bütünü '*vergi sistemi*' olarak adlandırılır. Bir vergi sistemi tek bir vergi türü üzerinde

---

1) İstanbul 11.Asliye Ceza Mahkemesi Yargıcı

(2) Türk Dil Kurumu " Türkçe Sözlük" Ankara 1988

(3) Prof. Dr. Yaltı,B."İlkesel Düzeyde Vergi Ceza Sistemi","Vergi Sorunları Dergisi" Şubat 2008 ,özel sayı .233 s.103

kurulmuşsa tek vergili sistem, birden çok vergi uygulanmakta ise çok vergili sistemden söz edilir. Çağdaş ekonomilerde devletin artan gelir gereksinimini karşılayabilmek için birden çok vergi uygulandığı görülmektedir.[4]

Vergilendirilen ekonomik kaynağa göre çoklu vergi sistemi üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir.

1. Gelir üzerinden alınan vergiler,
2. Servetten alınan vergiler,
3. Harcamalardan alınan vergiler.

Gelir üzerinden alınan vergiler*:*
a) Gelir Vergisi,
b) Kurumlar Vergisi.

Servetten alınan vergiler*:*
a) Emlak Vergisi,
b) Veraset ve İntikal Vergisi,
c) Motorlu Taşıtlar Vergisi.

Harcamalardan alınan vergiler*:*
a) Katma Değer Vergisi,
b) Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi,
c) Özel Tüketim Vergisi,
d) Motorlu Taşıtlar Vergisi,
e) Özel İletişim Vergisi,
f) Şans Oyunları Vergisi,
g) Damga Vergisi,
h) Gümrük Vergisi,
ı) Harçlar,
i) Belediye Vergileri.[5]

Vergilendirme Süreci

Vergi, vergiyi doğuran bir olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu hukuksal yada fiili olabilir. Bir kimseye bir mal yada paranın intikali yada mülkiyet hakkının devri gibi durum ve nedenlerde vergi ödemekle yükümlü olacağından bunlar vergi doğuran olaylardır.[6]

Bir kimseyi vergi yükümlüsü durumuna sokan koşul (yani vergiyi doğuran olay) gerçekleştiğinde, vergi alacağının yasal düzenlemelerde gös-

---

(4) Prof. Dr. Öncel, M. Prof. Dr. Kumrulu, A. Prof. Dr. Çağan, N. "Vergi Hukuku" 2.baskı Ankara 2003 s.226

(5) Dr. İleri, Y. "Gelir İdaresinin yeniden yapılandırılması konulu panele sunulun tebliği" 02.07.2004, Maliye Okulu Mezunları Derneği.

(6) VUK Md.19 - Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı yükümlü bakımından vergi borcunu teşkil eder.

terilen kısım ve oranlar üzerinden hesaplanmasından sonra ortaya miktar olarak çıkan sonuç **verginin tarhıdır**.[7]

Vergilendirmeye ilişkin bu süreç ve işlemler üzerinde etkili olan tüm hususlar yükümlü veya bir yaptırım söz konusuysa sorumlusuna yazı ile bildirilir. Bu **verginin tebliğidir**.[8]

Süreç içinde ayrı bir işlem niteliği taşımayan **tahakkuk** (ödenecek duruma gelme), kendiliğinden gerçekleşen bir olguyu saptamadan ibarettir. Tarh ve tahsil birer idari işlemdir. Tahakkuk aşamasının yükümlüyü ilgilendiren yönü; yazılı bildirim üzerine yükümlü Vergi Mahkemesi'ne bir dava açtığında yürürlüğün durdurulmasına karar verilmeksizin tahsil işlemi dava sonuna kadar durmasıdır.[9]

Vergilendirmenin son bulduğu bu aşama (**tahsil**) yükümlünün kendi arzu ve iradesi ile gerçekleşir. Gerçekleşmemişse, idare, kamu alacaklarının ödettirilmesine ilişkin yasaya göre cebri icra yoluyla tahsil eder.[10/11]

Vergi ödevinin niteliği,vergi borcunun doğumu ve ortadan kalkmasına ilişkin kurallar vergi hukukunun konusudur. Vergi hukuku vergi usul hukuku, vergi icra hukuku, vergi yargılama hukuku ve vergi ceza hukuku olarak adlandırılmaktadır.[12] Bu makalenin konusu suç sayılıp yaptırımı hapis cezasını içeren vergi kaçakçılığı suçları olmasına göre bizi ilgilendiren hukuk dalı vergi ceza hukukudur.

Devletin mali gelirleri içersinde vergi en önemli kaynaktır. Devletin vergi gelirinden yoksun kalması hazinenin zarara uğraması sonucunu doğuracaktır.Bu nedenle devlet vergi gelirlerinden yoksun kalmasına neden olacak eylemleri engeller.[13] Vergi Usul Yasası'nın 331. maddesi "*vergi kanunu hükümlerine aykırı hareket edenler,bu kitapta yazılı vergi cezaları ve diğer cezalarla cezalandırılırlar*" hükmü ile vergi kaybının engellenmesinin yaptırıma bağlı olduğuna işaret etmiştir.

I- VERGİ SUÇLARINDA İDARİ SUÇLAR VE KAMUSAL SUÇLAR AYRIMI

213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın Ceza Hükümleri başlığını taşıyan dördüncü kitabı vergi suçlarını düzenlemektedir. Vergi Usul Yasası'nın 5728 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe kadar, hem idari suçlar hem de

(7) VUK Md 20 - Verginin tarhı, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idari muameledir.

(8) VUK Md 21 - Tebliğ, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından yükümlüe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir.

(9) VUK Md 22 - Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir.

(10) VUK Md 23Verginin tahsili,kanuna uygun surette ödenmesidir.

(11) Özay İl Han Günışığında Yönetim. İstanbul 1996 s. 461 ve devamı.

(12) Prof. Dr. Öncel, M. Prof. Dr. Kumrulu,A. Prof. Dr. Çağan,N. "Vergi Hukuku" 2.baskı Ankara 2003 s.6

(13) Prof. Dr. Donay, S."Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları" İstanbul 2008, s.12

kamusal nitelikteki suçlar bir başlık altında düzenlenmişti. Yasanın yeni düzenlemesinde ise temel ceza yasalarındaki değişikliğe uygun olarak idari aykırılıklar kabahat sayılıp idari yaptırıma bağlanmıştır. Ancak para cezası olan bu yaptırım bir ceza hukuku yaptırımı olan "*adli para cezası olmayıp*" idari yaptırım olan "*idari para cezasıdır*" Kamusal nitelikli suçlar ise hapis cezası ile yaptırıma bağlanmıştır.

Temel yasalarda yapılan değişiklikler 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası kamu düzenini bozan ve özünde birer haksızlık oluşturan eylemleri suç olarak tanımlamaktadır. Yaptırım olarak da hapis, adli para cezası yada güvenlik tedbiri öngörülmüştür Eski Türk Ceza Yasası'nda yaptırımı hafif hapis ve hafif para cezası olan ve kabahat sayılan eylemler ise 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nda düzenlenmiştir.Birer haksızlık oluşturmasına karşın suç sayılmayan ancak yaptırımı idari olan eylemler 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 2. maddesinde "*...kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*" olarak tanımlamıştır.

5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın Ek 1 inci maddesi 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nda yer alan idari aykırılıklarla ilgili Vergi Mahkemelerinin görevine ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Bu hüküm idari vergi ihlallerinin kabahat niteliğini değiştirmez. Buradaki ayrım idari vergi ihlallerinin usul açısından Kabahatler Yasası kapsamı dışında kalmasıdır. İdari vergi ihlalleriyle ilgili görevli mahkeme 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Yasa ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nda Vergi Mahkemeleri olduğu düzenlenmiştir. Bu mahkemeler görevlerine giren uyuşmazlıkların çözümünü Kabahatler Yasası'na göre yapmayıp kendi yasasındaki usule göre yapmaktadır.

1-) İDARİ VERGİ İHLALLERİ

Uluslararası ve ulusal belgelerimizde yer alan düzenlemeler günümüzde suç ve ceza kavramlarını bir yandan biçimsel, diğer yandan da içeriği itibariyle bazı ilkelere bağlamıştır. Bu ilkelere anlam ve içerik katan hiç kuşkusuz yargısal uygulama ve yorumlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay İdari vergi ihlallerini bunlarla ilgili vergi davalarını cezai nitelikte görmektedir. İnsan Hakları Mahkemesi Bendenoun/Fransa vakasında; Vergi Daireleri tarafından gümrük, kambiyo ve vergi suçları nedeniyle kesilen vergi cezalarıyla ilgili davaya ilişkin olarak:

1.) Vergiye ilişkin iç hukuk hükümlerinin vergiye ilişkin herkese uygulanabilir olduğundan,

2.) verilen cezalar hazinenin zararını gidermeye yönelik olmayıp yeniden suç işlemeyi önlemek üzere caydırmaya amaçladığından,

3.) para cezasının dayandığı genel kuralın amacı caydırmak ve cezalandırmak olduğundan,

4.) verilen cezalar önemli miktarda olup ödenmemesinin bir yaptırımı olduğundan vergi davalarının cezai nitelik gösterdiği tespitinde bulunmuştur.

Danıştay'ın tanımına göre vergi cezaları;vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat yada zam olarak değil, zararı aşan tutarda karşılık olma yoluyla faili cezalandırmak ve ceza tahdidiyle, söz konusu fiili önlemek amacı güdülmesidir. Bunun sonucu olarak idari nitelikli vergi davaları cezai nitelikte ise suç ve cezada yasallık ilkesi, sorumluluklar yönünden kusur ilkesi, Ceza Hukuku'ndaki hukuka uygunluk halleri, cezayı azaltan nedenler İdari Ceza Hukuku'nda da göz önünde bulundurulmalıdır.[14]

Temel ceza yasalarındaki değişiklik 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, haksızlık oluşturan eylemleri suçlar ve kabahatler olarak ayrıma tabi tutmuştu. 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı yasa ile de vergi suç ve cezalarında temel ceza yasalarına uyum sağlamaya yönelik değişiklik yapılmıştır.

Vergi Usul Yasası'nda yer alan vergi ihlallerinin bazılarının yaptırımı idari para cezası olup kabahat sayılmaktadır. Yükümlünün bağlı bulunduğu Vergi Dairesince kesilen vergi zıyaı cezası, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları birer idari yaptırımdır

Vergi Usul Yasasında yer alan İdari vergi ihlalleri şunlardır:

a. Vergi Zıyaı Cezası

Vergi zıyaının tanımı VUY'inin 341.[15] maddesinde yapılmıştır. Buna göre; Yükümlü yada sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini ifade eder. Maddenin ikinci fıkrasında da şahsi, medeni ve aile durumunu verginin eksik tahakkuk etmesine neden olacak kapsam ve biçimde beyan etmesi de vergi zıyaı sayılmıştır. Maddenin son fıkrasında ise etkin pişmanlığın kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

---

(14) Doç. Dr. Soydan B."Y.İnsan Hakları açısından vergi yükümlüsünün adıl yargılanma hakkı" "Vergi Sorunları "sayı 143 s.153

(15) VERGİ ZİAYI: Madde 341 - Vergi zıyaı, yükümlüin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder.

Şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermek de vergi zıyaı hükmündedir.

Yukarı ki fıkralarda yazılı hallerde verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınması ceza uygulanmasına mani teşkil etmez.

Vergi Usul Yasası'nın 5728 Sayılı Yasa'yla değişik vergi zıyaını düzenleyen 344.[16] maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birleştirilerek birinci fıkra haline getirilmiş, üçüncü fıkrada ikinci fıkra olarak yer almıştır. Yeni düzenlenen şekliyle birinci fıkradaki hallerde zıyaa uğratılan verginin bir katı, ikinci fıkrada 359. maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde üç katı uygulanacağı öngörülmüştür.

b. Usulsüzlük Cezası

Usulsüzlük vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine aykırı davranma söz konusudur. Yükümlü vergi zıyaı kastı olmasa ve hatta vergi zıyaı oluşmasa da düzenleyici kurallara uymaması dahi idari aykırılık oluşturur. Usulsüzlük ve cezaları VUY'inin 351. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve 352. maddeye göre çeşitli derecelere ayrılmıştır.[17] Birinci

---

(16) VERGİ ZİYAI CEZASI Madde 344 - Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./274.mad) 341. maddede yazılı hallerde vergi zıyaına sebebiyet verildiği takdirde, yükümlü veya sorumlu hakkında zıyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi zıyaı cezası kesilir.

Vergi zıyaına 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.

Vergi incelemesine başlanılmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere, kanuni süresi geççikten sonra verilen vergi beyannameleri için bu madde uyarınca kesilecek ceza yüzde elli oranında uygulanır.

(17) USULSÜZLÜĞÜN TARİFİ: Madde 351 - Usulsüzlük vergi kanunlarının şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesidir.

USULSÜZLÜK DERECELERİ VE CEZALARI: Madde 352 Usulsüzlükler, aşağıda yazılı derecelere ve bu kanuna bağlı cetvele göre cezalandırılır. Usulsüzlük fiili re'ysen takdiri gerektirirse, bağlı cetvelde yazılı cezalar iki kat olarak kesilir.

I inci derece usulsüzlükler:

1.Vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemiş olması;

2. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden herhangi birinin tutulmamış olması;

3. Defter kayıtlarının ve bunlarla ilgili vesikaların doğru bir vergi incelemesi yapılmasına imkan vermeyecek derecede noksan, usulsüz veya karışık olması;

5. Çiftçiler tarafından 245 inci Madde hükmüne göre muhtar ve ihtiyar heyetlerince yapılan davete müddetinde icabet edilmemesi;

6. Bu Kanunun kayıt nizamına ait hükümlerine (Madde 215 - 219) uyulmamış olması (Her incelemede inceleme tarihine kadar aynı takvim yılı için tespit edilen usulsüzlükler tek fiil sayılır);

7. İşe başlamanın zamanında bildirilmemesi;

8. Tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin yaptırılmamış olması (Kanuni sürenin sonundan başlayarak 1 ay geçlikten sonra tasdik ettirilenler, tasdik ettirilmemiş sayılır.);

9. Diğer ücretler (...) üzerinden salınan Gelir Vergisinde, tarh zamanı seçtiği halde verginin tarh ettirilmemiş olması;

11. Veraset ve intikal vergisi beyannamesinin 342 nci Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde verilmiş olması.

II. derece usulsüzlükler:

1. Veraset ve intikal Vergisi Beyannamelerinin süresinin sonundan başlayarak 342 nci Maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması; (...)

2. Ekim ve sayım beyanlarının süresi içinde veya kanunda istenilen bilgileri ihtiva edecek doğru bir şekilde yapılmaması;

4. Vergi kanunlarında yazılı bildirmelerin zamanında yapılmamış olması (işe başlamayı bildirmek hariç);

5. Vergi karnesinin süresinin sonundan başlayarak 15 gün geçtiği halde alınmamış olması;

6. Tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin, süresinin sonundan başlayarak bir ay içinde yaptırılmış olması;

derece usulsüzlükler, ikinci derece usulsüzlükler belirtilmiş, 01.01.2008

---

7 Vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve vesikaların kanunen belli şekil ve muhteviyatı ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması;

8. Hesap veya muamelelerin doğruluk veya açıklığını bozmamak şartıyla bazı evrak ve vesikaların bulunmaması veya ibraz edilmemesi.

ÖZEL USULSÜZLÜKLER VE CEZALARI: A FATURA VE BENZERİ EVRAK VERİLMEMESİ VE ALINMAMASI İLE DİĞER ŞEKİL VE USUL HÜKÜMLERİNE UYULMAMASI Madde 353 - Verilmesi ve alınması izabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 1,500,000 (53.000.000) liradan aşağı olmamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir.

Bir takvim yılı içinde her bir belge nevine ilişkin olarak tespit olunan yukarıda yazılı özel usulsüzlükler için kesilecek cezanın toplamı 750.000.000. (26.000.000.000) lirayı geçemez.

2. (Değişik bent: 25/05/1995 - 4108/8 md.) Perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için 1 500 000 (53.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

Ancak, her bir belge nevine ilişkin olarak kesilecek özel usulsüzlük cezasının toplamı her bir tespit için 75.000.000 (2.600.000.000) lirayı, bir takvim yılı içinde ise 750 000 000 (26.000.000.000) lirayı aşamaz.

3. 232 nci Maddenin birinci fıkrasının 1 ila 5 numaralı bentlerinde sayılanlar dışında kalan kişilerin fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihaz fişi ve giriş ve yolcu taşıma biletlerini almadıklarının tespit edilmesi halinde bunlara bu Maddenin 2 numaralı bendinde belirtilen cezanın beşte biri kadar özel usulsüzlük cezası kesilir. Şu kadar ki, bu cezanın kesilebilmesi için, belge alınmadığına ilişkin tespitin vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından yapılması şarttır. (Ek cümle: 28/03/2007-5615 S.K./20.mad) Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, söz konusu tespiti vergi incelemesine yetkili olmayanlara da yaptırmaya yetkilidir.Bu hükmün uygulanmasında belge alınmadığına ilişkin tespit tutanağının belge almayana verilen örneği, ceza ihbarnamesi yerine geçer.

4. (Değişik bent: 25/05/1995 - 4108/8 md.) Günlük kasa defteri, günlük perakende satış ve hasılat defteri ile Maliye Bakanlığınca tutulma ve günü gününe kayıt edilme mecburiyeti getirilen defterlerin; işyeinde bulundurulmaması, bu defterlere yazılması gereken işlemlerin günü gününe deftere kayıt edilmemesi veya yoklama ve incelemeye yetkili olanlara istendiğinde ibraz edilmemesi halleri ile vergi kanunlarının uygulanması bakımından levha bulundurma veya asma zorunluluğu bulunan yükümlülerin bu zorunluluğa uymamaları halinde her tespit için 1 500 000 (53.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

6. (Değişik bent: 25/05/1995 - 4108/8 md.) Bu Kanuna göre belirlenen muhasebe standartlarına, tek düzen hesap planına ve mali tablolara ilişkin usul ve esaslar ile muhasebeye yönelik bilgisayar programlarının üretilmesine ve kullanılmasına ilişkin kural ve standartlara uymayanlara 37 500 000 (1.300.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

7. (Ek bent: 25/05/1995 - 4108/8 md.) Bu Kanunun 8 inci Maddesinin son fıkrası uyarınca getirilen mecburiyete uymaksızın işlem yapanlara her bir işlem için 1.500.000 (65.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

8. (Ek bent: 22/07/1998 - 4369/82 md.) Belge basımı ile ilgili bildirim görevini tamamen veya kısmen yerine getirmeyen matbaa işletmecilerine 125.000.000 (190.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

9. (Ek bent: 22/07/1998 - 4369/82 md.) 4358 sayılı Kanun uyarınca işlemlerinde vergi kimlik numarası kullanma zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlardan yaptıkları işlemlere ilişkin bildirimleri Maliye Bakanlığının belirleyeceği standartlarda, araçlarla (yazı, manyetik ortam, disket, mikro filim, mikro fiş gibi) ve zamanlarda yerine getirmeyenler hakkında 170.000.000 (260.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir. Ceza kesilenler, ödedikleri ceza için fülleri ile ceza kesilmesine neden olan kişilere rücu edebilirler.

10. (Ek bent: 22/07/1998 - 4369/82 md.) Bu Kanunun 127. maddesinin (d) bendi uyarınca Maliye Bakanlığının özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibi adına 125.000.000 (190.000.000) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.

Bu Maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyaı da meydana geldiği takdirde bu ziyaın gerektirdiği vergi cezaları ayrıca kesilir ve bu cezalar hakkında 336 ncı Madde hükmü uygulanmaz.

Bu Maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

tarihinde yürürlüğe giren 378 sayılı Genel Tebliğ ile birinci ve ikinci derece usulsüzlüklerin yükümlü guruplarına göre cezaları ayrı ayrı gösterilmiştir. Vergi Usul Yasası'nın 353 ve devamı maddelerinde özel usulsüzlük teşkil eden aykırılıklar ayrıca düzenlenmiştir.

İdari vergi suçları Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenmiş bulunan yasallık ilkesine bağlıdır.[18] Anayasa'nın değişik 90. maddesine göre usulünce onaylanmış uluslararası sözleşmeden kaynaklı ve bu sözleşmenin yorumu ve uygulanmasına ilişkin yabancı mahkeme kararları ülkemiz açısından da emsal teşkil etmektedir

İdari Cezaları ortadan kaldıran haller ise pişmanlık ve ıslah hali. md. 371, zaman aşımı md. 374, Ölüm md. 372'de düzenlenmiştir. Konunun önemi nedeniyle zaman aşımı Vergi Usul Yasası'nda idari aykırılıklarla ilgili zaman aşımını 374. maddesinde "*ceza kesmede zaman aşımı*"[19] başlığı ile her bir idari aykırılıklar yönünden başlangıç tarihleri de belirtilerek ayrı ayrı düzenlemiştir.

Devletin alacağını uzun yargı süreci sonucunu beklemeden uzlaşmayla almak amacıyla bir kısmı mülga olmak üzere 13 Ek madde ile uzlaşma kurumunu düzenlemiştir.20.02 2008 tarih ve 5736 sayılı yasa ile değiştirilen Ek 11. madde 359. maddede yazılı fiillerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi halinde kesilen ceza ve tarh edilen vergi hariç olmak üzere vergi incelemesine dayanılarak tarh edilen cezalarda tarhiyat öncesi uzlaşmayı olanaklı kılmaktadır. Yine yasada sayılı koşulların varlığı halinde 359. maddede yazılı fiillerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi ayrık tutularak tarhiyat sonrası uzlaşma da olanak dahilindedir.

Tarhiyat öncesi yada sonrası olsun uzlaşmanın kamusal nitelikli suçlara bir etkisi yoktur. Etkisi sadece idari vergi aykırılıklarıyla ilgilidir.

II- KAMUSAL NİTELİKLİ VERGİ SUÇLARI

Vergi ödevi Anayasa'nın 73. maddesinde özel olarak düzenlendiği halde Anayasa'da vergi suçu ve cezası yönünden özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Diğer tüm suç ve cezalarda olduğu gibi vergi suç ve cezalarının

---

(18) Prof. Dr. Donay S."Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları",İstanbul 2008, s.19

(19) CEZA KESMEDE ZAMANAŞIMI: Madde 374 - Aşağıda yazılı süreler geçtik ten sonra vergi cezası kesilmez:

1. Vergi zıyaı cezasında (...) cezanın bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden; 353 ve mükerrer 355. Maddeler uyarınca kesilecek usulsüzlük cezalarında, usulsüzlüğün yapıldığı yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak beş yıl (114. Maddenin ikinci fikrası hükmü ceza zamanaşımı için de geçerlidir.);

2. Usulsüzlükte, usulsüzlüğün yapıldığı yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak iki yıl;

Ancak, 336 ncı Madde hükmüne göre vergi zıyaı cezası ile usulsüzlüğün birleşmesi halinde kesilecek ceza, vergi zıyaı cezası için belli edilen zamanaşımı süresi içinde kesilir.

Bu süreler içinde ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle zamanaşımı kesilmiş olur.

dayanağı ve ilkeleri Anayasa'nın 38. maddesinde yer almıştır. Anayasa'da suç ve ceza ilkeleri yönünden adli-idari ceza ayrımı yapılmamış, sadece, 38. maddenin 11. fıkrasında idareye kişi hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacağı yasağı getirilmiştir.Vergi suç ve cezalarını verginin genel ilkeleri, kuralları ve niteliğinden genel bir deyişle vergi ödevinin gereklerinden soyutlamamak gerekir. Buna göre verginin dayanağı olan Anayasa'nın 73. maddesi ile cezanın dayanağı olan 38. maddesini birlikte göz önünde bulundurmak gerekir.

Vergi suçlarının kaynağı Anayasa, yasalar, Anayasa'nın değişik 90. maddesi karşısında usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar, bu anlaşmaların uygulamasını gösteren ve kapsamını belirleyen uluslararası mahkeme kararları, genel olarak yargı kararlarıdır.

Bazı fiillerin vergi suçu olarak belirlenmesinde korunan hukuki yarar özelde hazine yararı genelde de kamu yararıdır.

Vergi suç ve cezaları 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nda düzenlenmiştir. Vergi Usul Yasası'ndaki bu kurallar Vergi Hukuku'nun özelliklerinden kaynaklanan ayrıksı durumlar dışında, Ceza Hukuku'nun genel ilkelerine tabidir. Vergi Ceza Hukuku'na hakim olan ilke yasallıktır. Ceza Hukukunun kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı vergi suç ve cezaları içinde geçerlidir. Vergi Usul Yasasının 331. maddesindeki "*vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler*" ibaresi vergi suç ve cezalarında yasallık ilkesinin esas alındığını göstermektedir.

Mali yaptırım gerektiren vergi suçlarında suç oluşturan aykırılık ve uygulanacak yaptırım vergi idaresince idari usullere göre saptanır.Suçu tespit eden ve cezasını uygulayan makam vergi idaresi iken kamusal nitelikteki suçlarda yani hapis cezasını gerektiren vergi suçlarında suç sayılan fiilin saptanması ve yaptırım uygulanması Ceza Mahkemesi'nin görev alanındadır. Bu suçlarda vergi idaresinin suç duyurusunda bulunma veya mütalaa verme dışında inisiyatifi bulunmamaktadır.[20]

Vergi Usul Yasası 11.01.1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Vergi suçları ve yaptırımlarında 30.12.1980 gün ve 2365 Sayılı, 23.06.1982 gün ve 2686 Sayılı, 23.04.l984 gün ve 2995 Sayılı, 4.12.1985 gün ve 3239 Sayılı, 3.12.1988 gün ve 3505 Sayılı, 24.06.l994 gün ve 4008 Sayılı, 25.05.1995 gün ve 4108 Sayılı, 22.07.1998 gün ve 4369 Sayılı ile 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı Yasalarla değişiklikler yapılmıştır. 20.02.2008 gün ve 5736 Sayılı Yasa ile uzlaşmaya ilişkin Ek 1 ve Ek 11. maddelerde değişiklik

---

(20) Doç. Dr. Akaya M. "İdari ve Adli Vergi Ceza Sistemine Eleştirel bir Bakış"," Vergi Sorunları", Şubat 2008 özel sayı 233 s. 29

yapılmış ise de sonuçları idari nitelikli suçlarla ilgili olduğundan burada üzerinde durulmamıştır.

01.06.2005 tarihinden önce yürürlükte olan 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın zaman aşımı süreleriyle ilgili kurallarına göre 4369 sayılı Yasa'dan önceki dönemlerde işlenen suçlar zaman aşımına uğradığından 01.01.1999 tarihinden önceki yasalarla yapılan değişikliklerinin üzerinde durulmamıştır. Halen görülmekte ve görülecek olan davalarla ilgili 4389 ve 5728 Sayılı yasalarla yapılan değişiklikler dikkate alınmıştır.

4369 Sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikteki en önemli husus, önceki dönemde vergi zıyaı oluşmamışsa eylem vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmaz iken değişiklikle vergi zıyaı suçun unsuru sayılmaktan çıkartılmıştır.

Yasada yapılan diğer önemli değişiklik ise 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı "*Temel Ceza Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa*" ile yapılmıştır. Bu yasanın 271 ve 281. maddelerindeki değişikliklerin çok önemli kısmı idari ve kamusal nitelikteki suçlarla ilgilidir. Bu yasayla 344. maddenin başlığı "*vergi zıyaı suçu ve cezası*" iken "*vergi zıyaı cezası*" olarak, dördüncü kitap ikinci kısmın başlığı "*ceza mahkemelerinde yargılanacak suçlar ve cezaları*" iken "*suçlar ve cezaları*" şeklinde değiştirilmiştir. İştirak başlığını taşıyan 360. madde "*cezadan indirim*" olarak isimlendirilmiş ve yeni baştan düzenlenmiştir. İştirakte Türk Ceza Yasası'ndan farklı olarak suça iştirak edenin yarar sağlamaması halinde cezanın indirileceği öngörülmüştür.

A- Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Görevli Mahkeme

Adli yargı ilk derece mahkemelerinin kuruluş görev ve yetkileri 5235 sayılı "*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerinin Kuruluş,Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yasa*" ile düzenlenmiş olup bu yasa diğer temel ceza yasaları ile birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu tarihten önce 213 sayılı Vergi Usul Yasasında yer alan suçlardan (Türk Ceza Yasasına göre cezalandırılan) 362. maddede ki "*vergi mahremiyetinin ihlali*" suçuna bakmak görevi Sulh Ceza Mahkemesi'ne, 359. maddesinin (a) fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde gösterilen vergi kaçakçılığı suçu ve ile 363. maddedeki "*yükümlülerin özel işlerini yapan memurlara*" ilişkin suçlarla ilgili davalara bakmak görevi o dönemde yürürlükte bulunan 725 Sayılı Meriyet Yasası'na göre Asliye Ceza Mahkemelerine aitti. Vergi Usul Yasası'nın 359. maddesinin (b) fıkrasının (1) ve (2) bentlerinde gösterilen vergi kaçakçılığı suçlarına ise Ağır Ceza Mahkemelerinde bakılmakta idi.

5235 sayılı Yasanın 10. maddesinde Sulh Ceza Mahkemelerinin görevleri, 12. maddesinde Ağır Ceza Mahkemelerinin görevleri belirlenmiş 11.

maddesinde de "*kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevi dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerinde bakılacağı*" düzenlenmiştir.

Vergi Usul Yasası'nda yer alan kamusal nitelikli vergi suçlarında gerek 4369 sayılı Yasa ile değişik vergi suçları gerekse 5728 sayılı Yasa ile değişik vergi suçlarına bakma **görevi (01.06.2005 tarihinden sonra) Asliye Ceza Mahkemelerine aittir**. 5235 sayılı Yasa'nın 14. maddesi mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin dikkate alınmayacağını düzenlediğinden cezanın üst ve alt sınırının ağırlatıcı ve hafifletici nedenlere göre değişmesi görevin tayininde etkili değildir.

01 06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 3. maddesinde "*mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceği*", 4. maddesinde "*davaya bakan mahkemenin kovuşturmanın her evresinde görevli olup olmadığına resen karar vereceği, 6. madde hükmünün saklı olduğunu*" düzenlenmiştir. 6. maddede de "*suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosyanın alt dereceli mahkemeye gönderilemeyeceği*" düzenlenmiştir.

765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nın yürürlükte olduğu ve ağır hapis cezasıyla yaptırıma bağlı suçlarda, 01.06 2005 tarihinden önce Ağır Ceza Mahkemelerine açılan davalarla ilgili (5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 6. maddesinin (1). fıkrası gereğince ağır hapis cezası hapis cezasına dönüştürülmüş olmasına karşın) iddianamenin kabulü kararından itibaren, yargılamada, kovuşturma safhasına gedildiğinden CMK'nün 6. maddesine göre üst dereceli mahkeme görevsizlik kararı veremeyeceğinden Ağır Ceza Mahkemelerinde açılan ve yargılaması sürdürülen davalarla ilgili görevsizlik kararı verilmesi usulen olanaklı değildir. Kısaca ağır ceza mahkemesi görmekte olduğu vergi suçları ile ilgili davalara bakıp sonuçlandıracaklardır.

Vergi Usul Yasası'nda yer alan idari yaptırımların kabahat teşkil ettiğinde kuşku yoktur.5326 sayılı Kabahatler Yasasında "*yasanın karşılığında idari yaptırım uyguladığı haksızlığı*" kabahat olarak tanımlanmıştır. Kabahatler Yasası'nın değişik Ek 1. maddesinde "*213 sayılı Vergi Usul Yasası'nda yer alan Vergi Mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu*" ifade edilmiştir. Buna göre vergilendirme işlemlerine ilişkin idari eylemlerin vergi mahkemelerinde görülmesi gerektiği açıktır.

B-Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Yetkili Mahkeme

Vergi Usul Yasası'nda mahkemelerin yetkisi hakkında bir düzenleme yer almamaktadır.Ancak 4'üncü maddesinde "*Vergi dairesi yükümlüü tespit eden, vergiyi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden dairedir*" denilmekte, "*yükümlülerin, vergi uygulaması bakımından hangi vergi dairesine bağlı*

oldukları vergi kanunları ile belirlenir. Ancak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı, gerekli gördüğü hallerde, yükümlülerin işyeri ve ikametgah adresleri ile il ve ilçelerin idari sınırlarına bağlı kalmaksızın vergi daireleri ve bölge bilgi işlem merkezleri kurmaya, vergi dairelerine bağlı şubeler açmaya ve vergi dairelerinin yetki alanı ile vergi türleri, meslek ve iş grupları itibariyle yükümlülerin bağlı olacakları vergi dairesini belirlemeye yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Yasa hükmüne göre yükümlülerin faaliyet gösterdikleri yer dışında bir başka vergi dairesine bağlı olabilmeleri de mümkündür. Hatta büyükşehirlerde bazı vergi daireleri bağlı bulundukları ilçe idari sınırlarının da dışında bulunabilmektedir. Örneğin Rami Vergi Dairesi Eyüp İlçesi'nde olması gerekirken Fatih İlçe sınırları içersinde Vatan Caddesi'nde bulunmaktadır. Bütün bu hallerde yetkili mahkeme nasıl belirlenecektir?

Ceza Muhakemesi Yasasının 12. maddesine göre davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Suça kalkışmada son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Ayrıca devamı maddelerde de özel yetki kuralları düzenlenmiştir.

Yasalarda yer itibariyle yetkiye ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması bir eksikliktir.Her türlü duraksamayı önlemek için "*vergi kaçakçılığı suçlarında yetkili mahkemenin yükümlünün bağlı olduğu vergi dairesinin bulunduğu yargı sınırlarındaki mahkeme yetkilidir*" şeklinde açık bir düzenleme yapılmasının gereği açıktır. Nitekim Yargıtay yetki konusunda, vergi dairesini esas almaktadır. **Vergi dairesi hangi mahkemenin yargı sınırları içersinde bulunuyorsa yetkili mahkeme o yer mahkemesidir**.

C-Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Yargılama Koşulu

5271 sayıl Ceza Muhakemesi Yasası'nın 158. maddesinde suça ilişkin ihbar ve şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılacağı, 160. maddesinde de Cumhuriyet Savcısı ihbar veya başka bir surette bir suçun işlendiği izlenimini veren bir durumu öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı düzenlenmiştir CMY'nin 170/2. maddesinde de soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasını açar denmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçlarında ise Cumhuriyet Savcıları kendiliklerinden soruşturmaya başlayamamaktadırlar. Anılan suçun işlendiğini bir biçimde öğrenen Cumhuriyet Savcısı ilgili Vergi Dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Elindeki bilgi ve belgeleri de gönderir. Kamu davasının açılması,inceleme neticesinin Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmesine kadar ertelenir.

Vergi Usul Yasası, Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki soruşturma ve kovuşturma usulüne 367. madde ile ayrıksı bir hüküm getirmiştir ki bu yargılama koşuludur. Ancak bu 359. maddede yer alan vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili bir durumdur.

Her ne kadar 213 sayılı Yasa'nın 367. maddesinin başlığı bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul denilmiş ise de vergi mahremiyetinin ihlalini düzenleyen 362. maddesindeki suç ile yükümlülerin özel işlerini yapmayı suç sayan 363. maddede yer alan suçun soruşturma ve kovuşturulması 367. maddede gösterilen usulün dışındadır.

213 sayılı Yasanın 367'inci maddesi aynen aşağıya alınmıştır.

Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında usul

Yaptıkları inceleme sırasında 359. maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili Vergi Dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığının veya Defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesi mecburidir.

359. maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ıttıla hasıl eden Cumhuriyet Başsavcılığı hemen ilgili Vergi Dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesine talik olunur.

359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Ceza Mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da Ceza Hâkimini bağlamaz.

Vergi Dairesi Başkanlığı yada Defterdarlık yapılacak inceleme sonucunda dava açılmasını gerekli görürse durumu mütalaa yazısı ve inceleme sonucu elde edilen kanıtlarla birlikte Cumhuriyet Savcılığı'na gönderir. Savcılığa yapılan başvuru ile ilgili Cumhuriyet Savcısı'nca dava açılması zorunlu değildir. Savcılık kamu davası açılmasını gerekli görmez ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

Vergi Usul Yasası'nın 367. maddesinde VUY'inin 359. maddesinde yazılı suçları tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların

yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığı'nın veya Defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmemesi halinde Cumhuriyet Savcısı dava açamayacağı gibi bu koşul yerine getirilmeksizin açılan davanın da kovuşturulması yapılamaz. Kısaca suçu doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmekle görevli olanların "**bildirimleri**" ikinci grupta yer alan vergi incelemesine yetkili olan diğer memurların tespit ettikleri kaçakçılık suçlarını Defterdarlığın veya Vergi Dairesi Başkanlığı'nın "**mütalaa**"sı **yargılama koşuludur**.

Mahkeme yargılama koşulu yerine getirilinceye kadar CMY'nin 223/8. maddesine göre **yargılamanın durdurulmasına** karar vermek durumundadır. Koşul gerçekleşmez ise aynı yasa maddesine göre **davanın düşürülmesine** karar verilecektir. Birinci halde durma kararı yargılamayı sonlandıran bir karar olmadığından itiraza tabi bir karar, koşulun gerçekleşmemesi üzerine verilen düşme kararı ise CMY'inin 223/1. maddesinde sayılan hükümlerden biri olduğundan temyiz yasa yoluna tabi bir karardır.

Vergi suçlarının yargılanmasının vergi incelemesi yapmaya yetkili makamların doğrudan doğruya, doğrudan gönderme yetkisi bulunmayan inceleme görevlilerinin ise inceleme sonuçlarını ilgili Vergi Dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığı veya Defterdarlığın mütalaası ile Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilmeleri ve bunun yargılama koşulu sayılması; bu yargılama koşulunun yürütme organı tarafından siyasal nedenlerle kullanma olasılığı karşısında VUY'inin 367. maddesinin Anayasa'nın 10,11 ve 138. maddelerine aykırı olacağı açıktır.[21]

Yargıtay dava şartı olan Gelir İdaresi Başkanlığı yada Defterdarlık mütalaası alınmadan açılan kamu davasına devam edilmesini yasaya aykırı bulmakta olup bu uygulama istikrar kazanmıştır.

D- Vergi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi

Vergi Usul Yasası'nın 367/son maddesi "*Ceza mahkemesi kararları, bu kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.*" hükmünü içermektedir.

Yasa maddesine göre; Ceza Mahkemesi'nin mahkumiyet ve beraat kararı Vergi Mahkemesi'nin kararlarını veya idarenin muamelelerini etkilemeyeceği, Vergi Mahkemesi ve vergi makamlarının karar ve uygulamalarının Ceza Mahkemesini bağlamayacağı, buna göre Vergi Mahkemesinde

(21) Prof. Dr. Donay S."Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları" Haziran 2008 İstanbul, s.70

görülmekte olan davaların da CMK'ünün 218/1. maddesi kapsamında bekletici sorun yapılamayacağı açıktır.

Yargıtay yerleşik yargısal uygulamasıyla maddi gerçeği her türlü kanıtla ortaya çıkarma görev ve yetkisi bulunan Ceza Yargıcının Vergi Mahkemesi kararını esas alarak karar veremeyeceğine işaret etmektedir.

E- Vergi Suçlarında Cezai Sorumluluk – Suç Faili

Vergi suçlarında sorumluluğu iki ana başlık altında incelemek gerekir. Gerçek kişilerde sorumluluk ve tüzelkişilerde sorumluluk.

Vergi Usul Yasasının 8. maddesinde yükümlü ve vergi sorumlusunu,[22] 9. maddesi vergi ehliyetini,[23] 10. maddesi yasal temsilcilerin ödevlerini,[24] 12. madde mirasçıların sorumluluğunu,[25] 331. maddesi kimlerin cezalandırılacaklarını[26] ve 333. maddesi tüzel kişilerin sorumluluğunu[27] düzenlemektedir.

---

(22) YÜKÜMLÜ VE VERGİ SORUMLUSU:Madde 8 - Yükümlü, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişidir. Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir. Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, yükümlüiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz. Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen "yükümlü" tabiri vergi sorumlularına da şamildir.

Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan her gerçek kişi ile tüzel kişilere bir vergi numarası verilir. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye ve vergi numarasının kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak işlemlerle ilgili kayıtlarda ve düzenlenecek belgelerde kullanılması mecburiyetini getirmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

(23) VERGİ EHLİYETİ: Madde 9 - Yükümlüiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir.

Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması yükümlüiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden yükümlülerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine

(24) KANUNİ TEMSİLCİLERİN ÖDEVİ: Madde 10 - Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin yükümlü veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden yükümlülerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan yükümlülerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl yükümlülere rücu edebilirler.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.

(25) MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU: Madde 12 - Ölüm halinde yükümlülerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mensup mirasçılarına geçer. Ancak, mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar.

(26) CEZALAR: Madde 331 - Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyaı cezası (...) ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.

(27) TÜZEL KİŞİLERİN SORUMLULUĞU :Madde 333 - Tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden tevellüt edecek vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir.Tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkındaki bu kanunun 10 uncu Maddesi hükmü vergi cezaları hakkında da uygulanır.

(Değişik fıkra: 22/07/1998 - 4369/81 md.) Bu Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359, 360 ıncı Maddelerde öngörülen cezalar bu fülleri işleyenler hakkında hüküm olunur.

1- Gerçek kişilerde sorumluluk

Gerçek kişiler 213 Sayılı Vergi Usul Yasası'na konu teşkil eden faaliyetlerini ya tek başlarına yada birden çok kişilerin oluşturduğu tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar aracılığı ile yürütür.

Vergiyi doğuran olay bir başka anlatımla ticari etkinlik bir kişi tarafından yürütülüyorsa vergi suçunun muhatabı da odur. Vergi Usul Yasası'nın 8. maddesi yükümlü olarak vergi yasalarına göre kendisine vergi borcu yüklenen gerçek yada tüzel kişiyi, 331. maddesi de vergi yasaları hükümlerine aykırı hareket edenlerin bu kitapta yazılı vergi cezaları ve diğer cezalarla cezalandırılacaklarını düzenlemektedir.

Buna göre; gerçek kişilerde sorumluluk kural olarak vergiyi doğuran olayı gerçekleştiren yükümlüye aittir.[28]

Gerçek kişilerin ceza sorumluluklarında özellik gösteren durumlar şunlardır;

a) Vergi yükümlüleri işlerini **vekaletname** ile yetkili kıldıkları bir vekil aracılığı ile sürdürmeleri halinde VUY'inin 8. maddesine göre vergi borcu yönünden sorumlu kendisi olmakla birlikte cezaların şahsiliği ilkesi gereği cezanın muhatabı yükümlü değildir.

Yükümlü vekaletname ile işlerinin idaresini bir başka kişiye bırakmış olsa da vergi dairesine karşı vergi borcu ve cezaları yönünden bizzat kendisi sorumlu olmasına karşın ceza hukuku yönünden sorumlu suçu işleyen vekil kişidir. Tabi burada vekaletnamenin süre ve kapsamı önemlidir. Vekaletnameyle verilen yetkinin vergiyle ilgili iş ve işlemlerin takip ve uygulamasını kapsar biçimde olması vekilin ceza hukuku anlamında sorumluluğunu gerektirecektir.

b) 213 sayılı Vergi Usul Yasasının 332. maddesine göre; "*velayet ve vesayet*" altında bulunanlar veya işlerin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanlar kendilerine atfen veli, vasi ve kayyımın vergi yasalarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmazlar. Bu hallerde cezanın muhatabı veli vasi ve kayyımdır.

c) Vergi yükümlüsünün ölümü halinde yükümlünün ödevleri VUY'inin 12. maddesine göre mirası reddetme hakkını kullanmayan mirasçılara geçer. Mirasçıların sorumluluğu mirası reddetmemiş olmaları halinde mevcuttur. Miras bırakanın sağlığında işlediği suç sayılan eylemlerinden mirasçıların cezanın şahsiliği ilkesi gereği sorumluluğu yoktur. Sadece vergi borç ve cezalarıyla ilgili sorumlu olurlar.

d) Yükümlünün işyerinde çalışanının yükümlünün yada temsilcisinin

---

(28) Nuri, O.ve Ahmet,G. "Vergi Kaçakçılığı Suçları" Ankara 2002, s.36

bilgi ve onayı dışında emir, talimat ve kurallara aykırı olarak gerçekleştirdikleri ve suç sayılan eylemlerinden bizzat kendileri sorumludur.

e) Adi ortaklıkta sorumluluk; Adi ortaklıkta sorumluluk "*Borçlar Yasasının 520. maddesine göre*" hem hak ve aynı zamanda bir görevdir. İdare görevi ortaklardan biri yada bir kaçına bırakılabileceği gibi ortakların dışında bir kişiye de verilebilir. Adi ortaklıkta prensip olarak her ortağın temsil yetkisi vardır. Dolayısıyla her bir ortağın ayrı ayrı ceza sorumluluğu da vardır.

Bir Ceza Genel Kurulu kararında; adi ortaklıkta ortaklığın idaresinin kime ait olduğunun araştırılıp, suçun ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan ortak ve ortakların sorumlu olduğu belirtilmiştir.

2-Tüzel kişiliklerde sorumluluk

Tüzel kişiler faaliyetlerini gerçek kişiler aracılığı ile gerçekleştirirler.

Vergi Usul Yasası'nın 10 ve 333. maddelerine göre sorumluluk, tüzel kişilerin yasal temsilcilerine aittir. Tüzel kişilerde temsil yetkisi, tüzel kişiliğin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde hak ve sorumluluk sahibi olma yetkisini ifade eder. İdare ve yönetim yetkisi ise ortaklığın iç yapısını ilgilendirir. Ortaklıkta yetki ve sorumluluk sahibi olmayı kapsar.

Karmaşık yapısı ve yaygın faaliyetleri nedeniyle birden fazla temsilciye sahip tüzel kişilerde ceza sorumluluğunun tayin ve tespiti bakımından öncelikle yasal temsilciler arasında görev bölüşümünü dikkate almak gerekir.

Yargıtay CGK'unun 17.12.1990 tarih ve 312-340 Sayılı kararında; şirket temsilcisinin sorumluluğu ile ilgili çok özlü bir şekilde "*tüzel kişinin birden fazla temsilcisinin bulunması halinde,cezai sorumluluğun cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınarak suçun şekil sorumlusu değil,ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan kanuni temsilciye ait olacağı..*"sözleriyle ifade edilmiştir.

a) Anonim şirketlerde sorumluluk

Türk Ticaret Yasası'nın 317. maddesine göre yönetim kurulu Anonim Şirkette, idare ve temsil organıdır. Yani şirketin yasal temsilcisi yönetim kuruludur.[29] Yönetim kurulu en az üç kişiden oluşur. Aynı yasanın 319. maddesine göre, anonim şirket ana sözleşmesi idare ve temsil işlerinin yönetim kurulu üyeleri arasında paylaşılıp paylaşılmayacağı, paylaşılacaksa bölüşümün nasıl yapılacağını belirleyebilir. Ayrıca temsil ve idare yetkisi yönetim kurulu üyelerinden birisine veya dışarıdan atanan müdürlere

(29) Doç. Dr. İbrahim, A. "Şirketler Hukuku Bilgisi" 2005 s.186

bırakabilme konusunda genel kurula yada yönetim kuruluna yetki verilebilir. Şirket ana sözleşmesinde bu hususlarla ilgili bir kayıt yoksa o zaman şirket yönetim kurulu tarafından heyet halinde idare ve temsil olunur.

Şirketin ne suretle temsil olunacağı ve şirketi temsile yetkili kişiler, ticaret sicilinde tescil ve ilan olunur.

Tüzel kişilerde ceza sorumluluğu, yasal temsilcilere ait olup. YCGK kararında vurgulandığı gibi "*olayın niteliğine göre suç oluşturan eylemin ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rol alan temsilcilerin suç ve cezanın muhatabı*" sayılmaktadır.

Anonim şirkette temsil yetkisi paylaşılmışsa vergi suçunu doğuran eylem hangi temsilcinin görev alanına giriyorsa ilgili temsilciyi belirlemek ve sorumluluğu buna göre saptamak gerekir.

Anonim şirket tasfiye halindeyse tasfiye memuru tayin edilmemişse idare meclisi, tayin edilmişse tasfiye memuru şirketin yasal temsilcisi olduğundan vergi suçunda sorumluluk tasfiye işlerini yürütene ait olacaktır. Şirketlerde tasfiyenin başlaması ile yasal temsilcilerin görevi sona erecektir. Tasfiyenin başlamasından bitimine kadar sorumluluk tasfiye memuruna ait olacaktır.[30]

b) Limited şirketlerde sorumluluk

Türk Ticaret Yasası'nın 540/1. maddesine göre şirket ana sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile yetkilidirler. Şirket ana sözleşmesi veya genel kurul kararıyla şirketin idare ve temsili, ortaklardan bir yada birkaçına bırakılabilir. Yine 541. maddeye göre ana sözleşmede ortaklığı temsil için dışarıdan da müdür atanabilir.

Türk Ticaret Yasası'nın 511. maddesine göre limitet şirketin ne surette temsil edileceği ve müdürlerin kimler oldukları ticaret siciline tescil ve ilan olunurlar.

Limitet şirkette de yasal temsilcinin birden fazla olması halinde tüm temsilcileri değil,eylemin ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rol oynayan temsilcinin sorumluluğu yoluna gitmek gerekir. 213 Sayılı Vergi Usul Yasası'nın 333/son maddesi de bu düşünceyi doğrular mahiyettedir.

Şirketin tasfiyesi halinde ise sorumluluğun anonim şirketteki gibi tasfiye memuruna ait olduğu açıktır.

c) Kolektif şirketlerde sorumluluk

Türk Ticaret Yasası'nın 175. maddesine göre, şirketi temsil yetkisi, şirket ana sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa 160. maddeye göre

(30) Nuri, O.-Ahmet, G. "Vergi Kaçakçılığı Suçları" Ankara 2002 s.46 ve devamı

şirketi idare etme hak ve vazifesine haiz olanlara aittir.

Türk Ticaret Yasası'nın 160. maddesinde ise; ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi idare hak ve yetkisine sahiptir. Çoğunluk kararı yada şirket sözleşmesiyle idare işleri ortaklardan biri yada birkaçına yahut hepsine bırakılabileceği gibi ortak olmayan şahıs yada şahıslara da bırakılabilir..

Kolektif şirketlerde de şirketi temsile yetkili olanların tescili ve ilanı zorunludur. Tasfiye halinde de şirketi temsil yetkisi tasfiye memurlarına aittir.

Kolektif şirketlerde de şirketin idare ve temsilin kim ve kimlere ait olduğu tespit edilip, vergi suçu oluşturan eylemin ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rol oynayan temsilcinin sorumlu olacağı tabidir.

d) Komandit şirketlerde sorumluluk

Türk Ticaret Yasası'nın 257. maddesine göre, komandit şirketlerin idare ve temsili komandite ortaklara aittir. Komanditer ortakların bu sıfatla temsil ve idare yetkileri yoktur.

Komandite ortakların her biri ayrı ayrı şirketi temsil ve idare hak ve yetkisine sahiptir. Bu yetki sözleşme yada ortakların çoğunluk kararıyla ortaklardan biri yada birkaçına verilebilir

Şirketi temsile yetkili şahısların ticaret sicilinde yayınlanması zorunludur. Şirketin tasfiye halinde ise yasal temsilci tasfiye memurudur.

Komandit şirkette de vergi suçu oluşturan bir eylemle ilgili ceza hukuku bağlamında sorumlunun yasal temsilci olduğu açıktır.

e) Kooperatiflerde sorumluluk

Kooperatiflerle ilgili hükümler 1163 Sayılı Kooperatifler Yasası'nda düzenlenmiştir. Yasanın 55/1. maddesine göre, yönetim kurulu kooperatifin faaliyetlerini yöneten ve onu temsil eden organıdır. Yasanın 58. maddesindeki düzenlemeye göre; ana sözleşme de düzenlenmek şartıyla genel kurul, yönetim kurulunda kooperatifin yönetim ve temsiliyle ilgili kooperatif ortağı bulunmayan bir yada birkaç müdür veya yönetim kurulu üyesini yetkilendirebilir.

Kooperatifin yasal temsilcisi yönetim kuruludur. Ancak ana sözleşmedeki yetkiye istinaden kooperatif ortağı olmayan bir müdür yada yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi verilebilir. Kooperatif temsilcisi ticaret sicilinde tescil edilir.

Kooperatiflerde de ceza sorumluluğu yasal temsilcilerin tümüne değil fiili gerçekleştiren, suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rol alan temsilciye aittir.[31]

(31) Nuri, O.-Ahmet, G."Vergi Kaçakçılığı Suçları", Ankara 2002 s.52

f) Vergi Suçlarında Suç Tarihlerinin Belirlenmesi

Her suçta olduğu gibi vergi suçlarında da suç tarihinin bilinmesi gerekir.

Vergi suçlarında suç tarihinin belirlenmesi zaman aşımı, hapis cezasının para yada diğer seçenek tedbire çevrilip çevrilmemesi ve lehe yasa uygulaması gibi durumlarda önem arz eder.

Vergi Usul Yasasında yer alan suçlarda suç tarihleri

1-a) Vergi yasalarına göre tutulması, düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu olan defter kayıt ve belgelerin gizlenmesi suçunda:

aa) Vergi İncelemeleri Vergi Usul Yasasının 139/1. maddesi gereğince incelemeye tabi olanın işyerinde yapılır. İşyerinde yapılan incelemede defter, kayıt ve belgelerin ibraz etmesi için yükümlüye herhangi bir süre verilmesi söz konusu değildir. Geçerli görülebilecek bir mazereti bulunmayan yükümlünün ibraz görevini anında yerine getirmesi zorunludur. Bu durumda suç tarihi işyerinde defter ve belgelerin ibraz edilmediği gündür.

bb) 213 Sayılı Yasa'nın 139/2. maddesinde gösterilen (işyerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi) zorunlu nedenler veya yükümlünün incelemenin vergi dairesinde yapılmasını istemesi hallerinde inceleme vergi dairesinde yapılır.

Bu istisnai hallerde inceleme elamanı defter kayıt ve belgeleri ibraz etmesi için yükümlüye yada varsa temsilcisine tebligat çıkartacak; ibraz için bir süre belirleyecektir. Bu süre 213 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi uyarınca en az 15 gün olacaktır. Bu durumda suç tarihi usulüne uygun olarak yapılan tebligattan itibaren 15 günden az olmamak üzere tayin edilen sürenin bitimini takip eden gündür.

Yükümlü haklı bir mazeret nedeniyle defter ve belgelerini ibraz edememişse ibrazı için uygun bir süre daha verilir. Bu sürenin bitimine rağmen ibraz etmemişse suç tarihi ek sürenin bitimini takip eden gündür.

b) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedilmesinde suç tarihi:

Vergi Usul Yasası'nın 359. maddesinin (a) bendinin 1. alt bendinde yazılı yukarıdaki eylemler ancak tamamlandıkları zaman cezalandırılacaklarından suça kalkışma söz konusu olamayacağı gibi bu suç neticesi harekete bitişik suç olduğundan netice oluşturan eylemin gerçekleştiği tarih suç tarihidir.

c) Vergi Yasalarına göre tutulan ve düzenlenen saklama ve ibrazı zorunlu bulunan defter ve belgelerin yok edilmesinde suç tarihi:

Yok etme defter ve belgelerin yakılması, çöpe atılması gibi defter ve kayıtların mevcudiyetini sona erdirmeyi ifade eder. Bu gibi durumlarda yükümlüye ibraz için tebligat çıkartılmasına gerek yoktur. Bu hallerde suç tarihi yok etme tarihidir.

2- Sahte belge düzenlemek ve kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçlarında suç tarihleri

Vergi Usul Yasası'nın vergi suç ve cezalarına ilişkin hükümleri 22.07.1998 tarih ve 4369 Sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve bu değişiklik 01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce işlenen vergi kaçakçılığı suçları zaman aşımına uğradığı gibi farklı bir suç ve ceza sistemi öngördüğünden 4008 ve 4108 Sayılı Yasalar ve önceki değişikliklere değinilmeyecektir.

4369 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra vergi kaçakçılığı suçunda vergi zıyası suçun zorunlu unsuru olmaktan çıkartılmıştır.

Vergi hukukunda, Vergi Usul Yasası'nın 174. maddesine göre hesap dönemi esası geçerlidir. Hesap dönemi de normal olarak takvim yılıdır. Gelir Vergisi Yasası'nın 108. maddesine göre Gelir Vergisinde vergilendirme dönemi, geçmiş takvim yılıdır. Kurumlar Vergisi Yasası'nın 16. maddesine göre, vergilendirme dönemi hesap dönemidir. Katma Değer Vergisi Yasası'nın 39. maddesine göre vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının 3'er aylık dönemleridir.[32] Ancak Maliye ve Gümrük Bakanlığı yükümlülerin gayri safi hasılatlarına göre üç aylık vergilendirme dönemi yerine birer aylık vergilendirme tespit etmeye yetkilidir. Bakanlık 32 seri numaralı katma değer vergisi genel tebliği ile bu yetkisini kullanarak, münhasıran uluslararası yük ve yolcu taşımacılığı, münhasıran şehirlerarası ve şehir içi yük taşımacılığı yapan yükümlüler dışında kalan gerçek usulde KDV'ye tabi tüm yükümlülerin her bir takvim ayı için beyanname vermelerini öngörmüştür.

a. Gelir Vergisinde;

193 Sayılı Gelir Vergisi Yasası'nın 92/3. maddesine göre bir takvim yılına ait gelir vergisi beyannamesi izleyen yılın Mart ayı içerisinde verilir.

193 Sayılı Gelir Vergisi Yasası'nın 92. maddesine göre bir takvim yılına ait beyanname, izleyen yılın Mart ayının başından yirmi beşinci günü akşamına kadar verilir. Ancak gelirin sadece basit usulde tespit edilen ticari kazançlardan ibaret olması halinde izleyen yılın Şubat ayının başından yirmi beşinci günün akşamına kadar verilmesi gerekmektedir.

---

(32) Yunus Ş. Vergi Ceza Hukukunda Kaçakçılık Suçunun Suç Tarihi. Vergi Sorunları Dergisi SAYI 233 S.129

Aynı Yasanın 109. maddesi uyarınca gelir vergisi beyannamesi verilmesi gereken hallerde beyannamenin vergi dairesine verildiği günü takip eden yedi gün içinde tarh edilir.

Yukarıdaki hükümlerden anlaşıldığı gibi gelir vergisinde beyanname verme süresi prensip olarak vergilendirmeyi gerektiren olayların meydana geldiği yılı takip eden yılın Mart ayıdır. Bir Mart'tan yirmi beş Mart'a kadar gelir vergisi beyannamesi verilir.

Bu itibarla yirmi beş Mart'ı izleyen gün (yirmi altı Mart) suç tarihidir. Örneğin; 2006 yılında gelir vergisi indiriminde kullanılan sahte fatura nedeni ile oluşan vergi kaçakçılığı suçunun suç tarihi 26.03.2007 günüdür.

b. Kurumlar Vergisinde;

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Yasası'nın 25/5. maddesine göre beyanname hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günün akşamına kadar verilir.[33]

Aynı Yasanın 28/2. maddesinde kurumlar vergisi, beyannamenin vergi dairesine verildiği günde, beyanname posta ile gönderilmişse vergiyi tarh edecek daireye geldiği tarihi izleyen üç gün içinde beyannamenin verildiği veya gönderildiği vergi dairesince tarh olunacağı düzenlenmiştir.

Kural olarak tüm vergi yükümlülerinin ya elden vergi dairesine vermeleri yada taahhütlü olarak PTT aracılığı ile tarha yetkili vergi dairesine göndermeleri yönünde seçimlik hakları vardır.[34]

Ancak Maliye Bakanlığı Vergi Usul Yasası'nın 257. maddesinden aldığı yetkiye dayanarak vergi beyannamelerinin İnternet ortamında gönderilmesi yönünde uygulama başlatmıştır. Hatta bu zorunluluğa uymayanlarla ilgili aynı yasanın mükerrer 355. maddesinde özel usulsüzlük cezaları belirlenmiştir. Buna göre İnternet ortamında beyanname verme zorunluluğu bulunan yükümlülerin doğrudan yada PTT aracılığı ile beyanname

---

(33) 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Yasası Vergilendirme Dönemi ve Beyan: MADDE 25-

(1)) Yıllık beyan esasında vergilendirilen kurumların vergilendirme dönemi, hesap dönemidir. Ancak, kendilerine özel hesap dönemi tayin edilenlerin vergilendirme dönemi, özel hesap dönemleridir.

(2) Kesinti suretiyle ödenen vergilerde, istihkak sahiplerince ayrıca yıllık veya özel beyanname verilmeyen hallerde, vergi kesintisinin ilgili bulunduğu dönemler, vergilendirme dönemi sayılır.

(3) Kanunun 26. maddesi gereğince verilen beyannameler ile bildirilen kazançların vergilendirilmesinde, vergilendirme dönemi yerine kazancın elde edilme tarihi esas alınır.

(4) Yıllık kurumlar vergisi beyannamesi, kurumun Türkiye'deki iş yerinin veya daimî temsilcisinin bulunduğu yerin; Türkiye'de iş yeri veya daimî temsilcisi olmadığı takdirde yabancı kuruma kazanç sağlayanların bağlı olduğu yerin vergi dairesine verilir.

(5) Beyanname, hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günü akşamına kadar, tarhiyat'ın muhatabının Türkiye'yi terk etmesi halinde ise ülkeyi terk etmesinden önceki on beş gün içinde verilir.

(6) Beyannamelerin şekil, içerik ve ekleri Maliye Bakanlığı'nca belirlenir. Yükümlüler beyanlarını bu beyanname ile yapmak veya bu beyannamelerde yazılı bilgilere uygun olarak bildirmek zorundadır.

(34) Dr. İleri, Y. "Elektronik Beyanname Tercihe Bırakılmalı", "Dünya", 9 Kasım 2005

verme olasılığı ortadan kalkmıştır. Maliye Bakanlığı elektronik ortamda beyanname verilmesi ile ilgili olarak bugüne kadar 340, 346, 357, 367, 373 ve 376[35] sıra numaralı vergi usul yasası genel tebliğlerini yayınlamış,uygulamayı aşamalı olarak genişletmiştir.

Beyannamelerin İnternet ortamında verilmesi suç tarihinin belirlenmesinde bir farklılık oluşturmamaktadır.

Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabi iken, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarının gelirleri kurumlar vergisine tabidir.

Hesap dönemi, prensip itibari ile bir takvim yılıdır. Kurumlar vergi beyannamesi vergilendirmeye konu olayların gerçekleştiği yılı takip eden Nisan ayı içerisinde (1-25 günlerinde) verilir.

Gelir Vergisi Beyannamesi Mart ayı içinde verilirken Kurumlar Vergisi Beyannamesi prensip olarak Nisan ayında verilir. Bu itibarla Nisan ayının yirmi beşinci gününü takip eden gün 26 Nisan suç tarihidir. Örneğin 2007 yılında sahte fatura kullanarak kurumlar vergisi zıyaına sebebiyet verilmesi durumunda suç tarihi 26.04.2008 dır.

c. Katma Değer Vergisinde;

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Yasası'nın 39/1. maddesinde Vergilendirme Dönemi belirlenmiştir. Buna göre; "*Katma Değer Vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının 3'er aylık dönemleridir. Ancak Maliye Bakanlığı yükümlülerin yıllık gayri safi hasılatlarına göre ve 3 aylık vergilendirme dönemi yerine 1'er aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir.*"

Kaçakçılık sayılan eylemlerin birisi ile Katma Değer Vergisi zıyaına sebebiyet verildiği iddia ediliyorsa yükümlünün 1 veya 3 aylık vergilendirme dönemlerinden hangisine tabi olduğunun belirlenmesinde fayda vardır. Suç tarihinin 1 ile 3 ay gibi değişiklik göstermesinin davayı etkileyebileceği durumlarda bu araştırma zorunludur.

Yükümlünün hangi vergilendirme dönemine tabi olduğu dosya içerisindeki tutanak vergi inceleme raporları gibi belgelerden belirlenmesi mümkün olmadığı durumlarda yükümlünün bağlı bulunduğu vergi dairesinden sorulup tespit edilmelidir. 3065 Sayılı Yasa'nın 41. maddesine göre

---

(35) 376 nolu Vergi Usul Yasası Genel Tebliği:

1-Ticari,zirai ve mesleki faaliyetlerden dolayı gerçek usulde vergilendirilen gelir vergisi yükümlüsüne hiçbir hadle sınırlı olmaksızın yıllık gelir vergisi beyannamelerini elektronik ortamda gönderilme zorunluluğu getirilmiştir.

2-Ticari,zirai ve mesleki faaliyetlerden dolayı gerçek usulde vergilendirilen gelir vergisi yükümlüleri ile kurumlar vergisi yükümlülerine hiçbir hadle sınırlı olmaksızın Muhtasar ve Katma Değer Vergisi (KDV) beyannamelerini elektronik ortamda gönderilme zorunluluğu getirilmiştir.

"*yükümlüler ve vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar katma değer vergisi beyannamelerini vergilendirme dönemini takip eden ayın 24. günü akşamına kadar ilgili vergi dairesi vermekle yükümlüdürler*"

Yasanın 45. maddesine göre; Katma Değer Vergisi Beyannamesinin verildiği günde beyanname posta ile gönderilmiş ise vergiyi tarh edecek daireye geldiği tarihi takip eden yedi gün içinde tarh edilir.

Bu açıklamalara göre örneğin; 20.07.2006 tarihinde kullanılan sahte fatura ile Katma Değer Vergisi zıyaına sebebiyet verildiği iddia olunuyorsa yükümlü birer aylık vergilendirme dönemine tabi ise suç tarihi tarh döneminin sonu olan 25.08.2006 günü 3'er aylık vergilendirmeye tabi ise vergilendirme dönemini izleyen ayın 24. gününü izleyen 25. günüdür.

Aynı yıl içerisinde birden çok sahte belge ile vergi zıyaına sebebiyet vermiş ise suç tarihinin belirlenmesinde en son düzenlenen belge ve onun içinde bulunduğu vergilendirme dönemi esas alınır. Tek bir suçtan ceza tayin olunur. Sahte belgeler farklı yıla ait ise her yıl için ayrı ayrı ceza verilir.

Sahte yada içeriği itibariyle yanıltıcı belgenin örneğin KDV ve Kurumlar Vergisi'nde kullanılması durumunda her bir takvim yılındaki suç zincirleme tek suç sayılıp KDV ile ilgili zaman aşımı süresi dolsa bile Kurumlar Vergisi yönünden kaçakçılık suçunda suç tarihinin Kurumlar Vergisi Yasası'nın 25 ve 28. maddeleri dikkate alınarak takip edilen yılın 26 Nisan günü olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir takvim yılında birden fazla ayda sahte fatura kullanmak sureti ile KDV zıyaına sebebiyet verilmesi halinde eylem tek bir vergi döneminde işlenmiş zincirleme tek vergi kaçakçılığı suçunu oluşturacak ve teselsülün sona erdiği ay suçun işlenip tamamlandığı ay olarak değerlendirilecektir.

d. Stopaj Gelir Vergisinde;

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 98 ve 109. maddelerinde, Stopaj Gelir Vergisi'nde beyanname verme ile tarh zamanlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Bu hükümlere göre stopaj gelir vergisi ertesi ayın 23. günün akşamına kadar ilgili vergi dairesine beyanname ile bildirilir.

Vergi,beyanname vergi dairesine verildiği günde posta ile gönderilmişse vergi dairesine ulaştığı günü takip eden yedi gün içinde tarh edilir.

Stopaj Gelir Vergisinde suç tarihini somutlaştıracak olursak 20.09.2008 günü sahte fatura ile stopaj gelir vergisi zıyaına sebebiyet verilmesinde suç tarihi, vergilendirmeye konu olayın meydana geldiği günü izleyen ayın (verginin tarh döneminin sonu olan yirmi üçüncü gününü takip eden) **24. günü olan** 24.10.2008'dır.

01.01.1999 tarihinden itibaren işlenen kaçakçılık suçlarında vergi zıyaı suçun unsuru olmadığından sahte belge, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge ve anlaşma olmadığı halde basılan yada sahte olarak basılan belgeleri kullanmak suçları dışındaki suçlarda fiillerin işlendiği tarihler suç tarihleridir. Kullanmak suçlarında ise belgelerin yer verildiği beyannamelerin vergi dairesine verildiği tarihe göre yukarıda belirtilen tarihler suç tarihidir.

G-Vergi Suçlarında Dava Zaman Aşımı Süresi

Vergi Usul Yasası'nın 359. maddesine göre; sahte yada yanıltıcı belge kullanmak sureti ile kaçakçılık suçu işlenmesi halinde 01.01.1999 tarihinden itibaren vergi zıyaı oluşmasa dahi sahte belge kullanmak sureti ile bu eylemin suç sayılmasının ve cezalandırılmasının gerekçesi olan kamu güveninin ve kamu yararının ihlal edilmiş olmasına göre, **sahte belge ve yanıltıcı belgenin düzenlendiği tarihin suç tarihi veya suçun işlendiği gün** olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle de sahte belge veya yanıltıcı belge kullanmak sureti ile kaçakçılık suçu işlenmesi halinde dava zaman aşımının suçun işlendiği tarihten yani **sahte belge veya içeriği itibari ile yanıltıcı belgenin yer verildiği beyannamelerin vergi dairesine verildiği tarih yada verginin tarh döneminin sonu olan günü takip eden günden** başlaması gerektiği düşünülmektedir.

Dava ve ceza zaman aşımı re'sen uygulanır ve bundan şüpheli sanık ve hükümlü vazgeçemezler. Dava ve ceza zaman aşımı süreleri gün, ay ve yıl hesabı ile belirlenir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66/6. maddesine göre zaman aşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden,kalkışma halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği gündün itibaren işlemeye başlar. Buna göre tamamlanmış suçlarda zaman aşımı, suçun işlendiği tarihte başlar.

Zaman aşımı 765. Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 103. maddesine göre fiilin meydana geldiği günden itibaren başlarken, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 66. maddesinde suçun işlendiği günden itibaren başlaması kabul edilmiştir.

Sahte ve yanıltıcı belge kullanmak sureti ile işlenen kaçakçılık suçunda vergi zıyaı suçun maddi unsuru olmasa dahi sahte yada yanıltıcı belgenin yer verildiği beyannamelerin vergi dairesine verildiği tarih yada verginin tarh döneminin sonu olan günü takip eden günden başlaması gerektiğine göre zaman aşımı süresi bu tarihten itibaren başlar.

Zaman aşımına ilişkin 01.06,2005 tarihine kadar 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 10 ve 102/1-4. maddelerine göre 5 yıl, 01.06.2005 tarihinden

itibaren 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 5 ve 66/1-e maddelerine göre 8 yıldır.

H- Vergi Suçlarında İştirak

Türk Ceza Yasası'nın İştirakte faillik'i düzenleyen 37. maddesine göre önce fail saptanmalıdır. Suçun yasal tanımında yer alan eylemi birlikte gerçekleştiren kişi veya kişiler faildir. Örneğin sahte faturayı birlikte düzenleyen birden fazla kişi var ise her üçü de asli fail olarak cezalandırılacaklardır.

TCY'inin 38. maddesinde ise azmettirmek düzenlenmiştir. Fail aklında suç işleme konusunda bir düşünce bulunmayan bir kişiyi vergi suçu işlemeye azmettirir ise azmettiren işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

TCY'inin 39. maddesinde de üçüncü bir iştirak şekli olan yardım düzenlenmiştir. Yardım etme suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını takviye, fiili işledikten sonra yardım edeceği konusunda vaatte bulunma, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinde önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olarak belirlenmiştir.

Vergi Usul Yasası'nın 360. maddesinde 359. maddesindeki suçlara iştirak edilmesi halinde cezanın TCY'inin hükümlerine göre hesaplanmasından sonra yarısının indirilmesi söz konusudur. Ancak böyle bir indirimin yapılabilmesi için iştirak edenlerin bu suçların işlenmesinde menfaatlerinin bulunmaması gerekir. Buradaki menfaatin maddi bir menfaat olduğu açıktır.

359. maddede yer alan suçlardan birine iştirak durumunda yargıç önce iştirakin maddi yarar sağlama için gerçekleştirip gerçekleştirilmediğini araştıracak ve maddi menfaat bulunmadığına kanaat getirir ise, iştirak için öngörülen cezanın yarısını indirecektir. 360. madde de yer alan iştirake ilişkin cezada indirimi öngören hüküm eski düzenlemede olduğu gibi sadece 359. madde belirtilen suçlar için geçerlidir. Yasada düzenlenen diğer suçlarda iştirak hükümleri yine sadece Türk Ceza Yasası'na göre saptanacak ve her hangi bir ceza indirimi söz konusu olmayacaktır.

I- Vergi Suçlarında Birleşme ve Tekerrür

Vergi Usul Yasası'nın 339. maddesi vergi ziyanına neden olmaktan veya usulsüzlükten ceza kesilip bu cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyanında 5, usulsüzlükte 2 yıl içinde tekrar ceza kesilmesi halinde vergi zıyaı cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmi oranında artırılır hükmünü içermektedir. Böylece tekerrürden dolayı vergi cezasının artırılması söz konusu olmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenen tekerrürde ise kişi önceden işlediği kasti bir suçtan hapis yada adli para cezasına mahkum edilmiş ve hüküm kesinleşmiş olmasına rağmen yeni bir suç işlemesi halinde toplum açısından tehlikeliliği ifade eden tekerrür halinin varlığı kabul edilerek infazı daha ağır bir rejime tabi olacaktır. Cezasının artırılması yoluna gidilmeyecektir.

Vergi Usul Yasası'nın 340. maddesi vergi zıyaı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. madde ve diğer yasalarda yazılı cezaların içtima ve tekerrür açısından birleşemeyeceğini ve bu yasada yazılı vergi cezası ile cezalandırılan eylemlerin aynı zamanda 359. maddeye aykırılık teşkil etmesi durumunda buna göre soruşturma yapılmasına engel olmayacağı hükmünü içermektedir.

213 Sayılı Yasa'nın 335. maddesi tekbir fiil ile başka neviden birkaç vergi zıyaına neden olunmuşsa her vergi bakımından ayrı ayrı ceza kesilecektir. 336. maddesi ise tek fiil ile vergi zıyaı ve usulsüzlük birlikte işlendiğinde bunlara ait cezalardan en ağırının kesileceğini öngörmektedir. Burada bir idari eylemde fikri içtimaının uygulanması söz konusudur.

Kamusal nitelikli vergi suçlarında ise TCY'inin 58/2-b maddesine göre; 3 yıl içinde yeni bir suç işlendiğinde tekerrür hükümleri uygulanabilir.

İdari tekerrüre ilişkin hükümler hapis cezasını gerektiren vergi kaçakçılığı suçlarında tekerrüre esas alınıp uygulanmaz.

III- VERGİ USUL YASASINDA YER ALAN KAMUSAL NİTELİKLİ SUÇLAR (Hapis cezasını gerektiren vergi kaçakçılığı suçları)

213 Sayılı Yasa'da yer alan suçlar cezaları uygulayanların sıfatı bakımından da iki ana başlık altında toplanabilir.

1 – Mali İdarenin yetki alanına giren idari aykırılıklar

2- Ceza mahkemelerinin görevine giren ve hapis cezasını gerektiren suçlar

Vergi zıyaı suçu cezası usulsüzlük ve kusur cezaları mali idarenin görev ve yetki alanındadır. Mahkemenin görev alanındaki suçlar ise vergi kaçakçılığı (ve bu suça iştirak) vergi mahremiyetini ihlal ve yükümlülerin özel işlerini yapmak olarak yer almaktadır.

A- Vergi Kaçakçılığı Suçları

Kaçakçılık suçu ve cezalarının düzenlenmesinde izlenen yöntem aynı madde içinde hem suç oluşturan hareketler ve hem de yaptırımları birlikte belirlenmiştir.

Hukuki yapılarında benzerlik olanların yanında farklılık arz eden çok

sayıda değişik suçlar aynı yasa maddesinde yer almıştır. Yasa maddesi aşağıdadır.

Madde 359 – a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar

371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi zıyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Madde de yer alan değişik suçları ayrı ayrı irdelemek gerekmektedir.

1. a) 359/a.1 alt bendinde yer alan suçlar:

aa) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hilesi yapmak:

Yükümlünün vergi yasalarınca tutmak zorunda olduğu defter ve belgelerde, vergi ödememek yada daha az vergi ödemek için muhasebe hilesi yapması en yaygın vergi suçlarındandır. Muhasebenin genel ilkesi, düzgün ve doğru bir vergi matrahı belirlemek ve yükümlünün vergi edimini gerçek duruma göre yerine getirmesinin temin etmektir. Bu suçun yasada açık bir tanımı yoktur. Ancak vergi matrahını azaltmaya yönelik hesap ve muhasebe hilesi bu bilinçle yapılırsa suç gerçekleşmiş olur.

Suçun konusu vergi yasalarınca tutulan, düzenlenen, saklanma ve ibraz zorunluluğu bulunan defter ve kayıtlardır. Doğru olarak gerçekleşen işlem ve hesapların kayıtlarda vergi matrahını azaltmaya yönelik olarak başka türlü gösterilmesi suçun maddi unsurudur. Suç genel kastla işlenebilir. Hata, yanılgı ve bilgisizlik sonucu oluşan muhasebe yanlışları bir yanılgıya dayalı olduğundan kasıt yokluğu nedeniyle suç oluşmaz. Ani suçlardan olmasına göre bu suça kalkışmak olanaklı değildir. Verginin türüne göre zincirleme hükümlerinin uygulanması olasıdır. Suçun sorumlusu gerçek kişilerde vergi yükümlüsü, tüzel kişilerde yasal temsilcidir.

bb) Gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgili bulunmayan kişiler adına hesap açmak

Vergi yasalarına göre tutulan, düzenlenen, saklanma ve ibraz zorunluluğu bulunan kayıtlar suçun konusu olup; gerçek dışı hesaplar açmak veya kaydedilen işlemlerle hiç ilgisi olmayan kişiler adına hesap açmak gerekir. Bu her iki durum da gerçekleri yansıtmayan hesap açmaktan ibaret olup esasen bunlar da birer muhasebe hilesidir. Hayali olarak bir borç gösterme, hesaplar açmak vergi matrahının azalmasına neden olacağından maddedeki suçu oluşturur. İşyerinde gerçekte çalışmayan işçileri çalışıyor gibi göstermek, bunlara ücret bordrosu düzenlemek bu suretle vergi matrahını azaltmak örnek gösterilebilir.

İşlemlerle ilgisi bulunmayan kişilerle ilgili hayali hesaplar açılırken defter kayıt ve belgelerin asıl yada suretleri kısmen yada tamamen sahte düzenlenmiş ise eylemin 359/b maddesi kapsamında kalan suçu da oluşturması söz konusu olup TCY'inin 44. maddesindeki fikri içtima kuralların göre en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulması gerekecektir.

Suç genel kasıtla işlenen suçlardandır. Suç oluşturan özgün olayın özelliğine göre suça kalkışmak olasıdır. Eylemin gerçekleştirildiği vergi tarh dönemlerine göre zincirleme suç oluşabilir.

cc) Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri tamamen yada kısmen başka defter, belge ve kayıt ortamına kaydetmek:

Vergi matrahını azaltmaya yönelik olarak çift defter tutmak olarak da adlandırılan suç tipidir. Tutulan defter ve kayıtlar mükerrer olsa dahi birbirlerine uygunluk gösteriyor ve vergi matrahında bir azalma oluşturmuyorsa suç oluşmaz. Vergi matrahında azalma suçun unsurudur.

Suçun konusu vergi kanunlarına göre tutulan ve düzenlenen defter ve belgelerin dışında hesap ve işlemlerin kaydedildiği özel defter ve belgeler yada diğer kayıt ortamlarıdır. Tutulması, saklanması ve ibrazı zorunlu defterlere kaydedilmesi gereken hesap ve işlemlerin başka defter ve belgeler ile kayıt ortamlarına kaydedilmesi suçun konusudur. Suç genel kasıtla işlenebilir.

Eğer noter tastık kayıtları yada sair yollarla varlığı kanıtlanabilen defterler mevcut değilse bu suç oluşmaz.

b-) 359/a.2 alt bendinde yer alan suçlar

aa) Defter kayıt ve belgeleri tahrif etmek:

Defter ve kayıtları tahrif etmekle vergi incelemesinin sağlıklı bir sonuca ulaşması engellenir. Burada güdülen amaç matrahı eksik göstermek ve az vergi ödemektir. Suçun konusu Vergi yasalarına göre tutulan defter ve belgeler suçun konusunu oluşturmaktadır. Defter ve belgelerdeki gerçeği yansıtan yazı ve rakamların tahrif edilerek yada başka yöntemlerle değiştirilmesi suçun maddi unsurunu oluşturur. Tahrifatın aldatma yeteneğine haiz olması aranmaz. Suç için genel kastın varlığı yeterlidir. Suç tehlike suçu olduğu ve neticesi harekete bitişik olduğu için kalkışmaya elverişli değildir. Ancak suçun zincirleme biçimde işlenmesi olanaklıdır. Suçun faili gerçek kişi yükümlüler, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri ve yasada sayılan diğer kişiler suçun faili olabilirler.

Defter ve belgelerdeki yanlışlıkların düzeltilmesi gereksiniminin doğması hallerinde bu düzeltme işlemi Vergi Usul Yasası'nın 217. maddesindeki usule göre düzeltilmesi gerekir.[36]

bb) Defter kayıt ve belgeleri gizlemek:

Sağlıklı, verimli ve adıl bir vergi düzeninin kurulması ve sürdürülmesinde yükümlünün defter tutması, belge düzenleyip vermesi ve bunları belirlenen sürede saklaması ve istendiğinde yetkililere ibraz etmesi yaşamsal önem taşır.

---

(36) YANLIŞ KAYITLARIN DÜZELTİLMESİ: Madde 217 - Yevmiye defteri maddelerinde yapılan yanlışlar ancak muhasebe kaidelerine göre düzeltilebilir. Diğer bilumum defter ve kayıtlara rakam ve yazılar yanlış yazıldığı takdirde düzeltmeler ancak yanlış rakam ve yazı okunacak şekilde çizilmek, üst veya yan tarafına veyahut ilgili bulunduğu hesaba doğrusu yazılmak suretiyle yapılabilir.

Defterlere geçirilen bir kaydı kazımak, çizmek veya silmek suretiyle okunamaz bir hale getirmek yasaktır.

Yasanın 171. maddesinde yükümlünün defter tutmasında ki amacı; 134. maddesi vergi incelemesindeki maksadı (ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu tespit etmek ve sağlamaktır şeklinde tanımlamıştır), 227. maddesi bu yasaya göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsiki mecburiyetini getirmiştir.

Tutulan defter ve kayıtların, düzenlenen belgelerin gizlenmesi vergi incelenmesini dolayısı ile vergi denetimini imkansız kılar. Defter tutmayı da içeren belgeleme düzeni nedenli mükemmel olursa olsun çeşitli bahanelerle inceleme ve denetimden kaçırılması durumunda vergi kayıp ve kaçağı kaçınılmaz olur. Yasa koyucu defter ve belgeleri gizlemeyi sadece vergi cezası ile karşılamakla yetinmemiş ayrıca hapis yaptırımı gerektiren bir suç tipi olarak da değerlendirmiştir.

Gizleme suçunun **konusu** vergi yasalarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan (defter,kayıt ve belgeler) olduğunu açıktır.

Defter tutmak zorunluluğu olan gerçek ve tüzel kişiler VUY'nın 172. maddesinde, istisnaları da 173. maddesinde sayılmıştır.

Vergi Usul Yasası'nda tutulması zorunlu defter ve kayıtlar ise yükümlünün faaliyet alanına kazanç sınırına ve türüne göre ikinci kitap, ikinci kısım, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. bölümlerinde tek tek gösterilmiştir. Örneğin; bilanço esasına göre tutulacak yevmiye defteri,defteri kebir, envanter defteri, işletme hesabına göre işletme hesabı defteri, sınai müesseselerin tutacakları imalat defteri, bitim işleri defteri, serbest mesleklerde tutulan serbest meslek kazancı defteri, zirai kazançlarda tutulan çiftçi işletme defteri, banka banker ve sigorta şirketleri gider vergisine ait kayıtlar, damga resim kayıtları, menkul ve gayrimenkul sermaye iratlarına ait kayıtlar ve amortisman kayıtları gibi.

Vergi Usul Yasası'na göre düzenlenen belgeler vesikalar başlıklı ikinci kitap 3. kısımda gösterilmiştir. Bunlar; fatura, sevk irsaliyesi, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma biletleri, gider pusuları, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi gibi.

Vergi inceleme amacı ile istenen defter, kayıt ve belgelerin belirlenen süre içinde yetkililere ibraz edilmemesi gizleme suçunun **maddi unsurunu** oluşturur.

Vergi incelemesi ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak amacı ile yapılır. İnceleme yapma yetkisi olanlar varlıkları noter tastık kayıtları veya sayır suretlerle sabit olan defter ve belgelerin ibrazını isteyebilirler.

Yükümlüden içinde bulunduğu döneme ait veya saklama süresi geçmemiş olan defter, kayıt ve belgelerin ibrazı istenebilir. Yasa'nın 256. maddesi muhafaza etmek zorunda olduklar her türlü defter belge ve karneler ile …kayıtlarını süresi içinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve incelenme için arz etmek zorunda olduklarına ilişkin hükmünde bunu ifade etmektedir. Defter tutmak zorunda olanlar tuttukları defterler ile yazılı vesikalarını ilgili bulundukları yılı takip eden **takvim yılından başlayarak 5 yıl süre ile saklamak** zorundadırlar. Şeklindeki Yasa'nın 253. maddesi saklama süresini 5 yıl olarak belirlemiştir. Saklama süresi geçen defter, kayıt ve belgelerin yetkililere ibrazında zorunluluk olmadığı gibi bu durumda gizleme suçundan da bahsedilemez.

Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacı ile vergi incelemesi yapılır. Defter ve belgeler ancak vergi incelemesi amacıyla istenmesi halinde gizleme suçu oluşur. Başka amaçlarla ibrazları istenmesi halinde gizleme suçu oluşmaz.

İncelemeye yetkili olanlar incelemeye yetkililer Vergi Usul Yasası'nın 135. maddesine göre; hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcıları veya vergi idaresi müdürleridir.

Vergi incelemenin yapılacağı yeri belli eden 139. madde aynen şöyledir;

"*Vergi incelemeleri esas itibariyle incelemeye tabi olanın işyerinde yapılır İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkansız olur veya yükümlü ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir.*

Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenilir İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya vesikaları belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve vesikalarını daireye getirmesi için münasip bir mühlet verilir."

Denetimi yapacak görevlinin vergi incelemesi için yükümlünün işyerine gitmesinde zorunluluk vardır. Ancak yetkili işin terk edildiğini, yükümlünün vefat ettiğini, işyerinin kapalı olduğunu önceden belirlemesi durumunda işyerine gitme zorunluluğu ortadan kalkar. İnceleme için defter kayıt ve belgelerin yazılı olarak ibrazlarının istenmesi koşulu gerçekleşmiş olur. Ayrıca yükümlünün önceden muvafakati işyerine gidilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırır. Bu durumda da inceleme için belgeler yazılı olarak istenecektir.

İşyerinin vergi incelemesi yapılmasına elverişli olmadığının belirlenmesi için işyerine mutlaka gidilmesi gerekir.

Vergi incelemesine yetkili olanlar işyerine gittiklerinde ibrazını istedikleri defter, kayıt ve belgelerin hazır edilmemesi halinde yükümlünün imzasını da alarak düzenledikleri tutanakta veya dairede inceleme yapılacak ise yükümlüye tebliğ edilecek yazıda ibraz için süre belirleyeceklerdir. Belirlenecek süre yasada açıkça yazılı olmayan hallerde 15 günden aşağı olmamak üzere bu süreyi tebliğ yapacak olan idare belirler ve ilgiliye bildirir.

Yasada defter, kayıt ve belgelerin ibrazları için açıkça bir süre gösterilmemiş olduğundan inceleme elemanın inceleme süresini belirlemesi gerekecektir. Bu süreyi belirlerken 14. madde hükmünü dikkate alarak yükümlünün işinin özelliği ibrazı istenen defter, kayıt ve belgelerin ait oldukları yıllar göz önünde bulundurularak 15 gün veya daha fazla bir süre verecektir.

Defter, kayıt ve belgelerin yetkilileri ibrazı için çıkarılan yazı 213 Sayılı Yasa'nın tebliğe ilişkin 93 ve 109. maddelerinde düzenlenen hükümlere göre yapılacaktır.[37] Tebligatın 7201 Sayılı Tebligat Yasası'na göre yapılması (muhatabın geçici olarak başka bir yere gitmesinde tebligat ve tebliğ imkansızlığı yada tebellüğden imtina hallerinde) geçersizdir.

---

(37) TEBLİĞ ESASLARI: Madde 93 - Tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edilir.

Şu kadar ki, ilgilinin kabul etmesi şartıyla, tebliğin daire veya komisyonda yapılması caizdir.

TEBLİĞ YAPILACAK KİMSELER: Madde 94 - Tebliğ yükümlülere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere yapılır.

Tüzel kişilere yapılacak tebliğ, bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerine, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde bunları idare edenlere veya temsilcilerine yapılır. Tüzel kişilerin müteaddit müdür veya temsilcisi varsa tebliğin bunlardan birine yapılması kafidir.

Tebliğ, kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde ikametgah adresinde bulunanlardan veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılır. (Muhatap yerine bu şekilde kendisine tebliğ yapılacak kimsenin görüşüne nazaran 18 yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması gerekir.)

VELİ, VASİ VE KAYYIMLARA TEBLİĞ: Madde 95 - Yükümlü yerine geçen veli, vasi veya kayyım gibi vergi sorumlusu birden fazla olursa, tebliğ bunlardan yalnız birine yapılabilir. Şayet tebliğin mevzuu olan işe ayrı bir vasi veya kayyım bakmakta ise, tebliğ bunlara yapılır.

BİLİNEN ADRESLERE TEBLİĞ: Madde 100 - Bilinen adrese gönderilen mektuplar posta idaresince muhatabına teslim edildiği tarihte tebliğ edilmiş sayılır.

TEBLİĞİN İLANLA YAPILACAĞI HALLER: Madde 103 - Aşağıda yazılı hallerde tebliğ ilan yoliyle yapılır.

1. Muhatabın adresi hiç bilinmezse;

2. Muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilmiş olan mektup geri gelirse;

3. Başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa;

4. Yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa.

İLANIN NETİCELERİ Madde 106 - İlan üzerine bizzat veya bilvekale müracaat edenlere, yerinde, adres bildirenlere ise posta ile tebliğ yapılır

Posta ile yapılan bu tebliğ hakkında da 100 üncü Madde hükmü cari olur.

İlan tarihinden başlayarak bir ay içinde ne vergi dairesine müracaat yapmış ve ne de adresini bildirmiş olanlara bir ayın sonunda tebliğ yapılmış sayılır.

MEMUR VASITASİYLE TEBLİĞ: Madde 107 - (Değişik fıkra: 30/12/1980 - 2365/20 md.) Maliye Bakanlığı tebliğleri posta yerine memur vasıtasıyla da yaptırmaya yetkilidir.

Tebligat Yasası'ndaki bazı hükümler Vergi Usul Yasası'nın 93. ve devamı maddeleri ile örtüşmediğinden VUY hükümleri esas alınacak ve ibraz için gönderilecek yazı, adresi bilinenlere iadeli taahhütlü olarak PTT aracılığıyla muhatabına tebliğ edilecek, adresi bilinmeyenlere de ilenen yapılacaktır.

Muhatabın adresini değiştirmesi, geçici olarak başka bir yere gitmesi ve beyanda bulunanın imzadan çekinmesi halinde evrak çıkaran mercii'ye iade olunur. Evrak ikinci kez tebliğe çıkartılır yine tebliğ edilemez ise bu kez ilenen tebligat yapılır.

Yargıtay Vergi Usul Yasası yerine Tebligat Yasası hükümlerine göre yapılan tebligatları geçersiz saymaktadır.

Bu suçta vergi zıyaı suç unsurları arasında yer almamıştır. Ancak defter, kayıt ve belgelerin gizlenmesi halinde vergi zıyaının belirleme olanağı yok edildiğinden, bu suçun oluşumunda soyut (varsayılan) bir vergi zıyaı yeterli görülmektedir.

Bu suç için manevi unsur olarak **genel kasıt** yeterlidir. Gizlemedeki amacın önemi yoktur. Mücbir sebeplerin varlığı kastı kaldıran nedenlerdir. Defter kayıt ve belgelerin, yasanın yükümlüye yüklediği saklama ödevinin gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu elden çıkması olgusu irade dışında kaybetme olarak kabul edilemez.

Gizleme suçu defter, kayıt ve belgelerin belirlenen süre içinde yetkililere verilmemesi ile oluşan tehlike suçudur. Suça kalkışmak mümkün değildir.

Bu suç zincirleme olarak gerçekleşmez.

Suçun faili gerçek kişilerdir. Gerçek kişinin fail olabilmesi için yükümlü sıfatını taşımaları gerekir. Gerçek kişilerin usulüne uygun olarak görev verdikleri kişilerde suçun faili olabilirler. Tüzel kişilerde yasal temsilci suçun faili olabilirler. Küçükler ve kısıtlılar suçun faili olamazlar. Bunların yerine yasal temsilcilerinin cezai sorumlulukları vardır.

Çalınma, kaybolma, yangın ve su basması gibi sahibinin iradesi dışındaki nedenlerden dolayı defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, yöntemince kanıtlandığı takdirde, Vergi Usul Yasası'nın 13. maddesine göre birer mücbir sebeptir. Uygulamada; gazete ilanı,vergi dairesine bildirimde bulunma

---

Bu Madde hükmünün uygulanmasında da bu kısımdaki tebliğ esaslarına uyulur.

TEBLİĞ YERİNE GEÇEN MUAMELELER: Madde 109 - Verginin tarh ve tahakkukunda tebliğ yerine geçen muameleler hakkındaki hükümler mahfuzdur.

Diğer ücret elde eden hizmet erbabının (...) vergileri, tarh zamanında bu yükümlülerin bağlı oldukları vergi dairesine müracaatla ibraz edecekleri vergi karnelerine yazılmak suretiyle tarh ve tebliğ olunur.

Vergi karneye yazıldığı tarihte tebliğ edilmiş sayılır.

Yukarıdaki hükme riayet etmeyenlerin vergileri (251. Madde hükmüne giren yükümlüler hariç) bu kanunun umumi hükümleri dairesinde yoklama fişine dayanılarak tarh ve tebliğ olunur.

ve Türk Ticaret Yasası'nın 68/son maddesine göre defter ve belgelerin zayi olduğuna dair hasımsız bir mahkeme kararı alınması yoluna başvurularak kanıtlanmaya çalışılmaktadır.

Konuyla ilgili Yargıtay 11. Ceza Dairesi emsal kararlarında "*... mücbir sebebin dayandığı maddi olayın varlığı, defter ve belgelerin bu olay nedeniyle yok olma olgusu, defter ve belgelerin yükümlünün faaliyetine göre olağan sayılabilecek bir yer ve mekanda bulundurup bulundurmadığı, olayın meydana gelme olasılığı, doğal ve kaçınılması mümkün olmayan nedenlere dayanıp dayanmadığı, öngörülebilme ve neden sonuç ilişkisi ,vergi denetiminden kaçmak amacına yönelik bir tertip niteliği...*" hukuka uygun kanıtlarla serbestçe değerlendirilip, irade dışındaki kaybı mücbir sebep olarak kabul etmekte; aksi kanıtlanması olası zayi kararını, vergi dairesine bildirimi ve gazete ilanını yeterli görmemektedir.

cc) içeriği itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak:

Vergiyi doğuran faaliyetin niteliğini değiştirerek veya miktarını az yada çok göstererek bir kısım gelirin gizlenmesi yada giderin fazla gösterilmesi suretiyle matrahın düşürülmesi, dolayısıyla az vergi vermeyi hedefleyen yükümlüler tarafından sıkça işlenen suçlardandır. Belgede miktarın gerçeğe aykırı gösterilmesiyle bir kısım faaliyet belgelendirilmemiş; vergi dairesinin bilgisinden kaçırılmış olmaktadır. İçeriğin gerçeğe aykırı gösterilmesinde ise vergi dairesi adeta hataya düşürülüp dolandırılmaktadır.

Suçun konusunu teşkil eden belgeler, Vergi Usul Yasası'nın ikinci kitap üçüncü kısmında "*vesikalar*" başlığı altında tek tek gösterilmiştir. Belgeler birer kanıtlama aracı olduğundan nitelikleri yasada ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır.

Vergi Usul Yasası'nın 359/a bendinin 2. alt bendinde içeriği itibariyle yanıltıcı belgeyi "*Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge*" olarak tanımlamıştır.

Belgenin miktar itibariyle gerçeğe aykırılığını belirlemede bir zorluk yoktur. Örneğin belgede satış konusu emtianın miktar, fiyat ve tutar yönünden eksik veya fazla gösterilmesi miktar itibariyle gerçeğe aykırılık sayılır. Belgede nitelik yönünden gerçeğe aykırılık duraksamalara neden olabilir. Burada göz önünde bulundurulacak husus, gerçek muamele ve durumun konusu ve tarafları arasında farklılık olmamasıdır. Muamele veya durum gerçek olmasına rağmen tarafları farklı ise içeriği itibarıyla yanıltıcılıktan söz edilemez. Bu halde belge sahtedir. Belgenin gerçek muamele ve durumun konusu dışında başka bir konuyu içermesinde de belge sahte kabul edilmelidir.

Vergi Usul Yasası uyarınca düzenlenen saklama ve ibraz zorunluluğu bulunan fatura, sevk irsaliyesi, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları, yolcu taşıma biletleri, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, taşıma irsaliyesi ve yolcu listesi ile 257. maddeye göre Maliye Bakanlığı'nın aldığı yetkiye dayanarak düzenleme zorunluluğu getirdiği belgeler **suçun konusunu** oluşturmaktadır

İçeriği itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenin öncelikle yükümlü olması, belgeyi yasal yollardan edinilmiş olması, gerçek bir muamele ve durumun bulunması gerekir. Bunların sonucunda düzenlenen belgede, muamele veya durumun içeriği yada miktarı itibariyle gerçeğe aykırı olarak gösterilmesi **suçun maddi unsurudur**. Bu suç yükümlü olmayanlar tarafından işlenemez.

İçeriği itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek suçu belgenin düzenlenmesi sırasında işlenir. Birden fazla düzenlenen belgenin yükümlüde kalan suretinde işlenebileceği gibi muhataba verilen suretinde de işlenebilir.

İçeriği itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenlemek suçu belgenin düzenlendiği tarihte işlenmesine karşın kullanılması hangi vergi türünde kullanılacaksa ilgili verginin tarhını izleyen gün suç tarihidir.

Bu suçta genel kasıtla işlenen suçlardandır. Vergi zıyaı suçun unsuru sayılmadığından suç içeriği itibariyle belgenin düzenlenmesi yada kullanılmasıyla oluşur. Kalkışmaya elverişli değildir. Sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçlarında açıklandığı gibidir.

Vergi Usul Yasası'nın 359/a. l-2 maddesinde yer alan suçlar için 5728 Sayılı Yasa'yla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihinden önce 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Bu tarihten sonra ise cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

2-) 359/ b. bendinde yer alan "belgelerin asıl ve suretlerini kısmen yada tamamen sahte düzenlemek yada sahte belgeleri kullanmak":

Haksız kazanç sağlamak yada vergi kaçırmak için sahte belge düzenlemek yada kullanmak yaygın olarak işlendiklerinden kuşku bulunmayan suçlardır. Vergi kayıp ve kaçağına sebebiyet vermesindeki oranın yüksek olduğunu dikkate alan yasa koyucu sahte belge düzenlemek yada kullanmak eylemleri için vergi usul yasasında özel düzenleme yapmak gereği duymuştur. Sahte fatura düzenlemek Türk Ceza Yasası'nda özel belgede sahtecilik suçuna benzemektedir. **Bu suçu diğer sahtecilik suçlarından ayırtan husus suç tipinde yer alan vergi yasalarına göre tutulması, düzenlenmesi ve saklanma ve ibraz mecburiyeti olan defter ve belgeler olmasıdır**. Eğer bu defter ve belgeler Vergi Usul Yasası'na göre tutulması gereken defter ve belgelerden değil ise diğer koşulları mevcut olsa dahi eylem; sahtecilik, güveni kötüye kullanma yada dolandırıcılık gibi suçları teşkil edebilir.

Vergi alanında yapılan sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak sureti ile haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek, kullanan için gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısı ile vergiyi az ödemek veya hiç ödememek veya hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmaktır. Bu bağlamda gerçeğe aykırılık olgusu olarak sahtecilik amaç değil araçtır.

Vergi İdaresi yükümlünün ticari ilişki ve faaliyetlerini bunları belgeleyen defter, kayıt ve belgeler ile verilen beyannameleri de vergilerin gerçeğe uygunluğunu denetlemekte görevlidir. Yükümlü de ticari ilişki ve faaliyetlerini gelir ve giderini kazançlarını verdikleri beyannameler ve ödedikleri vergilerin doğruluğunu ispat etmek en azından buna hazır olmak zorundadırlar. Bu yönü ile tutulan defter ve kayıtlar ispat vasıtalarıdır. Maddede sahte belge tanımı, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge şeklinde yapılmıştır. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suçunun yanında defter, kayıt ve belgeleri yok etmek, tahrif etmek, gizlemek, içeriği itibari ile yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suçlarının da konusunu teşkil eden belgelere Vergi Usul Yasası'nın 2. kitap 3. kısmında vesikalar başlığı altında yer verilmiştir.

Suça konu belgeler fatura, sevk irsaliyesi, perakende satış vesikaları, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi ve günlük müşteri listesidir. Maliye Bakanlığı'nın mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak düzenleme zorunluluğu getirdiği belgeler de suçun konusu olabilir.

Yasal şekle uygun düzenlenmeyen, öngörülen zorunlu bilgileri taşımayan belgeler, hiç düzenlenmemiş sayılacaklarından suçun konusuna dahil edilemezler.

Vergi Yasaları uyarınca tutulan veya düzenlenen, saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl veya suretlerinin tamamen veya kısmen **sahte olarak düzenlenmesi** veya bu şekilde **düzenlenen belgelerin kullanılması suçun maddi unsurudur**.

Belgede sahtecilik kısmen veya tamamen yapılabilir. Tamamen sahtecilik gerçek olmayan bir vergi olayının varmış gibi belgeye yansıtılmasıdır. Gerçek emtia satışı için düzenlenen faturada, ayrıca yapılmayan emtia satışının da gösterilmesi halinde faturanın kısmen sahte olmasına göre gerçek ve gerçek olamayan muamele ve durumların aynı belgede yer alması da mümkündür. Kısmen sahte belge ile içiriği itibarı ile yanıltıcı belgeyi karıştırmamak gerekir. Yanıltıcı belge de gerçek muamele veya durum mevcut olmakla birlikte bunların mahiyet ve miktarında gerçeğe aykırılık vardır. Kısmen sahte belgede ise gerçeğin yanında gerçek olmayan muamele ve durum yada yanıltıcı niteliği kabule yol açan mahiyet ve miktar dışında ve bunları aşan gerçeğe aykırılık söz konusudur.

Düzenleyici bakımından suçun maddi unsuru kanuni şekle uygun belgeyi meydana getirip ona maddi varlık kazandırılmasıdır.

Belge ne zaman kullanılmış sayılır? Belgenin deftere kayıt edilmesi yada dahil edildiği beyannamenin vergi dairesine verilmesinden hangisi kullanmadır. Duraksamayı aşmak için kullanma olgusu incelenmelidir.

Kullanma yapılan sahtecilikten beklenen yararın sağlanması için gerekli faaliyetin bütününü ifade eder. Sahte belgenin yükümlü tarafından defterine kayıt edilmesi, beklenen yararı sağlamayacağından kullanma gerçekleşmiş sayılmaz. Kaldı ki deftere kayıt edilmeyen sahte belgenin beyannamede gösterilmesi mümkündür. Açıklamalardan sahte belgenin kullanılmış sayılabilmesi için beyannamede gösterilmesi beyannamenin de vergi dairesine verilmesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır ki doğrusu da budur.

Beyannameye belgenin kendisi veya bir örneğinin eklenmesi zorunluluğu bulunmadığından vergi dairesi bu yönü ile ön denetim yapma olanağına sahip değildir.

Mevcut olmayan veya yasal şekle uygun düzenlenmeyen belgenin beyannamede gösterilerek kullanılmasının sahte belge kullanmak suçunun maddi unsuru kapsamında değerlendirilmesi isabetli sayılamaz.

Sahte belgenin kullanılmasının suç sayılabilmesi için belgenin sahte olduğunun bilinmesi gerekir. Aksi halde suç manevi unsur itibari ile oluşmaz. Kullanılan belgenin sahteliğinin bilinip bilinmediği hususu kastın varlığının belirlenmesi yönünden araştırılacaktır. Burada araştırılacak olan muamele ve durumun gerçek olup olmadığıdır.

Gerçek muamele ve durumun bir başka yükümlünün belgesi ile veya sahte belge ile belgelendirilmesi halinde bu belgeleri kullanan yükümlü failin sahteliği bildiği kabul edilecektir.

Aldatma yeteneği muamele ve durumun gerçek olması halinde belgeyi alanlar bakımından önem taşır. Gerçek hizmet alana hizmet veren tarafından sahte belge verilebilir. Alıcının belgenin içeriği itibari ile sahteliği fark etmediğine ilişkin savunması geçerli sayılamaz. Ancak belgenin anlaşmalı matbaalar tarafından basılmış veya sahte olarak basılmış veya bir başka yükümlünün belgesini kullanmış olduğunu anlaması her zaman olanaklı olmayabilir. Bu durumlarda yapılan sahteciliği bilmek söz konusu olur ki madde metninden çıkarılan maddenin önceki metninden çıkartılan "*bilerek*" sözcüğü ile ilgili olarak yukarıda verilen bilgi ve ölçüt sorununun çözümüne ışık tutacaktır.

213 Sayılı Yasa'nın 341. maddesinde vergi zıyaı yükümlünün veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. 4369 Sayılı

Yasa kaçakçılık suçlarında vergi zıyaını suçun unsuru olmaktan çıkarmıştır. Artık 01.01.1999 tarihinden sonra işlenen suçlarda vergi zıyaı suç unsuru olarak aranmayacaktır.

Vergi kaçakçılığı suçlarında **manevi unsur genel kasıttır**. Failde hiç vergi vermemek veya az vergi vermek amacının varlığı aranmaz. Belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanmadığını bilenin belgenin sahteliğini bildiği kabul edilir.

Suç sahte belgenin düzenlenmesi veya kullanılması ile tamamlanır. Bu bakımdan ani suçtur. Öte yandan vergi zıyaı unsur sayılmadığından tehlike suçu olduğunda da kuşku yoktur. Belgenin düzenlenmesi yada kullanılmasından önceki hareketler hazırlık hareketlerdir. Bu hareketlerinde tamamlanması ile suç oluşur. Bu nedenlerle suça kalkışmak mümkün değildir.

Aynı suç tipinin birden fazla ihlali bir suç işleme kararı ile gerçekleştirildiğinde zincirleme tek bir suç sayılacaktır. Kural olarak ne kadar netice var ise o kadar suç vardır. Bu kurala zincirleme suç istisna teşkil etmektedir.

Sahte belge düzenleme bakımından zincirleme suçta sorun yoktur. Suç düzenlenmekle oluştuğundan koşulların varlığı halinde (aynı takvim yılı içindekiler) suçu tek suç, ancak sahte belge farklı vergi yükümlüleri adına düzenlenmiş ise aynı takvim yılı içindeki eylemleri zincirleme suç kabul edilecektir. Fiili ve hukuki kesintiler yeni ve farklı bağımsız suçlar oluşturur.

Sahte belge kullanmak suçunda ise kullanma faaliyetinin işleyiş biçimi, mahiyeti, sayısı ve sonuçlarının değerlendirmesi ile bir sonuca varılabilir. Sahte belge beyannamede Özel Vergi Yasası'nın öngördüğü bilgilere yer verilerek kullanılır. Beyannameler vergilendirilme dönemleri esas alınarak katma değer vergisinde genelde aylık, gelir ve kurumlar vergisinde yıllık olarak düzenlenip vergi dairesine verilirler. Suç sahte belgenin kullanılması ile tamamlandığından beyannamelerin verildiği tarihte işlenmiş olacak, takip eden dönemlerde yeni sahte belgelerin kullanılması ile de yeni bağımsız suçlar meydana gelecektir. Farklı dönemlerdeki fiiller yeni suç işleme kararı ve kastı gerekli kılacaktır. Bu nedenlerle her döneme ait suç bağımsızlığını koruyacak zincirleme suçtan söz edilemeyecek gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.

213 Sayılı Yasa'nın 174. maddesinde tarh dönemini bir takvim yılı olarak kabul etmektedir. Aynı yıl içinde birden fazla beyanname ile sahte yada içeriği itibari ile yanıltıcı belge kullananların eylemleri zincirleme suç oluşturacaktır.

Yanıltıcı belge ile az vergi ödemek sahte belge ile de hiç vergi ödememek amaçlanmaktadır. Ancak her iki halde de fiiller aynı hukuki yararı yönelik

olarak yani devletin vergilendirme hak ve yetkisine yönelik olarak işlenmektedir. Sahte belge özünde yanıltıcı belgedir. Yanıltıcı olmayan belgenin sahte olduğu düşünülemez. Sahte belge düzeleme suçu yükümlü, vergi sorumlusu ve yasal temsilciler tarafından işlenebileceği gibi bu sıfatlara sahip olmayanlar tarafından işlenebilir. Ancak sahte belge kullanmak suçunun faili ise herkes olamaz. Çünkü kullanma; ancak yükümlü, vergi sorumlusu, tüzelkişilerin yasal temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan kuruluşların idarecileri veya bunların temsilcileri tarafından gerçekleştirilebilir. Bu yüzden sahte belge kullanmak suçunun failleri sayılan bu gerçek kişilerdir.

Bu suça herkes iştirak edebilir.[38]

Vergi Usul Yasası'nın 359/2. fıkrasında "*yer alan*" **371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz** şeklindeki düzenleme, beyana dayalı vergilerde vergi zıyaı gerektiren idari aykırılıkları işleyen yükümlünün, belli koşullarda ceza uygulanmasından vazgeçme karşılığında, yasaya aykırı olan eylemleri vergi dairesine bildirmeyi özendirmektedir

Hapis cezasını gerektiren eylemlerde pişmanlık yada ıslah başvurusu suçun oluşumunu engellemez. Yasanın 13. maddesinde belirtilen failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durum var ise ancak eylem o zaman suç teşkil etmeyecektir.

Fail TCY'inin 3. maddesinde belirtilen gönüllü vazgeçme durumunda kendi çabasıyla suçun tamamlanması önlediği takdirde cezalandırılmayacağı açıktır.

Suçun yaptırımı 5728 Sayılı Yasa'nın yürürlüğü girdiği tarih olan 08.02.2008 tarihine kadar 18 aydan 3 yıla kadar hapis, bu tarihten sonra ise 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

3-) 359/c. Belgeleri anlaşması olmadığı halde basmak, sahte olarak basmak, bu belgeleri kullanmak

Vergi Usul Yasası uyarınca vergi yükümlüleri tarafından kullanılan belgeler Maliye Bakanlığı tarafından izin verilen matbaalar tarafından basılabileceği 02.02.1985 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan yönetmelikte düzenlenmiştir. 25.05.1999 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan değişikliğe ise belgelerini anlaşmalı matbaalarda bastırmak zorunda olanların vergi dairesinden izin almak zorunlulukları kaldırılmıştır.

359. maddenin c bendinde belgeler "*Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilere*" bastırılabilecektir. Buna uyulmaması ceza yaptırımı ile cezalandırılmaktadır. İllerde defterdarlık

(38) Nuri, O..-Ahmet, G."Vergi Kaçakçılığı Suçları" Ankara 2002 s.222 ve devamı.

makamı olarak yapılan sözleşmelerde maliye bakanlığı adına yapılmış sayılacaktır.

Suçun konusu Vergi Usul Yasası uyarınca vergi yükümlüleri tarafından kullanılan fatura, sevk irsaliyesi,taşıma irsaliyesi, müstahsil makbuzu, perakende satış vesikaları, serbest meslek makbuzu gider pusulası, yolcu listesi,günlük müşteri listesi ve ücret bordrosu ile Maliye Bakanlığı'nın yükümlülere düzenleme zorunluluğu getirdiği belgelerdir.

Belgelerin Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmamasına rağmen basılması, sahte olarak basılması,bunların kullanılması **suçun maddi unsurudur**. Verilmiş izin yada belge bastırma yetkisi olmaksızın belge basılması suçun maddi unsurunun gerçekleştirmesi için yeterlidir.

Basmak sözcüğünden belgelerin her türlü araçlarla çoğaltılmasını da anlamak gerekir. Suçun oluşmasında belgelerin maddede belirtilen şekilde basılması ve bunların kullanılması yeteri sayılmıştır.

Sahte belge gerçek bir işlem ve duruma dayanmıyorsa sahtedir. Bu durumda belgenin özel yönetmeliği uyarınca basılmış olup olmamasının bir önemi yoktur. Her iki halde de eylem 359/b maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Gerçek muamele ve durum mevcut;ancak, sahte basılan veya anlaşma olmaksızın basılan belge kullanılıyorsa, bu bentteki kullanma gerçekleşecektir. Burada önemli olan basılan belgelerden vergi dairesinin bilgisi olmamasıdır. Ceza yaptırımı ile engellenmek istenen budur. Bu suç için vergi zıyaı zorunlu bir unsur değildir. Genel kasıtla işlenen suçlardandır. Suça kalkışmak olanaklıdır. Suçun zincirleme biçimde işlenmesi mümkündür. Suçun faili sahte belgeleri basan matbaa işletmecisidir. Buna göre sahte belge basımında fail herkes olabilir. Belgeleri kullanmak suçunda ise, suçun faili gerçek kişi yükümlü ile tüzel kişilerin yasal temsilcisi olabilir. Suçun yaptırımı 23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Yasa ile değişik 359/c Fıkrası'na göre 2 yıldan 5 yıla kadar hapistir.

Vergi kaçakçılığı suçlarında Yargıtay uygulamaları ışığında göz önünde bulundurulması gereken hususular;

1- 4369 sayılı Yasa ile değişik VUY'nın 359/a Fıkrası'nın (1) ve (2). bentlerinde düzenlenen suçlarla ilgili 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Hapis cezası para cezasına çevrilecekse sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için bir aylık brüt asgari ücretin yarısı bir gün karşılığı esas alınır ve para cezası ertelenemez iken, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5278 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis olarak düzenlenmiş olup paraya çevrilecekse Yeni TCY'nin gün para sistemine göre çevrilmesi ve 50. maddedeki diğer seçenek tedbirlerin uygulanması söz konusudur.

2- VUY'nın 359/b fıkrasında sayılan suçların cezası 5728 Sayılı Yasa ile değişiklikten önce 18 aydan 3 yıla kadar hapis iken değişiklikle 3 yıldan 5 yıla kadar hapis olarak düzenlenmiştir. Değişikliğe kadar işlenen suçlarda eski yasanın lehe olduğu tabidir.

3- Yasanın 359/c Fıkrası'ndaki Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde belge basanların cezası değişiklikten önce 18 aydan 3 yıla kadar hapis olarak belirlenmiş iken değişiklikle cezası 2 yıldan 3 yıla kadar hapis olarak düzenlenmiştir. Değişikliğe kadar işlenen suçlarda eski yasa lehedir.

4- Temel Yasalarda yapılan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Yasası'ndaki cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesindeki kurallar ile eski yasadaki kurallar ve VUY'nin 5728 Sayılı Yasa ile değişikliğinden önceki ve sonra yaptırımlara göre cezanın 5237 Sayılı TCY'nin 7/2 ile 5252 Sayılı Yasa'nın 9/3. maddesine göre ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanarak sonuç itibariyle lehe olan yasanın belirlenip uygulanması gerekmektedir.

5- Vergi zıyaı vergi kaçakçılığı suçlarında suçun unsuru sayılmadığından ve Yasanın 359/son fıkrasında "*Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*" denildiğinden 2 yılın altında kalan hapis cezalarında maddi zararın karşılanma koşulu aranmaksızın diğer koşulların mevcut olması halinde Ceza Muhakemesi Yasası'nın 5728 Sayılı Yasa ile değişik 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi olasıdır.

6- a) Mal alışını sahte fatura ile yapan ve sahte fatura düzenleyen yükümlü yada sorumlu aynı vergi döneminde hem sahte fatura düzenlemek suretiyle hem de kullanmak suretiyle iki ayrı vergi kaçakçılığı suçunu işlemiş kabul edilecektir. Koşulları varsa zincirleme suçtan da cezalandırılabilecektir.

b) Sahte fatura düzenlenmesi yada kullanımında fatura adedi, miktarları, meydana gelen yada gelmesi olası vergi zıyaı, cezanın belirlenmesinde yargıcın en az ceza haddi ile en çok ceza haddi arasında orantılılık ilkesine uygun karar vermesinde göz önünde bulundurması gereken hususlardandır.

7- İnceleme konusu yapılmayan ve yargılanmasına ilişkin mütalaa da bulunmayan vergi kaçakçılığı suçuyla ilgi dava açılamayacağı gibi yargılama koşulu bulunmadığından koşul gerçekleşinceye kadar yargılamada yapılamayacaktır. Defterdarlığın veya Vergi Dairesi Başkanlığı'nın yada Defterdar veya Vergi Dairesi Başkanı adına imza atmaya yetkili olanlardan mütalaa alınmadan açılan kamu davasına devam edilemez.

8- Vergi incelemesi esas itibariyle yükümlünün işyerinde yapılaca-

ğından 213 Sayılı Yasa'nın 139/2. maddesinde belirlenen zaruri ve istisnai nedenler önceden tespit edilmeksizin yapılan tebligat geçerli kabul edilemez.

9- Sahte belge kullanmaktan açılan kamu davalarında belgeleri düzenleyen firmalarla ilgili düzenlenmişse vergi tekniği, vergi inceleme ve vergi suçu raporlarının (karşıt inceleme raporları) getirtilmesi, sahte belge düzenleyenlerle ilgili dava açılıp açılmadığının araştırılarak bir hukuksal kanıya varılması gerekmektedir.

10- Yükümlünün tarh dosyasında, kuruluş evrakları, yoklama fişleri, inceleme raporları, karşıt incele raporları beyannameler, noterlikçe yapılan tastık işlemleriyle ilgili noterlik yazıları, fatura basımıyla ilgili tutanaklar, bilumum tebligatlar, BA-BS formları, adres değişiklikleri, verilen dilekçeler gibi önemli belgeler bulunduğundan tarh dosyasının, karşıt inceleme raporlarının, yükümlü yada sorumlu sanığın para yada mal akışıyla ilgili ticari teamüle uygun sunacağı kanıtları toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yapılması uygun görülmektedir.

Faturaların gerçek alım satım karşılığı olup olmadığının ticari defter, belge ve kayıtlar üzerinde araştırılması da gerekebilir.

11- Birden fazla yasal temsilcisi bulunan tüzel kişilerde ceza sorumlusu işin ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan yasal temsilci olacağından tüzel kişinin yetkili temsilcisinin Ticaret Sicili Memurluklarından sorulup, işbölümüyle ilgi varsa alınan kararlar ve şirket ana sözleşmesi getirtilerek ceza sorumluluğu bulunan temsilcinin tespiti gerekmektedir.

12- Sanığın mal alışı yaptığı firmanın yetkililerini tanımaması, yaptığı ödemelere ilişkin bir belge almaması, malın teslim alınmasına ilişkin taşıma faturası, sevk irsaliyesi gibi belge düzeninin olmayışı yaşamın ve ticari teamüllerin olağan gereklerine uygun görülmemektedir.

13- Belge düzenleyen yükümlünün iş hacmi,beyan ettiği vergi matrahı, ticari kapasitesi, adreslerinde bulunmaması, yükümlülük kaydının bulunmaması yada yükümlülüğünü terk ettikten sonraki dönemde belge düzenlemesi, yükümlünün vergisel ödevlerini yerine getirmemesi, ödemenin ticari teamüle göre kanıtlama yeterliği bulunmayan belgelerle yapılması yapılan alım satımın yapay olduğuna karine teşkil etmektedir.

B- Vergi mahremiyetinin ihlali suçu

Vergi yükümlüleri yürüttükleri faaliyetleri ile ilgili olarak tüm bilgileri defter ve belgelerine işlemekte, gerek serbest rekabet koşulları, gerekse diğer bazı nedenlerle bu bilgilerin gizli kalmasını istemektedirler. Yasa koyucu bu suçla yükümlülerin idareye karşı güvenlerini sağlamak ve gizli kalması gereken bilgilerin gizliliğini korumak istemiştir.

Vergi Usul Yasası'nın 362. maddesinde "*Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesi hükümlerine göre cezalandırılacağı*" düzenlenmiş, vergi mahremiyeti de Vergi Usul Yasası'nın 5 ve 6. maddelerinde tanımı yapılmaksızın yer almıştır.[39]

5. maddede belirtilen kamu görevlilerinin yükümlüleri ait sırları (şahıslarının, işlem ve hesap durumlarının işletmelerinin servetlerinin ve meslekleri nin ve gizli kalması gereken diğer hususlarının) suçun konusu olduğu tabidir. Sır ve gizli kalması gereken hususların açıklanması kendileri yada üçüncü şahıslar yararına kullanması da yasaklanmıştır Yasa maddesinde sayılan görevliler ile görevleri nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler bu suçun faili olabilir. Bu kişiler görevlerinden ayrılsalar dahi yasa maddesinde yazılı yasaklara uymak zorundadırlar.

Suçun yaptırımı 01.06.2005 tarihine kadar Vergi Usul Yasası'nın 362. maddesindeki yollamaya göre 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 198. maddesinde belirtilen cezanın 2 katının hükmedileceği ancak 6 ay hapis cezasından az olamayacak iken bu tarihten sonra 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 239. maddesine göre 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası olarak öngörülmüştür.

---

(39) VERGİ MAHREMİYETİ: Madde 5 Aşağıda yazılı kimseler görevleri dolayısıyla, yükümlüün ve yükümlüle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların neftine kullanamazlar;

1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar;

2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay da görevli olanlar;

3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler;

4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler.

Bu yasak, yukarıda yazılı kimseler, bu görevlerinden ayrılsalar dahi devam eder.

Ancak, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla Gelir Vergisi yükümlülerinin yıllık Gelir Vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan Gelir ve Kurumlar Vergileri ile yükümlülerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur. Yükümlüün bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilan orada da yapılır.

Yükümlülerin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarları Maliye Bakanlığı'nca açıklanabilir. Maliye Bakanlığı bu yetkisini mahalline devredebilir. Ayrıca, kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilebilir. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi vergi mahremiyetini ihlal sayılmaz.Bu takdirde kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar da bu madde yazılı yasaklara uymak zorundadırlar. Maliye Bakanlığı bilgilerin açıklanmasıyla ilgili usulleri belirlemeye yetkilidir.

Gelir Vergisi yükümlüleri (Kazancı basit usulde tespit edilenler dahil) (...) ile sermaye şirketleri her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarhına esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden vergi miktarlarını gösteren levhayı merkezlerine, şubelerine, satış mağazalarına iş sahipleri ile yükümlüler tarafından kolayca okunup görünecek şekilde asmak zorundadırlar. İlan ve levhalara ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığınca belli edilir.

Açıklanan bu bilgiler ele alınarak yükümlülerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez.

C- Yükümlülerin Özel İşlerini yapmak suçu

Yükümlülerin özel işlerini yapan memurların Vergi Usul Yasası'nın 363. maddesinde "*Bu Kanunun 6. maddesinin son fıkrası gereğince yükümlülerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılacakları*" düzenlenmiştir.[40]

Bu suçun faili;

1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar;
2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay da görevli olanlar;
3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler;
4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerdir. (bu görevlerinden ayrılsalar dahi devam eder.)

Yasanın 5. maddesinde belirtilen bu kamu görevlilerinin kendilerinin, nişanlılarının, boşanmış olsalar bile eşlerinin, kan yada dünür hasımı üst soy ve alt soylarının,evlatlığının yada kendisini evlat edinenin, üçüncü dereceye kadar kan hısımlarının ve üçüncü dereceye kadar dünür hısımlarının, yasal temsilci ve vekillerinin vergi inceleme ve takdir işleri ile uğraşamayacakları belirtilmiştir.

Bu suç genel kasıtla işlenen suçlardandır. Suça kalkışmak olasıdır. Suçun yaptırımı 01.06.2005 tarihine kadar 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 240. maddesine yapılan atıf nedeniyle 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve memuriyetten süreli yoksun kılınma cezası iken bu tarihten sonra ise 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 257/1. maddesine göre l yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

SONUÇ

213 Sayılı Vergi Usul Yasası bu gün için vergi sistemimize yön veren temel bir yasadır. Yasanın vergilendirme sürecine yönelik usul hükümlerinin yanı sıra en önemli konularından biri de vergi cezalarıdır. Vergi

---

(40) YASAKLAR: Madde 6

Beşinci maddede yazılı olanlar:

1. Kendilerine, nişanlılarına ve boşanmış olsalar bile eşlerine;

2. Kan veya sihri usul ve füruna, evlatlığına veya kendisini evlat edinene yahut kan hısımlığında üçüncü (Bu derece dahil), sihri hısımlıkta, bu hısımlığı meydana getiren evlenme ortadan kalkmış olsa bile, üçüncü (Bu derece dahil) dereceye kadar olan civar hısımlarına;

3. Kanuni temsilcisi veya vekili bulundukları kimselere;

Ait vergi inceleme ve takdir işleriyle uğraşamazlar.

Vergi muameleleri ve incelemeleri ile vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay da görevli olanlar, yükümlülerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini ücretsiz de olsa yapamazlar.

cezaları vergi yasalarının uygulanmasını sağlamaya yönelik önemli bir destek aracıdır.

Yakın bir süreçte temel ceza yasaları yeniden ele alınarak yazılmış önemli bir anlayış değişikliği getirilmiştir. Vergi suç ve cezalarında da hem bu anlayışa uygun olarak 5728 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış hem de ceza yaptırımları caydırıcı olması bakımından ağırlaştırılmıştır.

Yükümlüler arasında yapılan bir ankette yükümlülerin %59.6'sı vergi kaçırmanın diğer ülkelere göre daha kolay olduğuna, % 52.5'i yakalansa da ceza almayacaklarına, %73.8'i afların vergi kaçakçısına yaradığına, % 68.5'i af söylentisinin ödevleri yerine getirmeme nedeni olduğuna, %39.8'i toplanan vergilerin harcama yeri konusunda idareye güvenemediklerine, %72.1'i hiç vergi ödememesine rağmen yakalanmayan insanların olduğuna, %76.1'i vergi oranları yükseldikçe vergi kaçırma oranının arttığına ve %52.7'si vergi kaçıranlara uygulanan cezaların uzlaşmada kaldırıldığına inanmaktadır.[41]

Yükümlüler arasındaki muamele eşitsizliği fikri, vergi ödememe davranışını meşrulaştırmaktadır. Bu algıya göre bugünkü vergi ceza sistemi ne caydırıcı ne de cezalandırıcıdır.

Vergi suç ve cezalarında; yasallık ilkesine, kusurun, zarar ya da zarar tehlikesinin ağırlığına göre suç ve ceza arasında orantılılığa, adil yargılanma hakkına uygun, adalet duygusunu örselemeyen, Vergi ve Ceza Hukuku'nun temel ilkelerini göz önünde bulunduran, uzun soluklu uygulanabilen yeni bir vergi ceza sisteminin getirilmesi kaçınılmazdır.

Öte yandan 12 Eylül Hukuku'nun bir ürünü olup, yürütme organına ceza soruşturma ve kovuşturmasında durdurma yetkisi veren Vergi Usul Yasası'nın 367. maddesi, bu yetkinin yürütme organınca siyasi nedenlerle kullanma olasılığı bulunduğundan Anayasa'ya açıkça aykırılığı karşısında yeniden gözden geçirilmesi bir gerekliliktir.

Vergi idaresi yükümlüleri denetlemek, beyanlarının doğruluğunu saptamak üzere; yoklama, inceleme, arama ve bilgi toplama şeklinde sıralanan hukuksal olanakları kullanarak vergi yasalarının ön gördüğü yaptırımların uygulanmasına dayanak olan olguları saptar. Bu olgulara göre idari ya da adli yaptırımlar uygulanır. İdarenin vergilendirme ve denetleme yetkisini temel hak ve özgürlükleri ihlal eder biçimde kullanma olasılığı karşısında, yükümlü ya da sorumlunun adil yargılama hakkının bulunduğu kuşkusuzdur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi koruması sadece yargılama safhası ile sınırlı olmayıp suç oluşturan olguların saptanmasına yönelik

(41) Prof. Dr Billur, Y. "İlkesel Düzeyde Vergi Ceza Sistemi Tasarımı", "Vergi Sorunları Dergisi", Şubat 2008 özel sayı s.102 ve devamı.

vergi incelemeleri de kapsamındadır. Adil yargılanma hakkı koruma alanı dava öncesi aşamaları da kapsar. Yükümlü ya da sorumlu ulusal yargı yerlerini tükettikten sonra davasını AİHM'ne taşıyarak adil yargılanma hakkının ihlalinin tespitini isteyebilir.

Vergi, demokrasinin ve buna bağlı olarak temel hak ve özgürlükler rejiminin finansman aracıdır.Vergi vermemekle oluşan zarar kamusal olsa da cezalandırılmada korunan yarar toplumsaldır.

İdeal bir vergi ceza sistemi kurulamasa da etkin, etkili ve caydırıcı, kusur ve zarar ya da zarar olasılığının ağırlığıyla orantılı, üst haddi yüksek, yeniden ekonomik yaşama kazanımını sağlamaya yönelik asgari haddi düşük ve yargıca geniş takdir yetkisi tanıyan, kamusal zarara dayalı derecelendirme getiren, hapis ve adli para cezası dışında mahkeme kararı ile bazı ticari kısıtlamalar, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, meslekten süreli men, işyerinin süreli kapatılması, vergi ve gümrük kolaylıklarının kaldırılması gibi vergi ceza türlerinde çeşitlendirme getiren bir ceza sistemi kurulması gereklidir.

Her şeyden önce vergi yükümlüsüne veya ceza sorumlusuna adalet ve güven duygusu verilmelidir.

VİCDANINI YİTİREN HUKUK

Birtek kişiye yapılan bir haksızlık,
bütün topluma yapılan bir tehdittir.
Montesquieu

Av. Naim DEMİRCİ

Güven araştırmalarında yıllardır ilk sırada "*Yargı*" değildi, silahlı ve savaş zamanı gibi, "*yasaların*", "*insan haklarının*" sınırlı uygulandığı dönemlerde devreye giren bir güç olan "*Silahlı Kuvvetler*"in yer almasını biz hukuk uygulayıcılara kadar, tüm sivil kurum ve kuruluşların şapkalarını önüne koyarak düşünmelerini gerektiren bir hususdur.

"*Sivil güçler*" bu güveni kendilerinde toplamaları için, diğer "*unsurları*" yıpratmak suretiyle değil, "*Hukukun Üstünlüğü*"nü ve "*Yargı Bağımsızlığı*"nı tam anlamıyla sağlayarak elde edebileceklerini bilmeleri gereklidir.

Hukuk kurallarının doğmasını sağlayan, yazılı olmayan kaynaklar "*Ahlak*" ile "*Örf ve Adet*" kurallarıdır.

Hukuk, Adalet'e ulaşmak için varolan bir kurum olup, vicdan ise, bu kurumun olmazsa olmazıdır.

Hukuk düzeni içinde birey, diğer bireye olduğu kadar "*Devlete*" karşı da, koruma altında olmalıdır.

Bu koruma, hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü, hukuk uygulayıcısı konumunda olan hakim, savcı ve avukatlar tarafından sağlanacaktır.

Hukuk uygulayıcıları, Adalet'in yerine gelmesini sağlamak için, "v*icdan*" unsurunu kullanmaları yasa gereklilik olduğu kadar, Hukuk kuralı yaratanların da, (kanunkoyucu) toplumsal ihtiyaç nedeni ile vaaz edecekleri hukuk kuralının, genel hukuk ilke ve kurallarına, toplumun güncel değerler sistemi ile toplum sözleşmesine ve "*vicdan*"a uygun olmasını sağlamaları gereklidir.

Bu nedenle, "*toplum sözleşmesinin korunması*" ve "*Adalet*"in sağlanması için, hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanların "*vicdan*"larını yitirmemeleri gereklidir.

Hukuk kurallarının uygulanmasında, "*vicdani kanaat*" kullanımı, "*dürüstlük*" kuralı çerçevesinde, güncel, ortak ve genel toplumsal değerler öngörülerek yapılması "*objektif*" kanaatin oluşmasını sağlayacaktır.

Bu bağlamda, öncelikle, "*Toplum Sözleşmesi*", "*Adalet*" ve "*vicdan*"ın ansiklopedik tanımlarına bir bakalım.

I) TOPLUM SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA, VİCDAN VE ADALET KAVRAMLARI:

Hukukun amacı, adaleti sağlamaktır. Adalet'in sağlanması ise, "*vicdani kanaati*" özgürce kullanabilen yargı mensupları kanalı ile gerçekleşebilir ki, böylece, toplumsal denge ve barışın sağlanması suretiyle, "*toplum sözleşmesi*" korunacağı gibi, bireylerin de, "*Hak*" ve "*Hukuk*"ları güven altında olacaktır.

• Toplum Sözleşmesi

Toplumu meydana getiren bireylerin yükümlülükleri ve haklarının kökenlerini açıklayan sözleşme; doğa durumundan, bireysel ve egoist alışkanlıklarından vazgeçen bireylerin, kendi çıkarları yanında, genelin çıkarı ve iyiliği adına, bir toplum oluşturmak üzere, aralarında yaptıkları, ve kendi kendilerini yönetme haklarını hepsinin üzerindeki ortak bir hakeme devrettiklerini ifade eden yazılı olmayan anlaşma.

Toplum sözleşmesi düşüncesi; Sofistlere ve Platon'a kadar geri gitmekle birlikte, o daha çok 17. yüzyılda bireyin toplumdan önce geldiğini göstermek, toplumun kökenini açıklamak ve ulus devletlerinin kuruluşu sırasında geleneksel otoriteyi mahkum etmek için kullanılmıştır. Hobbes, Locke ve Rousseau tarafından savunulan toplumsal anlaşma anlayışı Hume, Burke ve, toplumun bir sözleşmeye dayandırılamayacağını, zira toplumların oluşumundan önce, sözleşme diye bir şeyin olamayacağını savunan Hegel tarafından eleştirilmiştir.

Buna göre, toplum sözleşmesi teorisinin ilk savunucusu olan Hobbes, önce insanın doğa durumunu betimlemiş, tüm insanların söz konusu doğa hali içinde birbirlerine eşit olduklarını bu eşitliğin ise, herkesin kendi varlığını sürdürmek için istediğini yapmak durumunda olması anlamına geldiğini, özü itibariyle bencil olan insanda düzenli ve barışçıl bir toplum yaratma yeteneğinin bulunmadığını öne sürmüştür. İnsanın, insanın kurdu olduğunu söyleyen Hobbes, söz konusu doğa halinin mutlak bir anarşiye, herkesin herkesle savaş durumu içinde olmasına neden olacağını belirtmiştir. İşte insanlar, varlıklarını sürdürebilmek için bu anarşi ve savaş durumundan sakınmanın kendi yararlarına olduğunu anlamışlar ve dolayısıyla bir toplum sözleşmesiyle, doğa durumundan uzaklaşıp, birtakım haklarından vazgeçerek ve özellikle de kendi kendilerini yönetme haklarını bir hakeme, yönetici bir güce devrederek, toplum kurmuşlardır. Hobbes'a göre zorunlu olan bu sözleşmenin, o bir şekilde güçlendirilmediği sürece, hiçbir değeri olamaz. Bu nedenle, haklarını bir sözleşmeyle egemen bir güce devreden akıllı insan varlıkları, egemen gücün bu ister bir kişi ya da ister bir meclis olsun en yüksek otoriteye sahip olmasına özen göstereceklerdir. Çünkü toplum ancak ve ancak sözleşmenin ürünü olduğu için, sözleşmeye taraf olmayan ve dolayısıyla sözleşmenin üzerinde olan

yöneticinin gücü ve otoritesiyle anlam ve değer kazanır.

Doğa halindeki insanların Tanrı'nın yasasını tanıyıp, bu yasaya hürmet ve itaat ettiklerini savunan Locke ise, insanların bir toplum sözleşmesi yaparlarken, savaştan kurtulmak için barış ortamına yönelmiş olmadıklarını fakat daha çok uygar yaşamın avantajlarından yararlanmak için, doğal özgürlüklerinden vazgeçtiklerini söylemiştir. Bundan dolayı toplumsal sözleşmenin sonucu olan sivil toplum John Locke'a göre, insanların doğal haklarına kesinlikle saygı göstermelidir.

Aynı sözleşme görüşünü, ve insanın doğa halindeyken iyi özgür ve mutlu olduğunu, mutlak bir bağımsızlık hali içinde bulunduğunu, doğa insanının kimsenin kötülüğünü istemediğini kimseye fenalık yapmadığını, ihtiyacı olmayan hiçbir şeye göz dikmediğini insanda kendi türüne karşı bir sempati ve merhamet içgüdüsü bulunduğunu savunan Rousseau, biz insanların tümüyle özgür ve iyi bireyler olarak, toplumu meydana getiren bir toplum sözleşmesine girebildiğimizi belirtir. Rousseau geçmişte daha mutlu olan insanları doğa durumundan toplum haline gelmeye zorlayan nedenin zorunluluk ile özgürlük olduğuna, bunların ise, kendilerini içgüdü ve ihtiyaç şeklinde gösterdiğine inanıyordu. Bir insan bir toplum içine girdiği zaman bir dönüşüme uğrar; onun beni, doğa durumunda olduğu gibi mutlak bir özgürlükle değil de, paylaşmayla belirlenir; işte o, bu sayede bir yurttaş olup çıkar.

Bu bağlamda, sivil toplumu temellendirmek, devlet otoritesini meşrulaştırmak için, tarih öncesine dair bir hipotez olarak toplum sözleşmesinden yararlanan politik Öğretiye ise toplum sözleşmesi teorisi adı verilir.

Toplum sözleşmesi öğretisi, 20. yüzyılda John Rawls tarafından yeniden canlandırılmıştır. Rawls'a göre adil bir toplum, insani öznelerin, rasyonel failleri uymaya hazır oldukları bir sözleşmenin tüm hükümlerini yerine getiren bir toplum olmak durumundadır.
(Turkcebilgi)

• Adalet

Adalet, hakkın gözetilmesi ve yerine getirilmesi anlamına gelir. Haklı ile haksızın ayırt edilmesi adaletle sağlanır.

Düşünürler eski çağlardan beri adalet kavramıyla ilgilenmişlerdir. Kutsal kitapların hepsinde adalete ve adil olmaya ilişkin bölümler bulunur. Eski Yunanlı düşünür Platon'a göre adalet en yüce erdemlerden biri, insanın ve devletin temel davranış kuralıdır. Aristoteles'in hareket noktasını ise eşitlik kavramı oluşturur. Ona göre, herkese eşit davranmak adalet için yeterli değildir. Bir hukuk düzeni güçsüzleri koruduğu ölçüde adaletli olabilir.

18. Yüzyıl'da Aydınlanma Çağı düşünürleri adalet kavramını daha dar biçimde tanımladılar. Onlara göre hukuka ve hukuksal eşitliğe uygunluk adalet için yeterlidir. Ne var ki, hukuk düzeni her zaman adil olmayabilir. Çünkü hukuk yasaların her durumda aynı biçimde uygulanmasını gerektirir. Oysa Yargıç, herhangi bir olayda yasayı uygularken, durumun özelliklerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Böylece genel bir nitelik taşıyan yasanın eksik yanları uygulamada giderilebilir ve adalete daha çok yaklaşılabilir.

Günümüzde adalet kavramı Sosyal Adaleti de kapsamaktadır. Sosyal Adalet, ekonomik, sosyal ve kültürel değerlerin dağılımındaki dengesizliklerin giderilmesini, toplumdaki zayıf ve güçsüzlere devletçe yardım edilmesini içerir.

• Adalet Kavramı

Adalet kavramı temelde hukuk kurallarına uygunluğu içerir. İnsanların toplum içindeki davranışlarıyla ilgili olduğundan ahlak ve din kurallarıyla da ilişkilidir ve tarih boyunca tartışmalı bir alan olmuştur.

Düşünürler eski çağlardan beri adalet kavramıyla ilgilenmişlerdir. Kutsal kitapların hepsinde adalete ve adil olmaya ilişkin bölümler bulunur.

Eski Yunanlı düşünür Platon'a göre adalet en yüce erdemlerden biri, insanın ve devletin temel davranış kuralıdır. Aristoteles'in hareket noktasını ise eşitlik kavramı oluşturur. Ona göre, herkese eşit davranmak adalet için yeterli değildir. Bir hukuk düzeni güçsüzleri koruduğu ölçüde adaletli olabilir.

18. Yüzyıl'da Aydınlanma Çağı düşünürleri adalet kavramını daha dar biçimde tanımladılar. Onlara göre hukuka ve hukuksal eşitliğe uygunluk adalet için yeterlidir.

Ne var ki, hukuk düzeni her zaman adil olmayabilir. Çünkü hukuk yasaların her durumda aynı biçimde uygulanmasını gerektirir. Oysa yargıç herhangi bir olayda yasayı uygularken, durumun özelliklerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Böylece genel bir nitelik taşıyan yasanın eksik yanları uygulamada giderilebilir ve adalete daha çok yaklaşılabilir.

(Vikipedi, özgür ansiklopedi)

Adalet'in, Allah tarafından sağlanacağına dair inanç ise, "*İlahi Adalet*" kavramını yaratmıştır. Amaç, "*İlahi Adalet*"in gerçekleşmesine yakın kararların verilmesini sağlamaktır.

• Vicdan;

Felsefeye göre, iç huzuru veya iç sıkıntısı vererek kişiyi uyaran vicdan

bir kavram değil, kişinin bir yeteneğidir.

Felsefede metafizik anlayış, bu yeteneğin doğuştan var olduğunu ileri sürer, diyalektik anlayış ise insanın içinde bulunduğu toplumsal koşullarla belirlenmiş görgü ve bilgisinin sonucunda oluştuğunu ileri sürer.

Neo-spiritüalist görüşe göre ise, ruhun ancak belirli bir gelişim aşamasında (hayvanlık ara aşamasından sonraki insanlık aşamasında) açığa çıkan, ruhun gelişimi oranında derece derece gelişen bir yeteneğidir.

Günümüzde kimileri "*kamusal vicdan*" ifadesini kullanmaktaysa da, dinsel, mistik vb. alanlarda böyle bir kavram bulunmaz, vicdan kavramı, bu alanlarda hep bireysel vicdan anlamında kullanılmıştır

Vicdan hakkında değişik sosyal bilim dallarınca yapılan farklı tanımlar;

• Vicdan, insanın görgü ve bilgileriyle kendini yargılama yetisidir. (Felsefi tanım)

• Vicdan, kişiye eylemleri hakkında yargılayarak, onaylayarak, hesap sorarak, suçlayarak hükümler veren öznel bir bilinçtir.

•Vicdan, insana hata ve doğruyu bildiren bir iç sestir.

• Vicdan, insana iyi ve kötüyü gösteren en iyi yol gösterici, en iyi pusuladır.

• Vicdan, neyin doğru neyin yanlış olduğunu bildiren gerçek ve tek ahlak hocasıdır.

• Vicdan, hata ve doğrunun sınırını belirleyen, uyumak bilmeyen, kişiyi her an, her yerde izleyen, kişinin niyetlerine göre yargılarda bulunan bir hakimdir.

• Vicdan, insanın bütün duygu ve düşüncelerini, bu duygu ve düşüncelerdeki maksat ve niyetleri adım adım izleyen, hiçbirisini kaçırmayan, hatır, gönül, hoşgörü, merhamet, dostluk, iltimas vb. tanımadan yargılayıp sorumluluğu takdir eden her zaman uyanık bir hakimdir.

• Vicdan, ruhun ilahi irade yasaları'nın yüce bir ses tarzında yansıdığı, İlahi İrade Yasaları'nın gereklerini bildiren bir yeteneğidir. (Neo-spiritüalist tanım)

(Vikipedi, özgür ansiklopedi)

• Bizce "*vicdan*", meydana gelen "*olay*"a karşı insanın, kendine ait ahlak, örf ve adet ile din kuralları kapsamında verdiği "*subjektif*" tepkidir.

• Eğer, meydana gelen "*olay*"a karşı insan, "*dürüstlük kuralı*" kıstasında, toplumadaki ortak, genel ve güncel değerler kapsamında oluşturduğu tepki ise "*objektif*" tepki olarak ortaya çıkar. Buna, "*objektif vicdani kanaat*" veya "*toplumsal bazda vicdani kanaat*" olarak yorumlayabiliriz.

• Vicdani kanaatin meydana gelmesine bilinçaltında sebep olan bu kıstaslar, toplumdan topluma, insandan insana değişiklik gösterir. Amaç, "*İlahi Adalet*"e en yakın sonucu oluşturacak, "*ortak paydanın*" sağlanmasıdır.

• "*Vicdani kanaat*"in, hukuk uygulayıcıları olan, "*Hakim*", "*Savcı*" ve "*Avukat*" ile hukuk yapıcısı olan "*yasakoyucu*" ve toplum düzenini sağlamakla yükümlü olan güvenlik güçleri "*polis*" ve "*asker*" tarafından uygulanması gereken bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır.

• "*Vicdani kanaat*"in "*Olay*" tatbik edilmesi; mevcut adli/idari/ceza davasına konu "*olay*"ın tüm aşamalarında fail/davalı ve mağdur/davacının hareket ve işlemlerine, "vicdani kanaat"in uygulanmasıdır.

• "*Vicdani kanaat*"in "*Sonuç*"a tatbik edilmesi; dava konusu "*Olay*"a uygulanacak hukuk kuralı ile verilecek adli/idari/cezai kararın (bu kararların olayı çözücü nitelik taşıması gerekmez, tanık dinlenmesi, arama kararı gibi hukuk prosedürü kapsamında verilecek tüm ara kararları veya iddianame gibi suçlama içerir düzenlemeler dahildir.) saptanması safhasında "*vicdani kanaat*" kullanılması halidir.

II) VİCDAN'IN HUKUK ALANINDAKİ ETKİSİ:

"*Hukuk birgün herkese lazım olur.*"

Adaletin simgesinin gözünün bağlı olması, tüm "insan"lara eşit davranmayı dolayısıyla, "vicdani kanaat" ilkesini göstermektedir. Bu "gözü bağlılık" durumunun, hukuk sistemine yansımasını ilk önce inceleyelim.

• "Vicdani kanaat" ilkesinin yer aldığı hukuk normları;

"*İnsancıl olmadıkça adil olamazsın.*"

Vauvenargues

İnsan, her ne inanç ve düşünceye sahip olursa olsun, İNSAN olmaktan kaynaklanan bir değerler sistemine sahiptir. Yemek, içmek ve cinsel ihtiyaçlar tüm canlılarda olduğu halde, ADALET, EŞİTLİK, ONUR gibi kavramlar İNSAN'ı İNSAN yapan değerlerdir.

Bu kavramlar ışığında, bir olayın değerlendirmesi ise, VİCDAN tarafından yerine getirilir. Bu kapsamda, "*vicdan*", İlahi Adalet'in gerçekleşmesi amacı ile kullanılabilen bir bilinç olarak ortaya çıkmaktadır.

İlahi Adalet'in gerçekleşmesinin, hukuk uygulayıcıların "*vicdanlarına*" kaldığı gerçeği nedeni ile "*Vicdani kanaat*" ilkesi, başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalara dolaylı (Ruhen) veya dolaysız (Lafzen) olarak girmiştir.

Bu şekilde, hukuk normu haline gelen, "*vicdani kanaat*" ilkesini, adli/idari/ceza hukuku uygulayıcıları, önlerine gelen olaya tatbik etme yasallığına kavuşmuşlardır.

1982 Anayasası'nda;
"YARGI
I. GENEL HÜKÜMLER
A. MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI

MADDE 138- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."

Türk Medeni Kanunu'nda;

"*III. Hakimin takdir yetkisi*
MADDE 4.- Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda;

"*MADDE 230.- (1) Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:*
a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.
b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.
c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanunu'nun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkumiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi."

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda;

"*TAKDİR YETKİSİ*
MADDE 13 - Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile İtirazları İnceleme Kurulu; Disiplin cezalarının uygulanmasında ve itirazların incelenmesine ilişkin kararlarında; hâkimlik ve savcılığın şeref ve itibarını korumak ve kamu yararını her düşüncenin üstünde tutmak ilkelerini ve ilgili hâkim ve savcının leh ve aleyhindeki delillerin serbestçe takdirinden edinilen vicdani kanaatini esas alır."

• Hukuk normlarınca kabul edilen "Vicdani Kanaat" ilkesinin yansıdığı yargı kararları;

"*Toplumda en büyük güveni her şeyin sonunda adil bir mahkemenin bulunabileceği inancı sağlar.*"

Anayasa ile getirilen "*vicdani kanaat*" ilkesinin yargı kararlarına yansıması dair bazı kararlara aşağıda yer verilmektedir. Özellikle, ceza

kararlarında yer alan "*vicdani kanaat*" ilkesinin, hukuk kararlarına da, Medeni Kanun'un "*iyiniyet*" ve "*hakkaniyet*" ilkeleri çerçevelerinde yansıması gereklidir.

Özel hukuk alanında, taraflar arasındaki sözleşme (gabin, hata, hile, ikrah halleri hariç) esas alınmalı, "*vicdani kanaat*" ilkesi mevcut delillerin ve hukuki ilişkinin üstünde yer almamalıdır.

Ancak, mevcut hukuk kuralının uygulanması, hukuk uygulayıcısının "*vicdani kanaati*" ile bağdaşmadığı takdirde, bu yasa maddelerine itiraz edilmesi de, bu ilke gereğidir.

"*İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kırkağaç Asliye (Aile) Hukuk Mahkemesi*

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinin, Anayasa'nın 41. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY:

Açılan boşanma davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ:

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

Anayasa'nın 9. maddesinde düzenlenen yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıktır.

Anayasa'nın 138. maddesinde buna paralel olarak hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri düzenlenmiş olup, TMK'nin anılan 166/3. maddesi hâkimin Anayasa'ca düzenlenen vicdani kanaatine müdahale ve ortadan kaldırıcı niteliktedir.

(.....)

Anayasa'nın 138. ve 41. maddesi bir arada değerlendirildiğinde 1 yıllık evliliğini doldurmuş belki de çocukları olmuş çiftlerin en ufak kavgaları veya geçimsizlikleri halinde çevrelerinin, ailelerinin ve diğer etkenlerin kışkırtması ile hemen mahkemelere başvurarak boşanmayı istemeleri halinde belki de kısa bir süre ayrılık halinde barışabilecek ve aile birlikteliğini devam ettirebileceklerken bu durumu hisseden hâkime bu yönde uygulama yaparak Anayasa'ca devletin temeli olarak kabul edilen aile kurumu için boşanma kararı verme zorunluluğu getirilmesi ve vicdani kanının hiçe sayılması Anayasa'nın anılan maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

NETİCE-İ TALEP: Yukarıda anılan nedenlerle Sayın Mahkemeniz Başkanlığı'na müracaat zorunluluğu oluşmakla Anayasamızın 138. ve 41. maddelerine açıkça aykırı olan TMK'nin 166/3. maddesinin iptali saygı ile

talep olunur."

III- YASA METİNLERİ:

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı:

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 166. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.*"

(.....)

ESASIN İNCELENMESİ:

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Anlam ve Kapsam:

4721 sayılı Yasa'da, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usuller dışında, boşanma davaları için özel yargılama kurallarına yer verilmiştir. Yasa'nın 184. maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde, hâkimin, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamayacağı, (3) numaralı bendinde ise tarafların bu konudaki her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı belirtilmiştir.

(.....)

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

1- Anayasa'nın 41. Maddesi Yönünden İnceleme

Başvuru kararında, devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğu bu nedenle kuralın Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Yasa'nın, 184. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan tarafların boşanma davasının dayandığı olgular

konusundaki her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı kuralına, 166. maddesinin üçüncü fıkrasının itiraz konusu son tümcesi ile bir istisna getirilmiş ve anlaşmaya dayanan boşanma davalarında, tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

(.....)

Evlilik birliğinin kurulmasında irade ve kararlarına önem ve değer verilen tarafların, boşanma konusunda istek ve beyanlarının dikkate alınması anlaşmalı boşanmanın gereğidir. Tarafların ikrarlarının bağlayıcılığı ile birlikte tarafların ve çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir denge kurulması için yasakoyucu anlaşmalı boşanmada kimi unsurların gerçekleşmesini zorunlu görerek öncelikle eşler ve çocuklar, sonra da toplum açısından doğabilecek sakıncaları önlemek istemiştir. Bunu gerçekleştirirken de boşanma sürecine kadar geçen dönemde hâkime denetim yetkisi vermiştir. Kaldı ki Yasa'da belirtilen yöntem ve koşullarla eşlerin karşılıklı anlaşarak boşanmayı istemelerine rağmen evliliğin zorla ayakta tutulmasının taraflara, çocuklara ve topluma fayda sağlamayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 41. maddesine aykırı değildir.

2- Anayasa'nın 138. Maddesi Yönünden İnceleme:

Başvuru kararında hâkimin, tarafların ikrarlarıyla bağlı olmasının takdir hakkını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Yasa'nın 166. maddenin üçüncü fıkrasında anlaşmalı boşanma kurala bağlanmıştır. Özel bir boşanma yolu olan bu tür davada boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya karar verir. İtiraz konusu kurala göre bu durumda tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, "*Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" denilmiştir. Böylece hâkimlerin görevlerini her türlü baskı ve etkiden uzak, Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmeleri sağlanarak yargı yetkisini kullanmaları güvence altına alınmıştır.

Hâkim, Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif

hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlılık takdir hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Hâkim delilleri değerlendirirken, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir hakkını kullanır.

Boşanma davalarında hâkime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme olanağı yoktur. Ancak, evlilik birliğinin kurulmasında irade ve kararlarına önem verilen tarafların anlaşmalı boşanma konusundaki istekleri de gözden uzak tutulamaz.

Hâkim 166. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen ilke, esas ve ölçütlere göre öncelikle anlaşmalı boşanma koşullarının oluşup oluşmadığına bakacak, davanın bu fıkra kapsamında kabul edilip edilemeyeceğini belirleyecektir. En az bir yıl süren evliliklerde eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde başka bir delil toplamadan evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yasakoyucu tarafından karine olarak kabul edilmiştir. Artık bu tür boşanma davalarında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ayrıca maddi olaylarla ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. Anlaşmalı boşanmanın koşullarının her aşamasında hâkim inceleme, araştırma, tespit, takdir, müdahale, denetim ve kanaat yetkisine sahiptir. Tarafların sunduğu anlaşmanın hukuka, adalete ve hakkaniyete uygun olup olmadığını inceleyerek kanaatini ve takdir yetkisini kullanacak olan hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabilecek, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü ve Yasa'da öngörülen diğer koşulların gerçekleşmesi halinde boşanma kararı verecektir.

Hâkimin tarafların ikrarlarıyla bağlı olması anlaşmalı boşanmanın bir gereği ve bu esasın doğal bir sonucudur. Yasa'daki koşulların varlığını kendiliğinden araştırma, serbestçe değerlendirme ve oluşan kanaatine göre karar verme yetkisi tanınan hâkim, 166. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca gerekli müdahalede bulunmakta ve tarafların yararları ile çocukların korunması açısından adil ve hakkaniyete uygun malî şartları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmektedir. Hâkim sadece tarafların ikrarlarını esas alarak boşanmalarına veya boşanma talebinin reddine karar vermemektedir. Tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağının öngörülmüş olması tek başına sonuç doğuran bir kural olmayıp maddede hâkime tanınan yetkilerin kullanılıp, belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı ve anlaşan eşlere boşanma olanağı sağlayan anlaşmalı boşanma davasında tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamasının, hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırdığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ:

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının "***Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.***" *biçimindeki son tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.*"

(Anayasa Mahkemesi, 2005/26 Es., 2008/105 K., 15.05.2008 tarih)

"*(....) bilirkişilerden rapor alınmalı, raporların verilere uygun olup olmadığı denetlenmeli ve oluşacak sonuç ve vicdani kanaat doğrultusunda hüküm kurulmalıdır.*"

(Yargıtay 4.HD., 2001/1482 Es. 2001/5056 K., 14.05.2001 tarih)

"*Mahkemece, davacının tutuklanmasının işçilik haklarını etkileyecek şekilde amacını aşar nitelikte kullanıldığının sabit olduğunu, iddianamede yer alan suçu da işlememiş olduğu Medeni Kanun'un 2. maddesi ile 14. Dönem Toplu İş Sözleşmesinin 29/5.fıkrası gereğince işe iadesi yönünde vicdani kanaat oluştuğunu belirterek davacının işe iadesine boşta geçen süre ücretine ve işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatı hüküm altına almıştır.*"

(Yargıtay 9.HD. 2004/31296 Es, 2005/1097 K., 24.01.2005 tarih)

"*Anayasaya, Kanuna ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri Anayasa'nın 138. maddesi gereği olan hakimlerin, nihai kararı verirken varrlan sonucun isabetli olduğuna vicdani olarak kanaat getirmeleri, varılan sonucu isabetli bulmadıkları takdirde yeni bilirkişi incelemelerine tevessül etmeleri gerekir.*"

(Yargıtay 18.HD., 1999/11867 Es, 1999/11154 K., 29.09.1999 tarih)

Ceza Hukuku alanında daha fazla uygulama alanı bulan "*vicdani kanaat*" ilkesinin uygulandığı karar örneklerine aşağıda yer verilmiştir. (Kararların sonuç kısmına bilerek yer verilmemiş olup, buradaki amacımız, yerel mahkeme ve denetim mahkemesinin "*vicdani kanaat*" ilkesini nasıl uyguladığını göstermektir.)

"*Yapılan işkencelerde aktif rol üstlendikleri, sonucu belirli hareketlerden soyutlanmalarına imkan olamayacağı, aksi takdirde şahadetin ortak karakter gösteren ve raporlarla doğrulanan iddialardaki samimiyetin reddine ve varolanın yok sayılmasına gerekçe bulunmayacağı muhakeme mantığı ve vicdan ölçüleri gereğidir.*"

(Yargıtay 8.CD, 1998/10667 Es, 1998/12819 K., 12.10.1998 tarih)

"*(....) ceza hakimi toplanan delilleri irdeleyip vicdani kanaat ve takdirine göre karar vermek yükümlülüğü içindedir.*"

(Yargıtay 11.CD, 2004/1809 Es., 2004/2988 K., 08.04.2004 tarih)

"*(....) eylemleriyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu*

eylemlerin sanıklar tarafından işlendiğinin yasaya uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışılmadığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı..."

(Yargıtay 4.CD., 1992/3831 Es., 1992/5028 K., 01.07.1992 tarih)

"Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir."

(Yargıtay 4.CD.,2001/7370 Es., 2001/9076 K., 06.07.2001 tarih)

"(.....) sanığın bir daha suç işlemeyeceği hususunda mahkememizde olumlu vicdani kanaat olduğundan" bahisle yasal ve yeterli olmayan bir gerekçeyle cezasının ertelenmesine karar verilmesi(....)."

(Yargıtay 8.CD., 2001/13978 Es., 2002/6901 K., 12.06.2002 tarih)

"Bu hususun takdiri yargıca aittir. Gösterilen gerekçede yasaya aykırı bir durum yoktur. Açıklanan hususlar gözönünde tutularak cezanın tecili halinde tekrar suç işlemiyeceğine mahkememiz vicdani kanaat getirmemiştir."

(Yargıtay CGK., 1981/9-444 Es., 1982/120 K., 05.04.1982 tarih)

"Yapılan işkencelerde aktif rol üstlendikleri, sonucu belirli hareketlerden soyutlanmalarına imkan olamayacağı, aksi takdirde şahadetin ortak karakter gösteren ve raporlarla doğrulanan iddialardaki samimiyetin reddine ve varolanın yok sayılmasına gerekçe bulunamayacağı muhakeme mantığı ve vicdan ölçüleri gereğidir. "

(Yargıtay CGK., 1999/8-109 Es., 1999/164 K., 15.06.1999 tarih)

"Bozma öncesi yargılama sırasında toplanan deliller, Yargıtay C.Başsavcılığının tebliğnamesi, yukarıdaki gerekçeler ve mahkememizin vicdani kanaati doğrultusunda aşağıdaki hüküm kurulmuştur"

(Yargıtay CGK., 2006/8-132 Es., 2006/160 K., 13.06.2006 tarih)

"(.....) Dr. Recai Seçkin, Yargıtay "100. Yıl Dönümü Armağanı" isimli kitapla yayınlamış olduğu, Anayasa Mahkemesi'nden Başka Mahkemelerin Anayasa'yı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasa'ya Uygun Yorumu başlıklı yazısının 125. sahifesinde aynen: "Mahkemeler, görevlerini, yaparken ancak ve ancak Anayasa, yasaya, hukuka ve vicdan kanılarına göre işlere ve davalara bakar, yine bu kurallara ve vicdan kanılarına göre karar veya hüküm verirler; başka deyimle hakimlerin *bağımsızlığı mutlak değildir. Onlar Anayasa, yasalar, öbür hukuk kuralları, hukuk biliminin esasları ve kendi vicdanı kanılarıyla bağlıdırlar lakin bunların dışında hiçbir etken onların yargı işlemlerini etkileyemez" demiştir."*

(Yargıtay, İÇBK., 1986/2 Es., 1986/2 K., 24.11.1986 tarih)

Kartal 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve basında yer alan karar, "*vicdani kanaat*" ilkesinin çağdaş yorumu olarak ortaya çıkmaktadır.

"*Vicdani kanaat, maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın aklını rehber yapıp hukukun çizdiği sınırlar içinde kalarak ulaştığı kanaattir. Dolayısıyla karar verilirken hâkimin öncelikle dosyada bulunan tüm delilleri dikkate alarak hareket etmesi, deliller kati karar verecek nitelikte değilse olayı vicdani kanaatine göre değerlendirerek karar vermesi gerekir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinde, hâkimlerin hükümlerini Anayasa'ya, kanuna, hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre verecekleri yazılıdır.*"

İdare hukuku alanında, maddi olgular ve devlet uygulamasının yeknesaklığı nedeni ile "*vicdani kanaat*" ilkesinin uygulandığı kararlar az olmakla, bu yöndeki bir kararda yer alan, azlık oyunda "*vicdani kanaat*" ilkesinin uygulanması hukuk açısından itibar yaratan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak, Anayasa hükmü gereğince, İdari Yargı mensupları da, gerektiği takdirde, "*vicdani kanaat*"lerini kullanma durumundadırlar.

"*(….) Ekspertiz Raporunda, ÖSY cevap kağıdında bulunan kutucuklarda kurşun kalemle yapılan işaretlemelerin davacı tarafından veya başka bir şahıs tarafından yapılıp yapılmadığı yönünde bir kanaat belirtilemediği, (…..) bu öğrencinin 1995 ÖYS sınavındaki performansının bilimsel olarak açıklanamayacağı, yani kuşkulu bir durumun söz konusu olabileceğine oybirliği ile kanaat getirildiği (….) Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın REDDİNE, 15.4.1997 gününde oyçokluğu ile karar verildi.*

AZLIK OYU:

(…..) İdarenin, sınavın ve sınav sonrası işlemlerin sağlıklı yapılmasını aldığı önlemlerle sağlaması, mevzuata aykırı bir işlem yapılmışsa bunu bütün kanıtlarıyla ortaya koyarak sebeb olanları cezalandırması kendi yetki ve sorumluluk alanı içindedir. Kendi sorumluluğunda olan bir konuda herhangi bir müspet ve geçerli bir kanıt ortaya koyamadan tamamen mücerret sebeplerle ve bir sistemin bozulacağından bahisle davacı hakkında dava konusu işlemi yapmasının kabulüne kanımızca olanak bulunmamaktadır.

Ancak, bu aşamada sistemin yeniden gözden geçirilerek bir daha böyle durumların oluşmaması için önlemler alınması yolunda işlemler yapılabilir.

Bütün bu nedenlerle davacı hakkında uygulanan işlemin iptali gerekeceği vicdani kanısıyla aksine oluşan çoğunluk kararına katılamıyorum."

(Danıştay, 8.Daire, 1996/312 Es, 1997/1346 K., 15.04.1997 tarih)

III) '*VİCDANİ KANAAT*' İLKESİNİN BERTARAF EDİLMESİ:

Siyaset mahkeme salonlarına girdiği anda Adalet oradan çıkmalıdır. Guizot

• Mahkeme kararları ne kadar "*vicdani kanaat*" ilkesinde veriliyor?

"Suçlunun beraat ettiği yerde yargıç hüküm giyer".

"*Rus kadına tecavüz eden Türk beraat etti. Gerekçesi ise oldukça şaşırtıcı...*

24 yıl hapis cezası alan fuhuş çetesinin lideri, Rus kadına tecavüzden beraat etti. Gerekçeli kararda, "Yabancı uyruklu kadınların Türkiye'ye ne amaçla geldikleri bilinen bir gerçektir" ifadesi kullanıldı.."

Yukarıda yer alan habere konu mahkeme kararında olduğu gibi, "*vicdani kanaat*"in ve "*insan*" olmanın gözönüne alınmadığı kararlar, toplumun adalet ilkesine olan inancını sarsacaktır.

Cinsiyet ve ırksal bir ayrım olduğu maddi olarak belli olduğu gibi, bu kararın arkasında başkaca hangi subjektif kıstasların rol oynadığını ise bilememekteyiz. Ancak, kararda, "*vicdani kanaat*" ilkesinin uygulanmadığı açıkca bellidir.

Toplumun, görsel, işitsel ve yazılı kaynaklar ile belli bir bilgi ve görgü seviyesine yeterli olması bile ulaştığı günümüzde, yargı mensuplarının da, en azından toplumun bu "*vicdan*" seviyesinde kararlar vermesi gerektiği ortadadır.

• "Vicdani kanaat" ilkesinin uygulama şekli:

"*Bir yargıç, iyi niyetle dinlemeli,*
akıllıca karşılık vermeli,
sağlıklı düşünmeli,
tarafsızca karar vermelidir."
Sokrates

Yerel mahkemelerin, "*vicdani kanaat*" ilkesini uygulama eksikliklerinden dolayı bozulan kararlarına aşağıda yer verilmiş olup, bu ilkenin hiç uygulanmaması kadar, tüm yasal delillerin üstünde uygulanması da hukuk dışı karar ortaya çıkaracaktır.

Hukuk uygulayıcılarının, elde edilen delilleri değerlendirmeleri sonucu, yeni delil elde edilip edilmemesi veya maddi olaya ilişkin bilimsel bilirkişi raporları alınıp alınmaması ve bu raporların bilimsel, tarafsız ve objektif olup olması ile birlikte tüm deliller hakkında "*vicdani kanaat*" getirmeleri veya getirmemelerine göre karar vermeleri halinde "*vicdani kanaat*" ilkesi uygulanmış olacaktır.

Vicdan, her şahsın kendi manevi değerler süzgecinden olayı geçererek

sonuca ulaşmasıdır. Bu şekildeki kanaat, "*subjektif vicdani kanaat*" olarak ortaya çıkar.

Ancak, dürüstlük kuralı çercevesinden, toplumun genel, ortak ve güncel değerleri dikkate alınarak ulaşılacak sonuç ise, "*objektif vicdani kanaat*" olur.

"*İlahi Adalet*"'in gerçekleşmesi için, "*objektif vicdani kanaat*" (Toplumsal vicdani kanaat olarak da adlandırabiliriz.) ilkesinin esas alınması gereklidir.

• Objektif Vicdani Kanaat ilkesinin uygulanma şartları:

ÖNŞART: Hakkını kullanan ve borcunu ifa eden kişiden, dürüst, makul, yaptığı işin ve işlemin sonuçlarını bilen, orta zekâlı bir insandan beklenen davranış şekli (Dürüstlük Kuralı) ve gösterebileceği ahlaki tepki ve kuracağı mantık ve sahip olduğu örf ve adet esas alınmak kaydı ile "*olay*" ve "*sonuç*"un değerlendirilmesi halinde, "*objektif vicdani kanaat*" ilkesi yerine getirilmiş olur.

1) Olayın değerlendirilmesinde;

a) Toplum içinde aynı olaya gösterilecek genel, güncel ve ortak ahlaki tepki,

b) Toplum içinde aynı olaya tatbik edilecek genel, güncel ve ortak örf ve adet uygulaması,

c) Mantık ve felsefe kurallarına uyma,

d) Olayın manevi açıdan değerlendirilmesinin, maddi olaya ve delillere (teknik raporlar, kesin deliller gibi) açıkca aykırı olmaması.

2) Sonucun değerlendirilmesinde;

a) Olaya uygulanacak sonucun, toplumsal düzeni/barışı/eşitliği (Toplum sözleşmesini) bozmayacak veya sağlayacak olması,

b) Sonucun, "*İlahi Adalet*"e yakın olması,

c) Sonucun, "*Hukukun Üstünlüğü*" ilkesine ve saygınlığına uygun olması,

d) Olaya uygulanacak sonucun, maddi olaya ve delillere uygun olsa bile, "*objektif vicdan*"a uygun olmaması halinde, hukuk kuralının değiştirilmesini talep etmek.

"*Vicdani kanaat*"in uygulandığı kararlar, din, ırk, siyasi görüş, şahsi çıkar, cinsiyet farkı, sosyal statü gibi subjektif ve adalet duygusunu sarsarak toplumsal düzeni bozan bir kararlar olmayacaktır. Bu tür karar daimi surette, yasaların değişmesi halinde dahi, emsal karar olarak hukukun yüzakı olarak hukuk düzeninde yerini alacaktır.

"*Vicdani kanaat*" ilkesinin uygulanmasının yan şartları ise; Hukuk uygulayıcılarının bağımsız olmasıdır.

Bağımlı veya baskı altında olanlar, "*vicdani kanaat*"leri ile değil, bağımlı veya baskı duydukları "makam kanaati" ile olayları değerlendirmek zorunda kalırlar.

"(.....) bu sicil notları ve kanaatlerin Subay Sicil Yönetmeliğinin 4. maddesinde belirtilen "tam bir tarafsızlık, adalet ve vicdani kanaat" ilkeleri bir yana itilerek bazı duygusal nedenlerle takdir edildiği kanısını uyan-dıracak somut olgu ve nedenler de ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Bütün bu açıklamalara göre davacıya sicil döneminde takdir edilen not ve kanaatlerde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır."

(AYİM 1.D., 1995/888 Es, 1996/580 K., 11.06.1996 tarih)

"*Sanığın fiili irtikap sebep ve şekli ve icra tablosu da nazara alındığında Adli Tıp Kurulu raporu tam bir vicdani kanaat istihsaline elverişli ve mukni görülmediğinden, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu tadil eden 3334 sayılı Kanunun 15/2. maddesi gereğince keyfiyetin bir kez de Adli Tıp Genel Kurulu'ndan sorulup araştırılarak neticesine göre karar ittihazı icabeder.*

Yasaya aykırı olup, sanık vekilinin temyizi bu itibarla yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebeple tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, karar verildi."

(Yargıtay 1.CD., 1993/602 Es., 1993/803 K., 14.04.1993 tarih)

"(.....) ceza hakimi toplanan delilleri irdeleyip vicdani kanaat ve takdirine göre karar vermek yükümlülüğü içindedir.

Dosya kapsamına göre (.....) BOZULMASINA, karar verildi."

(Yargıtay 11.CD., 2004/1809 Es., 2004/2988 K., 08.04.2004 tarih)

"(.....) Mahkemece dosya kapsamına göre, iş görmeden doğan sonuç ve bunun tehlikesinin (rizikonun) vekile değil, vekil edene ait olduğu, vekil olan davalının kötüniyetle, kasten ve bilerek, emir ve talimat almadan ve dava dilekçesinde yazılı iddialara göre hareket ettiği hususunda vicdani kanaat oluşmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. (.....) davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA karar verildi."

(Yargıtay 11.HD., 2003/13676 Es., 2004/10051 K., 19.10.2004 tarih)

Aşağıda yer alan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile, davayı yaşayan, sanıkları yüzyüze dinleyen yerel mahkemenin, "*Vicdani kanaat*" ilkesini uygulaması gerektiği görüşlerini içermektedir.

"(.....) Yargıtay yargıcı, hükmün yargıcı olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi; olayları/eylemleri olguları sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama yasalarına uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusurlu (vitium in procedendo) ise, elbette karar bu nedenle bozulacaktır. Yargılama kusursuz ise, Yargıtay, esas

mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay saptamalarını, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimini gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır (Ferrando de la Rua, El recurso de casacion en el derecho positivo argentino, Buenos Aires, 1968, s.151; E. Amadio, Motivazione della sentenza panele, Encic, D. XXVII, 1977, s.189). Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıttır (20.12.1989, 5.4.1991, 4.2.1994). İşte Yargıtay olaylara, kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik/dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hemen hemen olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık olup olmadığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir.

Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla olaylar hakkında vicdani kanı yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretemez, ilk mahkemeye önerilerde bulunamaz. İncelediğim Avrupa ve Latin Amerika ülkelerindeki yargıtaylar, denetim yargılamasını böyle yapmaktadırlar ve bu hususta öğreti ile uygulama bire bir çakışmaktadır. Bu konuda İtalyan Yargıtay'ının birkaç kararını sunmakla yetiniyorum: "*Yargıtay, olayla ilgili değerlendirmeleri esas mahkemesinin elinden alamaz*" (sez. 1, 7.6.1989; sez. VI,: 30.10.1989). "*Kanıt kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay bu konuda yalnızca gerekçeyi ' inceleyerek denetleme yapabilir*" (sez. I, 22.2.1990; sez. IV, 11.12.1990; sez. I, 16.7.1992, n.8040/8045, 17.5.1992, s.175, Archivio, 1993; sez. I, 28.2.1992, n.198, sez. I, 6.12.1991, n.12370, 24.3.1993, n.3434, R. Penale, Ocak 1993). C. Yargılama Yasamızın kaynağının uygulandığı Almanya'da da durum aynıdır (Alman yazarları: Peters, Sellke, Hanack, Niemöller, Roxin, Kraus, Dahs/Dahs, Löwe/Rosenberg, Henkel, Kühne, Schlüchter, Schmidt, Maul, Pohle, Mannheim, Sarstedt, Rainer, Werner/Hamm, Rudolf, Gössel, Hungsmann). Alman Federal Mahkemesi, 7.6.1979 tarihli kararında şöyle demektedir: "*... olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kanıya ulaştığı olay akışıdır. StPO 261'e göre (Türk CYY 254) mahkeme, kanıt sunumunun sonucunu kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun sonucunu değerlendirmek, yalnızca olay yargıcının konusudur.*"

Suçluluğun saptanması sorunu için önemli olan ve yalnızca ona ait olan görev, yasal kanıtlama kurallarıyla bağlı olmaksızın ve yalnızca kendi vicdanı ile sorumlu olmak üzere, olası kuşkuyu aşıp aşamayacağını ve

belirli bir olgular bütününden bir kanıya ulaşabilip ulaşamayacağını incelemektir.

Aynı biçimde olay yargıcı, belirli olgulardan, zorunlu olmayan sonuçlar olsalar bile olası sonuçlara varmaktan da engellenemez. Bunun gibi olay yargıcına, hangi koşullarda hangi belirli sonuçlara ve belirli kanıya varması gerektiği biçiminde bir zorunluluk yüklenemez. Yargıtay'ın olay yargıcının kanıya varışını denetlemek bakımından sınırlı bir olanağı vardır. Bu, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de Yargıtay'ın kendi değerlendirmesini olay yargıcınınkinin yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunumunun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş olan kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcınınkinin yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur. (...) Kuşkusuz, olay yargıcına kanıya varış sürecinde tanınmış olan özgürlüğün de sınırları vardır.

Olay yargıcı, bu yetkisini kendince (keyfi olarak) kullanamayacağı gibi, bütün kanıtları da sonuna kadar değerlendirmek zorundadır. Bunun ötesinde kesin bilimsel verilere, mantığın yasalarına ve günlük yaşamın deneyim kurallanna dikkat etmesi gerekir.

Duruşmadan elde edilen özgür kanıt değerlendirmesi ilkesine aykırılıkta bulunulduğu savı, kanıt sunumu yinelenmeksizin, hükümde yapılan saptamaların duruşmada tüketilen kanıtlama araçları yoluyla değil ve yine eğer duruşmaya ait olaylardan elde edilmediği kanıtlanabiliyorsa, temyizde sonuç doğurur. Buna karşılık bir tanığın, başka türlü anlatımda bulunduğu ya da başka türlü anlaşılmak zorunda olduğu savı sonuç doğurmaz. Ancak hükmün, istinabe yoluyla dinlenen bir tanığın duruşmada okunan anlatımını ya da duruşmada okunan bir belgenin içeriğini yanlış aktardığı yahut da belgenin hükümdeki saptamalara karşın açıkça başka bir içeriğe sahip olduğu savının sonuç doğurması elbette olanaklıdır. Bu son durumlarda, olay mahkemesinin, verilmemiş bir anlatımı ya da bir belgeyi başka içerikle değerlendirmiş olduğu açıktır. (.....)

Böyle bir olayda mahkeme, duruşmanın dışında kalan bir kanıtı değerlendirmemiştir. Tam tersine, hukuka uygun bir biçimde öne sürülen bir kanıtı, kanısına dayanak almıştır. (.....)

Fransız Yargıtayı'nın görüşü de aynıdır. "*Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz; 3. derece yargıcı degildir*" (CD, 21.3.1990, Semaine Juridique (S.J.), n.25, s.236). "*vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye göre oluşur*" (CD, 11.6.1990, S.J., 10.10.1990, s.338). "*Yargıtay ilk mahkemenin yerine yalnızca ve bir ölçüde hukuksal konularda karar verebilir" (CD, 23.5.1989, S.J., 20.9.1989, n.38, s.295).*" Nitekim temyiz denetimiyle ilgili bir kaynak yapıtta, bu denetim üç başlık altında incelenmektedir:

1- Yargıtay yasanın yorumunu her zaman denetler ve bu konuda son sözü söyler.

2- Yargıtay, olayların/eylemlerin kanıtlanmasını hiçbir zaman ilk mahkemenin yerine geçerek çözemez.

3- Yargıtay, olayların/eylemlerin nitelendirilmesini kimi zaman çözer. (M.-N. Jobard-Bachellier/Xavier Bachellier, La tecnique de cassation, Paris, 1991, s.38). Burada kullanılan zaman zarflarına dikkati çekmek isterim.

Burada, önemle vurgulanması gereken nokta şudur: Gerekçe yoluyla denetlemek başka şeydir, ilk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir. Bu başkalıklar gözetilmez de ölü tutanaklara göre kanıt değerlendirmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözülürlerse, bir yargılama sendromunun yaşanması ve onun belirtilerine ve tehlikeli sonuçlarına katlanılması kaçınılmaz olacaktır. Bu sonuçlar şunlardır:

a) Doğrudanlık, yüzyüzelik, açıklık ve sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşma hiçlenecek, gereksizleşecektir. Gerçekten, yalnızca tutanaklara göre karar verilecek idiyse niçin duruşma yapılarak karar verilmiştir? Bir yargıç soruşturmayı yapar, tuttuğu tutanakları Yargıtay'a gönderir, karar verilebilir; böylece zamandan ve emekten kazanılmış olurdu.

b) Yargılamanın olmazsa olmaz ve en önemli aşaması bulunan, bu yüzden de sağ esen olması için yargılama yasalarının tüm maddelerinin seferber edildiği duruşma sonucu oluşan olaylara ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargısı; nesnel temele dayanan, öznel üstyapı üzerine oturan, hukuken belirli ve akılcı gelişen kanıtların özgürce değerlendirilmesi sürecinin bir ürünüdür. Bu suretle oluşturulan vicdani kanı yargısı, ölü tutanaklara göre oluşturulan duruşmaya yabancı kişilerin yanlış vicdani kanı yargısına feda edilince, daha iyi araçlara/olanaklara sahip ilk mahkemenin yargısının yerine duruşma yapmadığı için daha kötü araçlara/olanaklara sahip olanın yargısı geçecek, hem eşyanın doğasına ve hem de duruşma ve "*yargıladığın oranda hüküm kur*" kurallarına ters düşülecektir. Kuşkusuz, böyle bir yargılamada, adli yanılgı oranı da çok fazla olacaktır.

c) Olaylara ilişkin gerekçenin dışlandığı ve gereksizleştiği bir ülkede, ilk mahkeme yargıçları, yükü ve sorumluluğu Yargıtay'a atacaklarından, Yargıtay, gerekçelerde disiplin sağlama ve ilk yargıçları yetiştirme görevlerini hiçbir zaman yerine getiremeyecektir.

d) Tutanaklara göre (duruşmasız) oluşturulan vicdani kanı yargısı, her zaman kuşkuyla karşılanacağından ve tarafların katkısı sıfırlanacağından, kesin hüküm saygınlığı örselenecektir. Zira böyle bir yargılamada, saydamlığa ve diyalektiğe dayanan adaletin yerini, artık gizli ve görünüşte adalet almıştır. Bu konuda ortaya çıkan tehlike ve sonuçları, yaptığım araştırmaların bir bölümü olarak yayımladığım yazılarda (les voies de recours

en France, AÜSBF dergisi, c.XLV, sayı 1-4, Ocak 1990, sayfa 119-184; ve temyiz yolunun iyi algılanması ve kurumsallaştırılması sorunları, Yargıtay dergisi Ocak Nisan 1992, s.19-449) ve Yüce C. Genel Kurulu'nun birçok kararlarında (14.4.1986, 521/219, 11.3.1991, 335/75, 4.5.1992, 110/132, 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/168, 17.10.1994, 491/217, 31.10.1995, 268/307, 13.5.1997, 91/106; 11.11.1997, 235/231) ve bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (14.12.1992, 1/5 R.G. 6.5.1993) ayrıntılarıyla sergilemiştim.

Bütün bu hususlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Türk Yargıtay'ına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda şöyle vurgulanmıştır: *"Söz konusu koşullarda komisyon; Türk hukukuna göre Yargıtay'ın işlevinin; ilk (derece) mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemine uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve Yargıtay'ın ne kanıtların değerlendirilmesi ve ne de sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır (paragraf, n.100). Aynı kararın bunu izleyen paragrafında da, "Yargıtay'ın olay değil, yalnızca hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak" demek suretiyle komisyonun 31 yargıcı oybirliği ile, duruşma yapmayan Türk Yargıtay'ının hukuk kurallarını yanlış algıladığını ve uyguladığını belirtmektedir. Kuşkusuz hukuk açısından Yargıtayımız için bu onur kırıcı ve ağır bir durumdur. Yargı-tayımız ile uluslararası yargı kurulları arasındaki bu çatışmanın eninde sonunda hukuka uygun düşen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun raporu doğrultusunda sona ereceği kuşkusuzdur.*

Üzülerek belirteyim ki, bugün ülkemiz bu yargılama anlayışının açmazlarını yaşamaktadır. İnceleme konusu karar da bunun çarpıcı bir örneğidir.

Öte yandan, eğer yukarıda açıklanan bozma nedenleri söz konusu ise bu bir eleştiri nedeni değil, aslında başlı başına bir bozma nedenidir:

(.....)

İtiraz benimsenerek yerel mahkeme kararı açıkladığım gerekçe doğrultusunda mutlaka bozulmalıdır. Bozulan karar üzerine ilk mahkeme, daha önceki kararıyla bile bağlı olmaksızın yeniden kanıtlan değerlendirecek, bozma kararında gösterilen ıedenleri de göz önünde tutarak, kuşkusuz yepyeni bir karar verecektir. Çünkü, vicdani kanısını oluştururken yargıç-lar, önceki kararlarıyla bağlı olmadıkları (İtalyan Yargıtayı, sez. VI, 4.9.1992; sez. III, 16.3.1992) gibi, daha önce görülmüş bir hususun yeniden kanıtlanmaya gerek olmaması kuralı da mutlak olmayıp, ancak aynı mahkeme ve de aynı dava için söz konusudur (Kunter, n.329/III). Zira bağlayıcılık başka şeydir, değerlendirme zorunluluğu başka şeydir.

(.....)

CMUK'nin 289. maddesinde C. Savcılarına tanınan kanun yollarına başvurma hakkı düzenlenmiş, bu düzenleme yapılırken de şu gerekçe gös-

terilmiştir:

C. Savcısı, hukuka amme davasının ikame ve takibinde heyeti içtimaiyenin vekil ve mümessili olduğu gibi, hak ve hakikatın zahire ihracı hususunda dahi haizi vazifedir. İşte bu esasa nazaran C. Savcısı, maznunun lehine olarak da kanun yollarına müracaat edebilir. Hatta maznun aleyhine verilmiş olan bir hükmün mugayereti kanuniyesi hususunda kendisine kanaat gelirse kanun yoluna müracaat C. Savcısı için bir mecburiyettir.

Hal böyle olunca, kararların gerekçesine karşı C. Savcılarının yasa yollarına başvurma haklarının bulunup bulunmadığı gibi bir sorunun gündeme geldiği görülmektedir.

CUMK'nin 260. maddesi, ilk fıkrasında "sanık mahkûm olursa hükmün gerekçesindeki mahkemece suçun kanuni unsurları olmak üzere sabit ve muhakkak addedilen vakıalar gösterilir. Eğer delil başka vakıalardan istintaç edilmişse bunlar dahi hükümde söylenir" denilmiş olmasına göre mahkemelerin ve Yargıtay' ın her kararında gerekçe bulunması gerekmektedir. Hükmün gerekçesinin bulunmaması hali ise CUMK'nin 308. maddesi 7. bendinde mutlak bozma sebebi olarak gösterilmektedir.

Gerekçenin ne olduğu, Yargıtay'ın süreklilik gösteren kararlarında "... TAKDİRİN, AKLA, HUKUKA ve DOSYAYA UYGUN AÇIKLAMASIDIR..." şeklinde açıklanmaktadır."

(Yargıtay CGK., 1998/9-18 Es., 1998/91 K., 17.03.1998 tarih)

Esasen davayı sanık, mağdur ve tanık ile birlikte yaşayan yerel mahkemenin, "*vicdani kanaat*" ilkesini uygulaması gerektiği doğru bir çözüm olmakla, Yargıtay hakimleri de, dava dosyasını incelediğinde "*vicdani bir kanaatte*" vardığı düşüncesindeyim.

Aksi halde, yerel mahkemenin, toplum vicdanına aykırı kararlarının bozulma imkanı sözkonusu olmazdı.

Tüm derecelerdeki hukuk uygulayıcıların Anasaya'nın amir hükmü gereğince, "*vicdani kanaat*"lerini kullanmaları gerekliliği "*hukukun üstünlüğü*" için gerek şarttır.

IV) "*VİCDANİ KANAAT*" MI "*KEYFİ KANAAT*" MI?

"Bir yanı dinlemeden karar veren,
doğru karar vermiş olsa bile
adaletsizlik etmiş sayılır."

Yerel Mahkeme nezdinde görülen dava, resmi deliller ile ispat edilmesi ve bu resmi delillerin aksinin ispat edilmemesi halinde, yerel mahkemenin "*vicdani kanaat*"ini kullanması hukuka aykırıdır.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, "*vicdani kanaat*"in, mevcut olayın delilleri

ile değerlendirilmesi sonucu verilecek karar sırasında kullanılacak bir ilke olup, "*vicdani kanaat*"in yasal delillerin üzerinde bir delil olarak kullanılması veya takdiri ve kesin delillerin üzerinde bir vasıf yükletilmemesi gereklidir.

İmza incelemesi gibi adli tıp yöntemleri ile ispat edilebilecek olaylarda, bu yönde rapor istememe veya raporun bilimsel veriler içermemesi halinde, bu rapora dayanılarak oluşturulacak kararda, tabii ki bozma sebebi olacağı gibi, "*keyfi kanaat*" ile oluşturulan bir karar olarak kalacaktır.

Özel hukuk ilişkileri genelde, sözleşme veya kanunla düzenlenmiş kurallara tabii olduğundan, özel hukuk alanında, bu sözleşme ve kanun hükümleri yerine, "*objektif vicdani kanaat*" ilkesinin uygulanması keyfiliği yaratacaktır. Tabii ki, uygulanan "*kanaat*"in "*objektif*" olup olmadığı da, ayrı bir tartışma konusudur.

Ceza hukukunda, her suçun işleniş şekli, sanığı ve mağduru her olay için ayrı değerlendirmeye tabii olacağı için, ceza hukukunda "*vicdani kanaat*" ilkesinin yine mevcut delillerin üstüne çıkmaması gereklidir.

"İbraz edilen kambiyo senedindeki imzanın borçluya ait olup olmadığına dair bilirkişi tetkikatı sonunda verilen raporda fenni belirtilerden daha ziyade vicdani kanaate göre inceleme yapıldığı ve buna dayanılarak aynı el mahsulü olduğu bu sebeple kat'i mütalaa dermeyanına cesaret edilemediğinin mahkemenin genel hükümler dairesinde yapacağı soruşturma sonunda kanaat tahassül ettiği takdirde münker imzanın borçluya ait olabileceği bildirilmiştir.

Bu rapor kesin nitelikte değildir. İİK.nun 170. maddesi delaletiyle uygulanması gerekli bu yasanın 68/a maddesine göre merciin imza tetkatını HUMK.nun 309. maddesinin 2-3. fıkralarıyle 310-312. maddeleri hükümleri sınırları ile kısıtlı olarak yapması gerekir. Bu fıkralara göre mercii yalnız bilirkişi tetkikatı yapabilir.

Şu halde 1. fıkra hükmü merciice gözönünde tutularak imza tetkikatı yönünden şahit dinlenmez. Bu husus genel mahkemelerin yetkisi dahilindedir.

Bu itibarla kesin nitelikte olmayan raporu teyiden dinlenilen şahit beyanına dayanılarak itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilmesi isabetsiz, temyiz itirazı yerinde görüldüğünden mercii kararının İİK.nun 366 ve HUMK.nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, karar verildi."

(Yargıtay 12.HD., 1976/1261 Es., 1976/3303 K., 25.03.1976 tarih)

"(.....) yerel mahkemenin bu konudaki yorumunun yerinde bulunmadığı, buna göre, maktülenin öldürülmesi sırasında sanığın maktüle ile birlikte olduğu, sanığın önceki ve sonraki davranışları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde maktüleyi sanığın boğarak öldürdüğünün kabulü

gerektiği, buna karşılık, maktüleyi ne sebeple öldürdüğü ve maktüleye ait bilezikleri ne şekilde aldığının net olarak belirlenememesi sebebiyle lehe yorumla, bilezikleri maktüleyi öldürdükten sonra aldığının kabul edilebileceği cihetle, sanık hakkında kasten öldürme ve hırsızlık suçla-rından mahkumiyet kararı kurulması gerekirken, yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, Yasaya aykırı olup, yerel Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu sebeple yerinde görülmekle hükümlerin tebliğnamedeki düşünce hilafına BOZULMASINA karar verildi.

KARŞI OY :

*Sanığın yağma amacı ile maktüleyi öldürdüğüne dair şüpheden uzak mahkumiyete yeter derecede vicdani kanaat oluşturacak kanıt bulunmadığından ceza hukukunun "**şüpheden sanık yararlandırılmalıdır**" genel ilkesi gözetilerek yerel mahkemenin sanığa atılı suçların kanıt yetersizliğine dayanarak verdiği beraat kararının ONANMASI gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun aksi yöndeki bozma kararına karşıyım."*

(Yargıtay 1.CD., 2005/1865 Es., 2005/2545 K., 22.09.2005 tarih)

*"Mahkemece; "t**apu kayıt maliki ile davacıların iddia ettiği Mustafa oğlu Ali Kılıç'ın aynı kişi olduğuna dair vicdani kanaate ulaşılamadığı**" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

*Davaya konu taşınmazların bir kısmı tapuya dayalı olarak, bir kısmı da hükmen tescil edilmiştir. Bir kısım parsellerin tapulama tutanaklarında Mustafa Pehlivan oğlu Molla Ali'ye iskanen verildiği belirtilmektedir. Dosya içerisine alınan "**Muhacir Kayıt Örneği**" belgesinde aile reisinin Mustafa oğlu Molla Ali olduğu belirtilmektedir. Yine dosya içerisinde bulunan 13.07.2005 gün ve 3912 sayılı Tuzla İlçe Nüfus Müdürlüğü yazısında "Mustafa oğlu Ali Kılıç kayıtlarının incelenmesinde Ali'nin lakabının Molla; Mustafa'nın Lakabının da Pehlivan olduğu, sonuç olarak Mustafa oğlu Ali Kılıç ile aynı kişiler olduğu" belirtilmiştir.*

Davada yapılan inceleme ve araştırmalar sonucu, tapu ve nüfus bilgileri arasında bağlantı ve tutarlılık sağlandığından davanın kabulüne karar vermek gerekirken dosya içeriğine uygun düşmeyen yazılı gerekçe ile davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün BOZULMASI gerekmiştir."

(Yargıtay 14.HD., 2006/1977 Es., 2006/2889 K., 14.03.2006 tarih)

"Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

Tanıklar anlatımları arasındaki çelişkinin dayandığı mahkeme kararının ancak bir vicdani kanıyı oluşturabileceği ve yalancı tanıklık cürmü için kesin kanıt olamayacağı gözetilerek beraat yerine hükümlülük kararı verilmesi,

Yasaya aykırı ve sanık Gültekin müdafiinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle hükmün BOZULMASINA, karar verildi."

(Yargıtay 4.CD., 1990/4099 Es., 1990/4337 K., 25.09.1990 tarih)

V) SONUÇ:

"*Vicdani Kanaat*" ilkesi, karar verici konumdaki uygulayıcıların "*subjektif*" bilinçler ile uygulanması esastır, ancak "*ideal*" değildir.

"*İdeal Vicdani Kanaat*"in oluşması için mümkün mertebe "*objektif*" olması ve ortak ve genel "*toplumsal değerleri*" de içermesi gereklidir. Bu şekilde, tahakkuk etmiş bir kanaat ancak "*adalet*"in gerçekleşmesini sağlayabilir.

İnsanların, her davada, olayı "*İlahi Adalet*"e havale etmemeleri için, olayı yaşayan hukuk uygulayıcıları kadar, üst mahkemelerindeki hukuk uygulayıcılarının da; maddi olaya ait hukuk kurallarını ve delilleri mümkün mertebe toplumsal bazda "*objektif vicdani kanaat*" ölçüsünde değerlendirmek suretiyle sonuca ulaşmaları gereklidir.

Hukuk uygulayıcıları kadar, yasakoyucunun da, koyacağı hukuk kuralı ile, "*olay*" ve "*sonuç*" arasındaki dengeyi sağlamak zorunda olduğunu unutmamalıdır.

"*Vicdani kanaat*" ilkesinin sadece nihai kararlar için değil, dava safhasındaki tüm ara kararlara ve dava öncesi soruşturma/koğuşturma safhalarında alınacak, yakalama, tutuklama, arama, özel hayatın izlenmesi ve dinlenmesi gibi kararlara da uygulanması yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, "*vicdani kanaat*" ilkesini kullanacak yargının da, her türlü etkiden uzak olması ve "*bağımsız bir yargı*"nın ancak, "*vicdani kanaat*"ini kullanabileceğinin unutulmaması gereklidir.

Hukuk ve Toplumun karşılıklı etkileşim içinde olmalarından dolayı, toplumun azınlıkta kalan görüşleri de, bu kanaatin oluşumunda dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, uygulama şartları arasında, "*çoğunluk*" ahlakı veya örfü diye bahsedilmemiştir.

Keza, "*Kuvvetler Ayrılığı*" ilkesinin, *"yargı*", "*yürütme*" ve "*yasama*" erglerinin birbirlerinin üstünde değil, birbirleri ile "*aynı seviyede*" ve "*birbirlerini denetler*" bir şekilde uygulanması gerektiğinin unutulmaması gereklidir.

"*Hukukun vicdanını yitirmesi*" ile "*Adalet*"in gerçekleşmesi imkansızlaşacak ve "*Adalet*"in gerçekleşmesindeki bozukluklar ise, toplumun öncelikle, ahlaki olmak üzere her bakımda çözülerek, beraber yaşama duygusunu kaybetmesine ve ortak değerlerin kaybı ile toplumda beraber yaşama duygusunun azaldığı, "*toplum sözleşmesi*"nin geçerliliğini yitirmeye başla-

dığı bir sürece girileceğinin; başta "*toplum sözleşmesi*"ni korumakla yükümlü siyasi iktidar olmak üzere, tüm hukukçu, yasakoyucuların, hakimlerin, savcıların, avukatların ve güvenlik güçlerinin bilmesi gereken bir durumdur.

Sahip olduğumuz düşünce ve inanç ne olursa olsun, bunlardan soyut olarak, insanları ve olayları, öncelikle, "*insan*" olarak "*vicdan*"ımızla değerlendirmemiz gerekliliğini unutmamalıyız.

"Bir rejimde, halk adalete inanmaz hale geldiyse, o rejim mahkum olmuştur."

Montesquieu

* * *

Not: Bu yazı için araştırma yaparken, 16 Mart'ın Dünya Vicdan Günü olarak kutlandığını öğrendim. Bugün tüm dünyadaki insanların, yaptıkları veya yapmadıkları işleri "*vicdan*"larında değerlendirdiklerini düşünüyorum.

"*16 Mart 2003 tarihinde İsrail buldozerleri tarafından ezilerek katledilen Rachel Corrie`nin hatırasına atfen, 16 Mart günü Otuzuncu Harf Edebiyat ve Düşünce Dergisi tarafından '**Dünya Vicdan Günü**' olarak isimlendirilmişti.*"

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ VE SINIRLARI

Av. Yıldız POLAT

GİRİŞ

Devletin güvenliği ve kamu güvenliği söz konusu olunca, insan hak ve özgürlüklerinin sırf bu gerekçelere dayalı olarak kısıtlanabildiği bilinmektedir. İnsan haklarıyla arasında adil bir denge kurulması gereken güvenlik amacının çoğu zaman, özgürlüklere baskın geldiğine tanık olmaktayız. Üstelik kişilerde de *"otorite olmazsa özgürlük de olmaz"* anlayışıyla devlet güvenliğinden yana zihniyetin hakim olduğunu söylemek mümkün.

11 Eylül saldırısından sonra Bush doktriniyle birlikte, terörizm uluslar arası boyut kazanmış; devletlerin terörizme karşı güvenlik gerekçesiyle kişi hak ve özgürlüklerini pervasızca sınırlandırması adeta meşru hale gelmiştir. Bu anlayışa dayalı politikaların aşırı şiddeti de beraberinde getirdiği ve terörizme son vermek yerine terörizmi beslediği gelişmelerle kanıtlanmış bulundu. Bu nedenle uluslar arası arenada şiddete karşı eleştirilerin artmasıyla kişi hak ve özgürlükleri de sıkça tartışılan konular arasına girdi. Önümüzdeki dönemlerin hak ve özgürlüklerden yana politikaları beraberinde getireceği kanaatindeyiz.

Dünyadaki politik değişimlere ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak haberleşme hakkına müdahale de çok yönlü değişmiştir. İletişimin denetlenmesi ve özellikle telefonların dinlenmesi en yaygın müdahale biçimini oluşturmaktadır. Suçu önleme, suçu aydınlatma ve suçluya ulaşmada günümüzde en etkin yol olarak görülen bu tedbire, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da izin verilmektedir. Ancak haberleşme hakkına ağır bir müdahale olan bu tedbirin kullanımı da bazı koşullara tabi tutulmuştur. Sınırlama nedenleri olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan bu koşulların olabildiğince dar yorumlanması gerekir. Zira Sözleşmenin mantığına göre de esas olan insan haklarıdır, istisna olan ise bu hakların sınırlandırılmasıdır.

Bu çalışmamızda, "*iletişimin denetlenmesi*" olarak adlandıracağımız müdahale tipi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde korunan haklardan haberleşme hakkı ve özel hayata saygı hakkı bağlamında ele alınmıştır. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ve 5397 Sayılı Kanunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. AİHM kararlarının değerlendirilmesi ve kriterlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar *"Ceza Muhakemesi Kanunda Adli Amaçlı Denetlenme"* başlıklı bölümde ele alınmıştır. *"5397 Sayılı Kanunda Önleme Amaçlı Denetlenme"* başlıklı bölümde ise tekrara düşmemek için, sınırlandırma koşulları başlıklar

halinde incelenmeyip, kanun AİHM ölçütlerine uygunluk gösteren ve bu kriterlerden sapmaların olduğu boyutlarıyla incelenmiştir. İletişimin denetlenmesiyle elde edilen kayıtların delil gücü veya mahkeme kararlarına etkisi şeklinde, yargılamayla ilgili usulü konulara yer verilmemiştir. Anayasal güvencelere de değinilerek, iletişimin hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde denetlenmesi halinde hakkın korunmasına ilişkin güvenceler ayrı başlık altında incelenmiştir. Sonuç kısmında ise, Türk mevzuatının uygulanmasında yaşanan problemlerin saptanmasına yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE VE ANAYASADA HABERLEŞME HAKKI

I. AİHS'DE HABERLEŞME HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1. maddesine göre, *"Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir"*. Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır[1]. Haberleşme, teknolojik gelişmelerin paralelinde artan farklı vasıtalarla gerçekleşebilir. Bu nedenle mektup, telgraf, telefonla iletişim veya internet yoluyla iletişimin yanı sıra üretilecek yeni vasıtaların, aynı kapsamda Sözleşmenin korumasından faydalanacağı kanaatindeyiz. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvurular neticesinde çıkan kararlarla daha da aydınlanacaktır. Nitekim Mahkeme, **Klass-Almanya** kararında[2], haberleşme vasıtalarının arasına telefonla iletişimi de dahil etmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, haberleşme hakkına ve özel hayatın gizliliğine müdahaledir. Haberleşme hakkına yalnızca devletin değil özel şahısların da müdahale ettiği günümüzde, örneğin cep telefonlarına yüklenen ve maliyeti 600 YTL'den başlayan casus yazılımlarla[3] telefonların dinlendiği bilinmektedir. Her ne kadar burada müdahale eden tarafın özel şahıs olduğu, bireyin ancak kamu otoritesinin müdahalesi halinde başvurabileceği düşünülse de burada **devletin pozitif yükümlülüğü** devreye girer. **X&Y-Hollanda** kararında mahkeme, "*8. madde sadece devleti... müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: Bu aslen*

---

(1) Kilkelly Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Avrupa Konseyi, Eylül 2007, s. 19

(2) Doğru Osman, www.ihami.anadolu.edu.tr, Türkçe Kararlar, Klass ve Diğerleri-Almanya kararı, karar tarihi:06.09.1978, başvuru no:5029/71, e.t:10.11.2008

(3)http://www.guncelhaber.com/Spor/teknoloji/tek-tikla-cep-telefonu-dinle-155486.htm, e.t:18.12.2008

negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir…Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir"[4] belirlemesiyle, 8'inci maddede öngörülen hakların kullanılmasının başka şahıslarca engellenmesine karşı, devletin korumasını ve önlemler almasını gerekli kılmıştır.

Halford-Birleşik Krallık kararında[5] mahkeme, iş yeri telefonlarının dinlenmesini de 8'inci madde kapsamında değerlendirmiştir. Telefon dinlemelerinde sanık hakkında verilen kararda telefonun sanığın adına kayıtlı olup olmadığı, önemli değildir. Sanığın telefonu kullanması yeterlidir. Hatta kamu görevlisinin kullandığı telefon da dinlenebilir [6].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrası, teminat altına alınan hakları belirtirken, ikinci fıkrası bu hakların hangi durumlarda ve hangi koşullarda sınırlandırılabileceğini hükme bağlamaktadır. Buna göre, "*Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz*". Maddede sınırlamanın öngörülmüş olmasıyla, korunan hakların mutlak bir hak olmadığı ifade edilmekte[7] ve sınırlama nedenleri ve koşulları sözleşmenin diğer maddelerindeki sınırlama nedenleri ve koşulları ile benzerlik göstermektedir. Buna göre, haberleşme özgürlüğü;

A- MEŞRU AMAÇLAR İÇİN

1. Ulusal güvenlik,
2. Kamu güvenliği,
3. Ülkenin ekonomik refahı,
4. Suçun veya düzensizliğin önlenmesi,
5. Genel sağlık ve genel ahlakın korunması,
6. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için,

---

(4) Kilkelly, age, s.21

(5) Doğru, Halford-Birleşik Krallık kararı, karar tarihi:25.06.1997, başvuru no:20605/92, e.t:10.11.2008

(6) Doğan Yusuf Hakkı, Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri adlı makale, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc, e.t:10.12.2008

(7) Kilkelly, age, s.4

B- KANUNLA

C- DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA GEREKLİ VE ZORUNLU OLMAK KAYDIYLA

D- ORANTILI OLARAK
sınırlandırılabilir.

Sınırlama nedenlerinin oluşup oluşmadığı hususunda AİHM, **Handyside-Birleşik Krallık** kararında[8] olduğu gibi, devlet yetkililerinin ülkelerindeki önemli güçlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Ancak bu takdir hakkı ve genel olarak da sınırlama nedenleri devletler tarafından keyfi yorumlanmamalı, bireyin hakkına müdahale eden istisnalar dar yorumlanmalıdır. Bu konuda, Sözleşmeyle korunan hakları ve sınırlama koşullarını kararlarında daha da aydınlatan ve güncelleştiren AİHM içtihatları ana kılavuz kabul edilmelidir. Sınırlama nedenlerini, AİHM kararları çerçevesinde Türk Hukuku'nda iletişimin denetlenmesi konusunu uygulamalarla anlatacağımız bölümlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

II. ANASAYADA HABERLEŞME HAKKI

Anayasamızın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı İkinci Kısmının, Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı İkinci Bölümünde *"Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması"* başlığı altında yer alan "*Haberleşme Hürriyeti*" madde 22'de şöyle düzenlenmiştir:

"*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar".

Haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa hükmünde, AİHS 8'inci maddenin yazım biçiminde olduğu gibi, birinci fıkrada hakka yer verilmiş ve ikinci fıkrada sınırlama nedenleri ve koşulları gösterilmiştir. Madde içeriği de aşağı yukarı sözleşme standartlarında olsa da iki hususun eksikliğine vurgu yapmak gerekir. Maddenin *"herkes haberleşme hürriyetine sahiptir"* şeklinde birinci fıkrasının *"Herkes haberleşme hürriyetine ve bu*

(8) Doğru, Handyside-Birleşik Krallık kararı, karar tarihi: 07.12. 1976, başvuru no:5493/72, e.t.:10.11.2008

hürriyetine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir" şeklinde düzenlenmesinin hakkın korunması açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında sınırlama nedenleri sayılırken, 8'inci maddeye uygun *"ülkenin ekonomik refahı"* meşru amacına yer verilmemiştir. Halbuki ayrıntılarını daha sonra inceleyeceğimiz 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzun *"İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"*nı düzenleyen 135'inci maddesinin iletişimin denetlenmesine elverişli suçları düzenleyen 6'ncı fıkrasında örneğin, *"ihaleye fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu"*nda, haberleşme hakkına müdahalenin meşru amacı ülkenin ekonomik refahının korunmasıdır. Bu nedenle kanunun Anayasaya ve Anayasanın da Sözleşme standartlarına uygunluğu açısından, Anayasa'nın ikinci fıkrasına *"ülkenin ekonomik refahının korunması"* ibarelerinin eklenmesinin teknik eksikliği gidereceği kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

A. TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Türk Hukuku'nda konu irdelenmeden önce, sıkça kullanılacak bazı kavramların tanımının öncelikle ele alınması yararlı olacaktır. 14 Şubat 2007 tarihli ve 26434 sayılı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinde aşağıdaki tanımlar yapılmıştır:

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri,

İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri,

Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi, **Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi** ise; iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini,

Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan **iletişimin denetlenmesi**, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir[9].

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kavramı Türk hukukuna ilk kez 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) ile girmiştir. Kanunun 2. maddesi *"iletişimin dinlenmesi veya tespiti"* başlığı altında konuyu düzenlemiştir. 5271 Sayılı CMK'dan önce yürürlükte olan CMUK'da ise bu tedbire ilişkin düzenleme yapılmamıştı. Şu anki mevzuatımızda, doktrindeki tabiriyle suç sonrası adli amaçlı dinleme ve suç öncesi önleme amaçlı dinleme şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır[10]. Birinci olarak, 5271 Sayılı CMK'nın Beşinci Bölümü'nde *"Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi"* başlığı altında 135'inci ve devamı maddelerde bu tedbir düzenlenmiştir. Diğeri ise, 5237 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda değişiklik yapılan kanundaki istihbari nitelikteki önleyici denetlenmedir. Birincisi suçu ortaya çıkarmak için soruşturma ya da kovuşturma sırasında suçun ortaya çıkarılmasına ikincisi de suçun önlenmesine yöneliktir[11]. Bu denetlenme türlerini iki ayrı başlık altında inceleyelim.

B. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA ADLİ AMAÇLI DENETLENME

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile, koruma tedbirleri arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi de yer almıştır. Bu tedbir yalnızca adli amaçlı iletişimin denetlenmesi olup, ancak bir suç işlendikten sonra, başka yollardan delil elde edilememesi durumunda başvurulabilecek bir tedbirdir. CMK'nın Beşinci Bölümünde madde 135 ile madde 138 arasında düzenlenen bu koruma tedbirinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınmasında usul ve süreler, yetkili merciiler, tedbirin uygulanacağı suç tipleri, iletişim içeriklerinin yok edilmesi, müdafiin telekomünikasyon araçlarının durumu, tesadüfen elde edilen deliller konuları yer almıştır.

(9) Öztürk Bahri-Erdem M.Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 600

(10) Şen Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme -Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.36

(11) Baltacı Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 358

AİHS 8/2'nci maddesindeki sınırlama nedenlerine başlıklar halinde yukarıda değindik. Şimdi CMK madde 135 ve devamı maddeleri, AİHS ve AİHM kararlarına uygun sınırlandırma koşulları açısından inceleyeceğiz.

1-Sınırlamanın Kanunla Yapılması:

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne doğrudan ve ağır müdahale niteliğinde olduğundan kanunla düzenlenmeli ve bu düzenlenme de hakkı teminat altına alan metinlerin belirttiği gerekçelerle onların ruhlarına uygun olmalıdır[12]. AİHS'de ve AİHM kararlarında haberleşme hakkına müdahalenin ancak yasayla yapılacağı belirtilmiştir. Yasa kavramı alışılagelen dar anlamda değil, ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk kuralları olarak algılanıp bu kapsamda yorumlanmalıdır[13]. AİHM, **Sunday Times-Birleşik Krallık** kararında[14] *"yasayla öngörülmüş"* ifadesinde, *"yasa"* kelimesinin sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme, *"İlk olarak, hukuk yeterince ulaşılabilir olmalıdır, yani vatan-daşlar belli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkinci olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta formüle edilmemiş bir norm, 'hukuk' kuralı olarak kabul edilemez, vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidirler"* hususuna dikkat çekmiştir.

Yasa kelimesine, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge ve yerleşmiş yüksek mahkeme içtihatları da dahil edilebilir. Yasayla öngörülme şartı;

a. Tedbirin, iç hukuk düzeninde yasal bir dayanağa sahip olmasını,

b. İlgililer tarafından söz konusu yasaya ulaşılabilir olmasını,

c. İlgililerin, yasaların etkilerini öngörebilmelerini ve ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketinin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini,

d. Yasanın, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır olmasını, bu anlamda yasal düzenlemenin yeterince kesin ve kamu otoritesinin keyfi uygulamalarından uzak olmasını gerekli kılmaktadır[15].

Mahkeme, **Kruslin-Fransa** kararında[16] Sözleşmenin 8'inci maddesinin müdahalenin '*hukuka uygun olmasını*' gerektirdiğini, '*hukuk*' sözcüğünün

---

(12) Baltacı, age, s.358

(13) DİNÇ Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği, Mayıs 2006, s.384

(14) Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2003, s.343

(15) Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sancakdar Ruhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 407

(16) Doğru, Kruslin-Fransa kararı, karar tarihi:24.04.1990, başvuru no:11801/85, e.t.10.11.2008

de biçimsel değil, ama maddi anlamda ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme bu kararında, "*Hukuk sözcüğü hem yasa ve yasanın altındaki düzenlemeleri ve hem de yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır. Olayda söz konusu telefon dinlemenin iç hukukta hukuki bir dayanağı vardır. 'Hukukun kalitesi' bakımından ise, iç hukuk 'ulaşılabilir' durumdadır. Ancak hukukun uygulanabileceğini 'önceden görebilirlik' şartı bakımından ise, iç hukukun 'hukuk üstünlüğü' kavramı ile bağdaşabilir olması gerekir*" demiştir. Mahkeme Kruslin-Fransa davası[17] ve Huvig-Fransa davası kararlarında, hukuka uygun bir müdahaleden bahsedebilmek için dayanak yasanın ulaşılabilir, öngörülebilir ve yeterli kesinliğe sahip nitelikte olması gerektiğinin altını çizmiştir.

Mahkeme, **Kruslin-Fransa** ve **Huvig-Fransa** kararlarında, *"Fransa'daki telefon dinleme sistemi çeşitli istismarlara karşı güvenceler içermemektedir; örneğin hangi kategorideki kişilerin yargısal kararla dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Sonuç olarak Fransız hukukunda kamu makamlarına bu konuda verilen yetkinin kullanılma alanı ve tarzı hakkında açıklık bulunmadığı için olaydaki müdahale 'hukuka uygun' olmadığından, haberleşmeye saygı hakkı ile özel yaşama saygı hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır"* belirlemesinde bulunmuştur.

Mahkeme, **A-Fransa** kararında[18], olayın geçtiği tarihte yürürlükteki mevzuata göre telefon dinlemenin iç hukuka aykırı olduğundan, müdahale hukuken öngörülmediği için haberleşmeye saygının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, **Malone-Birleşik Krallık**[19] kararında, kamu otoritelerinin özel olarak yasalarla verilmiş bir yetki olmadan, idari uygulamalarla telefon görüşmelerine müdahale etmesinin 8'inci maddenin ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir.

Mahkeme, **Halford-Birleşik Krallık** kararında[20], başvurucunun işyeri telefonlarının dinlenmesiyle, iç hukukta telefon dinlemeye ilişkin düzenleme bulunmaması nedeniyle 8'inci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, **Khan-Birleşik Krallık** kararında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı için ve söz konusu ci-

(17) Doğru, Huvig-Fransa kararı, karar tarihi:24.04.1990, başvuru no:11105/84, e.t:10.11.2008
(18) Doğru, A-Fransa kararı, karar tarihi:23.11.1993, başvuru no:14838/89, e.t.:10.11.2008
(19) Doğru, Malone-Birleşik Krallık kararı, karar tarihi:02.08.1984, başvuru no:8691/79, e.t:10.11.2008
(20) Doğru, Halford-Birleşik Krallık kararı, karar tarihi:25.06.1997, başvuru no:20605/92, e.t:10.11.2008

hazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İç İşleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği için, Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir[21].

Mahkeme, **Valenzuela Contreras-İspanya** kararı[22] ile **Aman-İsviçre** kararında[23] da telefonların dinlenmesinin hukuken öngörülebilir bir müdahale olmadığından 8'inci maddenin ihlaline karar vermiştir.

5271 Sayılı CMK, TBMM tarafından kabul edilip usulüne uygun yürürlüğe konulan yasa niteliğindedir. Kanunlar, Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden, herkese alenidir, gizliliği de yoktur. Bu nedenle ulaşılabilirlik açısından CMK'nın, Mahkeme kriterlerine uygun olduğu açıktır. İlgili madde 135'de iletişimin denetlenmesi tedbirinin hangi nedenle, kimler hakkında, hangi sürelerle uygulanacağı, ancak kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde ve ancak uygulamada katalog suçlar olarak tabir edilen kanunda sayılı suçlarda bu tedbirin uygulanabileceği hususları göz önünde bulundurulduğunda, 5271 sayılı CMK'nın öngörülebilirlik ve tahmin edilebilirlik ilkeleri açısından da Mahkeme kriterlerine uygun olduğu söylenebilir. Yine aynı nedenlerle ve ayrıca yetkili karar mercii, yargılama evresi, tedbirin uygulanması koşulları, maddede belirlenen esas ve usullere aykırı şekilde iletişimin dinlenemeyeceği ve kayda alınamayacağı belirtildiğinden, yasal düzenlemenin yeterince açık ve kesin, kamu otoritesinin keyfi uygulamalarından uzak olmasını gerekli kılacak düzeyde olduğu söylenebilir. Bu ilkeler açısından da Mahkeme kriterlerine uygundur. Ancak uygulamada ulusal mevzuata ve Mahkeme kriterlerine aykırı kararlar verildiği görülmekte ve haberleşme hakkına müdahale niteliğinde olduğundan son çare olarak uygulanması gereken bu tedbire son derece keyfi ve hukuka aykırı bir şekilde başvurulduğu görülmektedir. Bu hususu Sonuç kısmında açıklayacağız.

2-Sınırlamanın Meşru Amaç İçin Yapılması:

AİHS madde 8/2'de sayılı meşru amaçlardan bir veya birkaçının varlığı halinde (yasallık, demokratik toplumda zorunluluk, orantılılık ilkelerinin de mevcudiyetiyle) kamu otoritelerinin, kişinin haberleşme hakkına müdahalesi ihlal oluşturmayacaktır. Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi mümkün olabilecektir. 5271

---

(21) Kilkelly, age, s.26

(22) Doğru, Valenzuela Contreras-İspanya kararı, karar tarihi:30.07.1998, başvuru no:27671/95, e.t:10.11.2008

(23) Doğru, Aman-İsviçre kararı, karar tarihi:16.02.2000, başvuru no:27798/95, e.t:10.11.2008

sayılı CMK'da iletişimin denetlenmesine elverişli suçlar tek tek sayılmıştır. Bu suçlar belirlenirken, meşru amaç ilkesine uygun suç tipleri belirlenmiştir.

"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç m.220)" kamu güvenliği ile suçun önlenmesi meşru amaçlarına uygundur. *"Silahlı örgüt (m.314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315)", "devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m.328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları"*yla ilgili iletişimin denetlenmesinin ulusal güvelik meşru amacına uygun olduğunu söyleyebiliriz. *"Kasten öldürme (m.81, 82, 83)", "işkence (m.94, 95)", "cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, m.102)", "çocukların cinsel istismarı (m.103)"* suçlarında iletişimin denetlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için olduğu gibi, genel sağlığın ve genel ahlakın korunması için de meşru amacı karşılamaktadır. *"Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m.79, 80)"* suçunda başta başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olmak üzere sayılan birçok amaç için iletişimin denetlenmesi meşrudur. *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188)", "Fuhuş (m.227, fıkra 3)"* suçlarından iletişimin denetlenmesinde genel sağlığın ve ahlakın korunması meşru bir amaçtır. *"Parada sahtecilik (m.197)", "rüşvet (m. 252", "Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu"* kamu güvenliği açısından denetlenmeye elverişlidir. *"Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282)", "Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12)"* suçlarıyla ilgili iletişimin denetlenmesinde, kamu güvenliği meşru amacı sayılabilir.

"İhaleye fesat karıştırma (m.235) ve "Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar" için de öncelikle ülkenin ekonomik refahı meşru amacının gerçekleştiği söylenebilir. Ancak bu konuda daha önce de değindiğim şekilde, haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasamızın 22'nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlama nedenleri arasına *"ülkenin ekonomik refahı"* meşru amacı da eklenmelidir. Aksi halde, *"ihaleye fesat karıştırma (m.235) ve "Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar"*ın iletişimin denetlenmesine elverişli suçlar arasında sayılmasının, Anayasaya aykırılık oluşturduğu ileri sürülebilir. Zira bu suç tipleri yalnızca *"ülkenin ekonomik refahı"* meşru amacına uygunluk göstermekte, Anayasamızda sayılı diğer meşru amaçlara (sınırlama nedenlerine) uygun düşmemektedir. Bir diğer sorun da iletişimin denetlemesine elverişli suçlar arasında sayılan *"Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlarda"* iletişimin denetlenmesinin hangi meşru amacı karşıladığı belirsizdir. Daha doğrusu Sözleşmede sayılı meşru amaçları karşılamamaktadır. Milli çıkarın veya tarihi değerlerin korunması ya da

kültür ve tabiat varlıklarını koruma şeklinde herhangi bir meşru amaç da Sözleşmede sayılmamıştır. Bu nedenle Sözleşme kriterlerini karşılamadığını söyleyebiliriz. Şayet AİHM bu suça ilişkin bir olayda, iletişimin denetlenmesinin Sözleşmede sayılan meşru amaçlardan herhangi birisini karşıladığını hükme bağlarsa, o meşru amaç doğrultusunda yorum yapabiliriz.

Belirtmiş olduğumuz bu sorunlar dışında, CMK madde 135/6'da belirtilen suçlarda iletişimin denetlenmesi yukarıda saydığımız şekilde meşru bir amaca dayandığından, bu yönden AİHM kriterlerini karşılamaktadır.

AİHM, **Klass ve diğerleri-Almanya** kararında[24], hükümet ve komisyonun, *"itiraz konusu yasayla imkan tanınan 'müdahale', 'ulusal güvenlik' bakımından ve/veya 'suçun ve düzensizliğin önlenmesi' için 'demokratik bir toplumda gerekli' olduğu"* yönündeki görüşünü paylaşmıştır. Mahkeme, ilgili yasanın amacının aslında 8'inci maddenin ikinci fıkrasındaki ulusal güvenliği korumak ve/veya suçu ve düzensizliği önlemek olduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme, **Ludi-İsviçre** kararında[25], uyuşturucu kaçakçılığı için yapılan operasyonda ve başvurucunun da bir suç faaliyeti içinde bulunduğunun bilindiği şartlarda, müdahalenin "*suçun önlenmesi*" meşru amacına sahip olduğundan, telefon dinleme bakımından özel yaşama saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

3-Demokratik Toplumda Zorunluluk:

Mahkemeye göre, özgürlüklerinin sınırlandırılmasının, ancak zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılamak amacıyla yapılması ve bunun demokratik bir toplumda gerekli olması aranmalıdır[26]. Müdahalenin *"gerekli"* olması şartı olduğu için, Devletin müdahale etmek için *"bazı"* nedenleri olması yeterli değildir. Bu konuda, *"gerekli"* ifadesinin keyfi müdahaleye neden olacak şekilde aşırı sınırlayıcı ve genel yorumlara neden olmaması için, meşru amaçla orantısallık hususu aranmaktadır.

Mahkeme, **Handyside-Birleşik Krallık** kararında, demokratik toplumda zorunluluk ilkesinde geçen *"zorunlu"* sıfatının *"vazgeçilmez"* kelimesiyle eşanlamlı olmadığını; *"kabul edilebilir", "sıradan", "faydalı", "akla yatkın"* veya *"uygun"* ifadelerindeki gibi bir esnekliğe de sahip olmadığını belirtmiştir. Mahkeme kararında, *"Demokratik bir toplumda zorunlu ifadesi, bir müdahalenin AİHS ile uyumlu olabilmesi için, diğer hususların yanı sıra*

---

(24) Doğru, Klass ve Diğerleri-Almanya kararı, karar tarihi:06.09.1978, başvuru no:5029/71, e.t:10.11.2008

(25) Doğru,, Ludi-İsviçre kararı, karar tarihi:15.06.1992, başvuru no:12433/86, e.t:10.11.2008

(26) GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında "Demokratik Toplum Ölçütü", Vedat Kitapçılık Ankara 2005, s.11

'zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması' ve 'meşru hedefle orantılı' olması gerektiği anlamına gelmektedir" şeklinde belirtmiştir. Mahkeme yine bu kararında, *"demokratik bir toplumun"* özelliklerinin *"çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik"* olduğunu belirtmiştir[27].

Mahkeme, **Klass ve diğerleri-Almanya** kararında[28], 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not ederek, *"Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuştur. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir"* tespitinde bulunmuştur. Mahkeme bu kararında, 21 Şubat 1965 tarihli **Golder** kararına da atıf yaparak, *"Demokratik toplumun temel ilkelerinden biri, sözleşmenin başlangıcında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğü, idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasını gerektirir"* saptamasında bulunmuştur. Mahkeme, 8'inci maddenin birinci fıkrasında garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge aranması gerektiğini belirtir.

Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında da, *"Temel haklar ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" denilmiştir. Bu kural, özgürlüklerin sınırlanmasının, "demokratik toplumun gereklerine uygun olması zorunluluğunu"* ifade etmektedir.

5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinde, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacağı belirtilmiştir. Bu tedbirin uygulanacağı suç tipleri de kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. İletişimin denetlenmesi kararını verecek olan yetkili mercii hakim olduğundan, tedbirin uygulanmasının gerekli olup olmadığı dolayısıyla

(27) Dutertre, age, s.344-345

(28) Doğru, Klass ve Diğerleri-Almanya kararı, karar tarihi:06.09.1978, başvuru no:5029/71, e.t:10.11.2008

demokratik toplumda zorunluluk unsurunu inceleyecek olan da hakim olacaktır. Bu nedenle tek başına kanunun, demokratik toplumda zorunluluk ilkesine uygun olup olmadığı belirlemesinin önemli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu kriterin yorumu, özellikle aşağıda inceleyeceğimiz *"orantısallık"* unsuru ile değerlendirildiğinde her somut olayda farklılık gösterebilecektir.

4-Sınırlamanın Orantılı Olması:

Orantılılık ilkesi genel olarak, bireyin hakları ile kamu yararı arasında denge kurulmasını ifade eder. Mahkemenin **Soering-Birleşik Krallık** kararında hatırlattığı gibi *"Sözleşmenin bütününün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarını korumasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır."* [29]

Olsson-İsveç kararında, *"Mahkemenin burada üstlendiği rol, davaya bir bütün olarak bakarak, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için 'ilgili ve yeterli nedenlere' sahip olmadığını ele almaktır"* denilmiştir. Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle birkaç unsurun göz önünde bulundurulmasını gerektiren karmaşık bir süreçtir. Bu unsurlar arasında müdahaleden korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve Devletin yerine getirmeye çalıştığı acil toplumsal ihtiyaç sayılabilir[30].

Orantılılık ilkesinin alt ölçütleri şöyledir: Elverişlilik, gereklilik, ölçülülük[31].

Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılabiliyorsa ya da yaklaşılabiliyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa elverişsizdir[32]. Araştırılması gereken husus, bu tedbire başvurulduğunda işlenen suçla ilgili delil elde edilmesinde veya suçların işlenmesinin önlenmesinde etkinliğin fiilen artıp artmayacağıdır[33].

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından temel haklara en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ve onu kullanmayı ifade eder. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereklidir. İzlenen amaca ulaşmada daha ılımlı başka bir araç mevcut değilse, ancak bu

---

(29) Kilkelly age, s.33

(30) Kilkelly age, s.33

(31) Taşkın Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.265

(32) Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.26

(33) Taşkın, age, s.266

takdirde temel hak ve özgürlüklere müdahale gerekli kabul edilebilir[34]. Buna göre iletişimin denetlenmesi tedbirinin son çare olarak uygulanması gerekir. 5271 sayılı CMK'da başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacağı belirtildiğinden, bu ilkeye uygunluk göstermektedir. Ancak uygulamada son çare olarak değil de, kolay yoldan delil elde etme mantığıyla ilk yol olarak bu tedbire başvurulduğu görülmektedir. Örneğin, birçok dava dosyasında ve benzer şekilde emniyet tutanaklarında, olaya ilişkin istihbaratın önceden edinildiği belirtilmesine rağmen, o dava dosyasında iletişim tutanakları dışında hiçbir aleyhe delil olmadığını görebilmekteyiz. Yani emniyet istihbarat edindiği bir olayda, hazırlık yaparak çeşitli deliller elde edebilecekken, bunu yapmayıp iletişim denetlenmesi talebinde bulunmaktadır ve maalesef hakimlerimiz de kolaylıkla bu kararı vermektedir. Dolayısıyla mevzuat bir yana, uygulamada birçok müdahalenin gereklilik ilkesine uymadığı için orantısal olmadığından ve böylece demokratik toplumda zorunlu olmadığından, Türkiye aleyhine AİHM'de ihlal kararları çıkabileceği kanısındayız.

Ölçülülük ilkesi, bir aracı, ulaşılmak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde olmaması, aracın ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi, aracın ilgililer için katlanılabilir olması şeklinde ifade edilebilir[35]. Müdahale ne kadar kapsamlı ve şiddetli olursa, söz konusu müdahaleyi haklı çıkartmak için gereken nedenlerin o kadar güçlü olması gerektiği açıktır. Örneğin bir anne veya baba ile başkasının bakımında olan çocuğu arasındaki teması yasaklamak için gereken neden, söz konusu teması kısıtlamak için gereken nedenden daha ağır olmalıdır[36]. 5271 sayılı CMK'da her ne kadar son çare prensibine yer veriliyor ve tedbir belirli bir süreyle sınırlandırılıyor olsa da, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, bu sürenin müteaddit defalar uzatılabiliyor olması ölçülülük ilkesine uymamaktadır. Yine iletişimin denetlenmesi türleri arasından, örneğin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi veya iletişimin tespiti ile bir suçun aydınlatılabilmesi mümkün iken iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ölçülü olmayacaktır.

Anayasanın 13. maddesinde de ölçülülük ilkesi yer alarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

---

(34) Erdem Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.205

(35) Metin, age, s.36

(36) Kilkelly, age, s.33

C. 5397 SAYILI KANUNDA ÖNLEME AMAÇLI DENETLENME

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi; istihbari nitelikte olup suçun önlenmesine yöneliktir. CMK'da yer almayan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, 03.07.2005 kabul tarihli ve 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la düzenlenmiştir. Bu kanunla, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na, *"Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK'nın, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Daire Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir"* şeklinde tedbir eklenmiştir.

Yine bu kanunla, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na, *"Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK'nın, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir"* eklemesi yapılmıştır.

5397 sayılı Kanunla aynı şekilde, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na, *"Bu kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir"* cümlesiyle bu tedbir eklenmiştir.

5397 sayılı Kanunla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgileri değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği belirtildiğinden, Sözleşmeyle korunan haberleşme hakkına bir müdahale söz konusudur. 5271 sayılı CMK'nın ilgili maddesini ele alırken, bu müdahalenin Sözleşmenin 8'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu başlıklar halinde ve ayrıntılı olarak ele almıştık. 5397 sayılı Kanunu bu kapsamda, tekrara düşmeden maddeler halinde inceleyelim:

• 5397 sayılı Kanun usulüne göre kabul edilip yürürlüğe konulan yasa niteliğinde bir normdur. Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden, herkese alenidir, gizliliği de yoktur. Bu nedenle *"ulaşılabilirlik"* açısından Mahkeme kriterlerine uygun olduğu açıktır. Ancak kanunda kimlerin, hangi şüphe derecesinde iletişimlerinin denetlenebileceği belirlenmediğinden, kanunun *"öngörülebilirlik"* ilkesine uygun değildir. Bu belirsizlikler, kanunda bulunması gereken "*açıklık*" ilkesine de aykırıdır.

• 5397 sayılı Kanun kapsamında, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa eklenecek fıkralarda, önleme amaçlı denetlemenin amacı, 5271 sayılı CMK'nın, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların önlenmesi olarak belirtilmiştir. Aynı kanunla Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen fıkralarda, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak iletişimin denetlenebileceği hükmü yer almıştır. Nitekim bazı ağır suçların önlenebilmesi ile Sözleşmenin 8'inci maddesinin 2. fıkrasında sayılı meşru amaçlar sağlanacaktır. Bu meşru amaçlardan birisi de suç işlenmesinin önlenmesidir. Bu nedenle, kanun kapsamında ancak suçların önlenmesi için haberleşme hakkına müdahale edilebileceğinden, sınırlandırma için meşru bir amaç söz konusudur.

• 5397 Sayılı Kanunla getirilen hükümlerde, ancak bazı ağır suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenebileceği belirtilmiştir. Yani denetlenmeye elverişli suçlar katalog halinde sayılmıştır, belirlidir. Ancak şüphe derecesinin ne olacağı konusunda kanunda belirsizlik söz konusudur. Yine kanunla getirilen hükümlerde, bu tedbire başka yollardan delil elde edilemediği hallerde, başka bir deyişle son çare olarak başvurulabileceği hususu yer almamaktadır. Bu da son derece önemli bir hakka basit bir kuşkuyla müdahale edilebilmesine ve suçun önlenmesi için zaruri olmadığı halde bu yola başvurulabilmesine imkan sağlayacaktır. Bu nedenlerle ilgili kanun, demokratik toplumda zorunluluk ölçütünü karşılamaktan uzaktır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile son derece ağır suçların işlenmesini önlemek mümkündür. Diğer bir deyişle, istenen amaca ulaşmaya ya da en azından yaklaşmaya etkili bir tedbirdir. Bu nedenle 5397 sayılı Kanunla getirilen hükümler, orantılılık ilkesinin *"elverişlilik"* alt kriterine uygundur. Kanunda *"son çare"* prensibine ise yer verilmemiştir. Yani amaca ulaşmak için en hafif tedbirden başlayarak öncelikle başka tedbirlerin uygulanması; bu yollarla istenen amaca ulaşılamıyorsa, ağır bir ted-

bir olan iletişimin denetlenmesine başvurmak gerekir. Bu kurala uygun bir hüküm yer almadığından, kanunun orantılılık ilkesinin *"gereklilik"* alt kriterini karşılamadığını söyleyebiliriz. Kanun kapsamında tedbir kara-rının, en fazla üç ay için verilebileceği; bu sürenin aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabileceği belirtilmiştir. Tedbirin belirli süreyle sınırlandırılması *"ölçülülük"* ilkesine uygun düşmektedir. Ancak süreyle ilgili aynı hükmün devamına göre, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Bu hususta iki sorunla karşı karşıya bulunmaktayız. Birincisi, tedbirin uygulanacağı sürenin sınırlandırılmaması "*ölçülülük*" kriteriyle bağdaşmamaktadır. İkincisi, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde, henüz suç işlenmediğinden, olası suçun ya da tehlikenin terör örgütü faaliyeti çerçevesinde olup olmadığını kesin olarak öngörmek mümkün değildir. Bu da suçla ilgili yanılgılı bir tahminle, süre yönünden kanunun kendi hükümlerine dahi aykırı bir şekilde tedbirin uygulanması sonucunu doğurabilecektir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, tüm insanları şüpheli görerek ve ülke genelini kapsayacak şekilde uygulanamaz. Bununla ilgili olarak, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Grup Komutanlığı'nın talebi üzerine, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin ülkenin bütününü kapsayacak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2008/874 E-2008/22381 K. sayılı ve 04 Haziran 2008 tarihli kararıyla bozulmuştur. Yargıtay kararında, *"Amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemez" denilmiştir* [37].

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İLETİŞİMİN DENETLENMESİYLE İLGİLİ GÜVENCELER VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

YASALARIN GÜVENCELER İÇERMESİ GEREKLİLİĞİ

İletişimin denetlenmesi için bu tedbire elverişli yasal düzenlemelerin mevcudiyeti, insan haklarının korunması açısından tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda, kişilerin hukuka aykırı yolla iletişimlerinin tespitinin önlenmesi ve zararları olduğu halde tazmin edilebilmesi için de tedbiri düzenleyen kanunların güvenceler içermesi gerekir. Bu husus keyfiliği

(37) Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/874 E-2008/22381 K. sayılı , 04 Haziran 2008 tarihli karar http://www.adalet.org/cbekran.php?id=5479, e.t:15.12.2008

önlemenin ve hukuk devleti olmanın bir gereğidir. **Kruslin-Fransa ve Huvig-Fransa**[38] kararlarında AİHM, telefon dinleme için yalnızca yargıç ve mahkemelerin denetiminin, keyfilik tehlikesi karşısında yeterli güvence olmadığı düşüncesindedir. Mahkeme, Fransa'da telefon dinlemeye ilişkin güvencelerin sadece birkaçının Usul Kanununda yer alması ve diğerlerinin yıllar içinde farklı alanlarda verilen yargısal kararlarda yer almış olması, bunlardan bir kısmının bu olay vesilesiyle iç hukuka girmiş olması, bazılarının iç hukukta açıkça ifade edilmemiş olmasından dolayı yeterli hukuki kesinliğe sahip olmadıklarına kanaat getirmiştir. Mahkeme, Fransa'da hangi kategorideki kişilerin yargısal kararla dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmadığından, telefon dinleme sisteminin çeşitli istismarlara karşı güvenceler içermediğinden müdahalenin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme son yıllarda verdiği kararlarda, yasalarda keyfiliği önleyici güvencelerin olmasını yeterli görmemekte, bu güvencelerin sonuç doğuracak şekilde kullanılmasını da gerekli görmektedir. **Matheron-Fransa** kararında Mahkeme, hakimin iletişimin denetlenmesine karar vermeden önce, gerekli güvencelerin varlığını araştırmasının bir zorunluluk olduğuna karar vermiştir[39].

Tedbirin uygulandığı süre içerisinde tedbire ilişkin kararın açıklanması, tedbirin getiriliş amacı ile bağdaşmayacağı için, CMK m.135/5, tedbire ilişkin karar ve yapılan işlemlerin, tedbir süresince gizli tutulacağını öngörmüştür. Tedbire ilişkin kararın ifşa edilmesi, ayrıca ifşa eden kişi açısından TCK m.258 ve 285'in uygulanmasını gündeme getirir[40].

Hukuksal korunma güvencesinin (Any. m. 36) etkili olarak gerçekleşmesi, tedbirin uygulanmasından sonra ilgiliye, hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır... Bu tedbire ilişkin karar ve işlemler gizli yürütüldüğü için, ilgili, tedbirin uygulanmasından önce veya uygulandığı sırada hakkında böyle bir tedbire başvurulduğunu bilememekte; bu durum, onun hukuksal korunma güvencesinden de fiilen yararlanamaması sonucuna yol açmaktadır. CMK m. 135/5'te, *"bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur"* denilmektedir. 5353 sayılı Kanunla değişik CMK m. 137/4 uyarınca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma

(38) Doğru, Kruslin-Fransa kararı, karar tarihi:24.04.1990, başvuru no:11801/85; Huvig-Fransa kararı, karar tarihi:24.04.1990, başvuru no:11105/84, e.t:10.11.2008

(39) Taşkın, age, s.271

(40) Öztürk-Erdem, age, s.636

evresinin bitiminden (yani iddianamenin mahkemece kabulü tarihinden) itibaren en geç on beş gün içinde C. Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir. Öyle ki, yalnızca şüpheli veya sanığı değil, haberleşmenin karşı tarafı örneğinde olduğu gibi, tedbirle ilgili olan üçüncü kişilere de, bu kişiler biliniyorsa ve soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecekse, bilgi verilmesi gerekir[41].

Türkiye Anayasası'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin korunması"* başlıklı 40. maddesinin 3. fıkrasındaki, *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır"* hükmü gereğince, kanunların da bu maddeye uyar bir şekilde yapılması zorunludur.

CMK 135. maddede *"şüpheli veya sanık"* denilerek hangi kategorideki kişilerin yargısal kararla dinlenebileceğine yer verildiği gibi, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceği de maddede sayılmıştır. Ayrıca *"tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir"* hükmüyle ne kadar süreyle dinleme yapılabileceği de belirtilmiştir. CMK'ya göre iletişimin denetlenmesine yalnızca hakim karar verebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da tedbire karar verebilir ancak karar derhal hakimin onayına sunulacak ve hakim 24 saat içinde karar verecektir. CMK 137. maddede kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi usulüne yer verilmiş olup; dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine ve alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair hükümler mevcuttur. 137.maddeye göre, hakim kararına istinaden Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adlî kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak talep eder ve bu istem derhal yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı'nca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.

CMK 137. maddede hakkında tedbir uygulanan kişinin suçsuzluğu anlaşılırsa veya usulsüz dinleme yapılırsa kayıtların yok edilme usulü de belirtilmiştir. Kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hakim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar

(41) Öztürk, Erdem, age, s.639

Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir.

CMK'da düzenlenen usulü güvencelerin yanı sıra, iletişimin hukuka aykırı bir şekilde denetlenmesi özel hayata karşı suç oluşturacaktır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 132. maddesi uyarınca, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse veya hukuka aykırı olarak ifşa edilirse ceza miktarı artırılarak uygulanacaktır. TCK 133. maddeye göre, kişiler arasındaki görüşmeleri dinleyen veya kayda alan kişi cezalandırılacaktır. Benzer bir şekilde 134. maddede özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Böylelikle kişilerin telefonlarını hukuka aykırı bir şekilde dinleyenler hakkında şikayetçi olunarak cezalandırılması sağlanabileceğinden, çeşitli istismarlara karşı önemli bir güvencedir.

Tedbire ilişkin kararın kanuna aykırı veya hatalı olarak talep edilmesi veya verilmesi durumunda genel hükümler çerçevesinde C. Savcılarından, HUMK 573. maddesi uyarınca Hâkimlerden tazminat talep edilebilecektir[42]. Telefonlarının hukuka aykırı bir şekilde denetlendiği tespit edilen kişilerin, zararlarını devletten talep etmesini sağlayacak tazminat hükmünün CMK'da yer almaması ise önemli bir eksikliktir. CMK'nın 141. maddesine göre tazminat istemi ise ancak yakalama, tutuklama, arama ve el koyma koruma tedbirleriyle ilgili olup, kişi aleyhine ağır bir tedbir olan iletişimin denetlenmesinin haksızlığı halinde bu hükümden faydalanılamayacaktır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı düzenleyen 141. maddenin Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasına uygun bir şekilde genişletilmesinin önemli bir güvence eksikliğini gidereceği kanısındayız. Böylece güvenceler açısından tam olarak AİHM kriterlerine uygunluktan bahsedilebilecektir.

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin 5397 Sayılı Kanun da güvenceler içermekle birlikte, önemli bazı güvencelerin eksikliği de söz konusudur. Tedbir için hakim kararının aranması, tedbire elverişli suç tiplerinin ve tedbir sürelerinin belirli olması, tedbirin ülke çapında tek bir merkezden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yürütülmesi önemli güvenceler iken, tedbirin uygulanacağı kişi kategorisinin belirsiz olması, son çare prensibine yer verilmemesi eleştirilecek hususlardır.

---

(42) Çoksezen Atakan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2006, s.13, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_229.htm, e.t.23.10.2008

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların yok edilmesi usulüne yer verilmesi, kayıtların saklanması ve korunmasındaki gizliliğe aykırı hareket edenler hakkında soruşturma yapılabileceği, usul ve esaslara aykırı dinlemelerin hukuken geçerli sayılmayacağı ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında TCK hükümlerine göre işlem yapılacağı hususlarına da yer verilmesi AİHM ölçütleri açısından önemli güvencelerdir.

SONUÇ

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın verilerine göre, Türkiye'de bir yılda yargı kararıyla kayda alınan dinlemelerin sayısı nüfusun binde biri, yani yargı kararıyla 70 bin kişinin telefonu dinleniyor[43]. Bu sayının uygulamada çok daha fazla olduğu kanaatindeyiz. En çok politik ve istihbarat amaçlı dinleme olmakla beraber özel ilişkiler nedeniyle de dinleme yapılabiliyor. Özel kişilerin de casus yazılımlarla dinleme yapabilmesi karşısında, Devlet hakka yönelik üçüncü kişilerin müdahalesine karşı önlem almadığından, pozitif yükümlülüğünü yerine getiremiyor.

Kanunlarda iletişimin denetlenmesine elverişli suç tipleri katalog halinde sayılmasına rağmen, bu tedbirden faydalanmak için suç vasfında bilinçli olarak yanılmaya düşüldüğü ve böylece suç tiplerinin genişletilerek uygulandığı görülmektedir. Mesela bir olayda işlenen suçun *"örgüt propagandası"* suçu olduğu mevcut delillere göre çok açık belli olmasına rağmen, bu suç tipinde dinleme yapılamadığından soruşturma dosyası *"örgüt üyeliği"* üzerinden yürütülerek kanuna karşı hile yoluyla dinleme yapılabilmektedir.

Tedbire ilişkin hakim kararlarının sözleşmeye uygun bir şekilde yasallık, meşru amaç, demokratik toplumda zorunluluk ve orantısallık ilkeleri ışığında incelenerek ayrıntılı gerekçeler yer alması gerekirken, matbu cümlelerle ve gerekçesi açıklanmadan kararlar verilmektedir. Kararlarda kuvvetli suç şüphesinin varlığı somut nedenlerle açıklanmadığı gibi, başka surette delil elde edilemediğinin ispat edilememiş olması da uygulamada önemli sorunlardır. Tedbire son çare değil kolay yoldan ilk çare olarak başvurulmakta ve hatta çoğu zaman başlangıç delili olmaktadır. Terör suçlarında tedbir süresinin müteaddit defalar uzatılması keyfiliğe yol açmaktadır. Telefon kayıtları belirti delili olmasına rağmen, başka deliller olmaksızın yalnızca bu kayıtlara dayanılarak kişiler hakkında mahkumiyet kararı veriliyor olması da uygulamada keyfiliğin önünü açmaktadır. Uygulamada genellikle konuşmanın dinlemeye alınması ile

(43) http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/110691/yargi-karariyla-70-bin-kisinin-telefonu-dinleniyor?from=rss, e.t: 28.01.2009

yetinilmemekte; önce konuşma otomatik olarak kaydedilmekte ve daha sonra da (gerektiğinde parça parça) yazılı olarak tutanağa geçirilmektedir. Müdafi de dosyayı inceleme hakkı çerçevesinde (m.153 CMK) kayıtların orijinalini inceleyebilir[44]. Uygulamada avukatlar, yalnızca dava dosyasından çözüm tutanaklarına erişebilmekte, asıl kayıtlara ulaşamamaktadır. Bu da konuşmanın bütünlüğüne ulaşılıp ulaşılmadığı, ekleme veya çıkarmalar yapılıp yapılmadığının taraflarca incelenememesi sonucunu beraberinde getirmektedir.

Suçla, soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olmayan, günlük konuşmaları içeren özel hayata ilişkin kayıtların dosyadan çıkarılmaması, yok edilmemesi de önemli ihlaller arasındadır. Hukuka aykırı olarak elde edilen, mesela katalog suçlar haricindeki dinlemelerin kayıtlarının talebe rağmen dosyadan çıkarılmaması da benzer sorunlar arasındadır. Tanıklıktan çekinebilecek kimselerle yapılan görüşmelerin, kayıt işlemleri sırasında belli olmasına rağmen, dinlemeye devam edilmesi, bu kişiler olduğu anlaşıldığı halde de soruşturma ve kovuşturmada bu görüşmelerin dosyadan çıkarılmaması, yok edilmemesi özel hayata önemli bir müdahaledir ve ihlal niteliğindedir. Kanuna rağmen, dinleme yapıldığına dair geri bildirim yapılmaması ise zaten gizli olan dinlemelerden şahısların haberdar olamamasına; böylece hukuk yollarına başvurma hakkının elinden alınmasına neden olmaktadır. Haksız dinleme halinde tazminatın CMK'da düzenlenmemiş olması da Anayasaya ve AİHM ölçütlerine aykırılık oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

BALTACI Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ÇOKSEZEN Atakan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2006, http://www.turkhukuksitesi.com /makale_229.htm, e.t.23.10.2008

DİNÇ Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği, Mayıs 2006.

DOĞAN Yusuf Hakkı, Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri adlı makale, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc, e.t:10.12.2008

DOĞRU Osman, Türkçe Kararlar, www.ihami.anadolu.edu.tr, erişim tarihi:10.11.2008

DUTERTRE Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2003.

ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

(44) Öztürk-Erdem, age, s. 638

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında "Demokratik Toplum Ölçütü", Vedat Kitapçılık, Ankara 2005.

KİLKELLY Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Avrupa Konseyi, Eylül 2007.

METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

ÖZTÜRK Bahri-ERDEM M.Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ŞEN Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme -Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

TAŞKIN Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-SANCAKDAR Ruhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

http://www.adalet.org/cbekran.php?id=5479, e.t:15.12.2008

http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/110691/yargi-karariyla-70-bin-kisinin-telefonu-dinleniyor?from=rss, e.t: 28.01.2009

http://www.guncelhaber.com/Spor/teknoloji/tek-tikla-cep-telefonu-dinle-155486.htm, e.t:18.12.2008

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USÛL HUKUKU HAKKINDA KANUN'UN ZAMAN İTİBARİYLE UYGULANMA ALANI

Dr. Emre ESEN*

I. Giriş

Yeni düzenlemeler getiren yahut eski düzenlemelerde değişiklik yapan kanunların, zaman itibariyle uygulanma alanlarını tayin etmelerinin bir zorunluluk olduğu iddia edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, kanunlar ihtilâfı kurallarını tanzim eden kanunlarda değişiklik yapıldığında da, yabancılık unsuru taşıyan meselelerde yeni kanunlar ihtilâfı kurallarının mı yoksa eski kanunlar ihtilâfı kurallarının mı uygulanacağı açıkça tayin edilmelidir[1]. 2675 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmak suretiyle 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun[2] [MÖHUK], yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğini öngören 65. maddesi dışında, zaman itibariyle uygulanma alanını tayin eden herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. 22.11.1982'de yürürlüğe giren mülga 2675 sayılı MÖHUK[3]'da da bu tarz hükümler yer almıyordu. 1982'den önce Türk Hukuku'nda, yabancılık unsuru içeren işlem ve ilişkilere uygulanacak hukukun tayininde kullanılan "*Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun*"un 4. maddesi o derece yetersizdi ki, bu Kanunu yürürlükten kaldırmak suretiyle yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'da intikal hükümlerine yer verilmesine muhtemelen lüzum duyulmamıştı. Bununla birlikte tatbikatta Muvakkat Kanun'un uygulanmasıyla verilen kararlarla ilgili olarak, kazanılmış hakların saklı tutulduğu ve yürümekte olan davaların da eski kanuna göre devam ettiği belirtilmektedir[4]. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK ile yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK arasında vuku bulabilecek bir zamanlar arası kanunlar ihtilâfı probleminin nasıl giderilmesi gerektiği sorusu gündeme gelmiştir.

5718 sayılı MÖHUK'da yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilere ilişkin olmak kaydıyla hem usûl hukuku sahasına ait kurallar hem de maddî hukuk meselelerinde uygulanacak hukuku gösteren türden kurallar (kanunlar ihtilâfı kuralları) yer aldığı ve bu iki tür kural nitelik itibariyle birbirinden farklılık arz ettiği için, meselenin çözümü bakımından öncelikle bu kurallar arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

---

* *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı [emredive@yahoo.com]*

*(1) SIEHR Kurt, "Intertemporales Recht im IPR", **MHB 2003/1–2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan**, s.656–657.*

(2) RG: 12.12.2007–26728.

(3) RG: 22.5.1982–17701.

*(4) ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk,** 8. Bası, İstanbul, 2007, s.168.*

II. Usûl Hukuku Sahasına Ait Kurallar

Usûl hukuku kuralları, ülkedeki yargılama düzenine ilişkin olmaları ve bu itibarla kamu düzenine ilişkin bulunmaları nedeniyle, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren henüz karara bağlanmamış işlemlerde resen ve derhal uygulanmaları gerekir[5]. 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan usûlî hükümler, haklarında bir intikal düzenlemesinin getirilmemiş olması karşısında bu prensibe tâbi olacaktır. Türk usûl hukukunun temel prensiplerinden biri olduğu ifade edilen[6] bu prensibin uygulanması bakımından, tâbi olduğu usûl kuralında değişiklik yapılan usûlî işlemin karara bağlandığı an esas alınmalıdır.

Mahkemelerin yer itibariyle yetkisi gibi, sadece belirli bir usûlî işleme dair kuralların değişmesi durumunda, yargılama esnasında o işlemin karara bağlanmış olup olmadığı esas alınacak ve o işlem karara bağlanmadan evvel meydana gelen değişiklikler nazara alınacaktır; aynı noktadan hareketle, o işlem karara bağlandıktan sonra o işleme ilişkin usûlî düzenlemelerde meydana gelen değişiklikler nazara alınmayacaktır. Usûl hukuku kuralları hakkındaki genel intikal prensibinin tatbiki, önceki Kanun döneminde Türk mahkemelerine milletlerarası yetki veren bir kanun hükmüne istinaden yetkili bir Türk mahkemesinde açılan davada, sonraki Kanun hükümlerinin artık o yer mahkemesine milletlerarası yetki vermediği itirazının kabulüne engel teşkil eder. Bu anlayışla paralellik arz eden İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG) m.197'ye göre de, yeni Kanun'un yürürlüğe girişi esnasında derdest olan dava veya talepler hakkında yetkili İsviçre mahkemeleri veya makamları, yeni Kanun'a göre yetkili olmasalar dahi, yetkili olmaya devam ederler. Yeni Kanun'un yürürlüğe girişinden önce yetkisiz İsviçre mahkemeleri veya makamları önünde ileri sürülmüş ve yetkisizlik sebebiyle reddedilmiş olan dava veya talepler, bahse konu mahkeme veya makamların yeni Kanun'a göre yetkili olması hâlinde, yeni Kanun'un yürürlüğe girişinden sonra aynı mahkeme veya makamlar önünde yeniden ileri sürülebilirler.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında tanıma ve tenfiz şartlarının değişmesi hâlinde ise, ilk derece mahkemesinin kararının verildiği an esas alınmalı ve henüz ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanmamış bir tenfiz davası derdestken tenfiz şartlarında meydana gelen değişikliğe uyulmak suretiyle tenfiz talebi yeni tenfiz şartlarına göre karara bağlanmalıdır. Bu itibarla 2675 sayılı MÖHUK

---

(5) ŞANLI Cemal, ***Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,*** *3. Bası, İstanbul, 2005, s.240; ŞANLI Cemal, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu",* ***MHB 2003/1–2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan,*** *s.688.*

(6) ŞANLI ***(Tekinalp'e Armağan)*** *s.692*

döneminde açılmış ve 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdiği tarihte henüz ilk derece mahkemesi tarafından hükme bağlanmamış bir tenfiz davasında, yabancı kararın tenfiz edilip edilemeyeceği, 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan tenfiz şartları çerçevesinde tayin edilecektir. Buna karşılık, 2675 sayılı MÖHUK döneminde alt mahkeme tarafından tenfizine hükmedilmiş bir yabancı kararın icrası, tenfizin 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan tenfiz şartlarına uygun olmadığı gerekçesiyle engellenemeyecektir. Varılan sonuç, İsviçre hukukunda yabancı ilâmların tanınması ve tenfizine ilişkin olup yeni Kanun'un yürürlüğe girişi esnasında derdest olan talepler hakkında, yeni Kanun'un tanıma ve tenfiz hükümlerinin uygulanacağını öngören İsviçre IPRG m.199 hükmüyle de paralellik arz etmektedir.

III. Kanunlar İhtilâfı Kuralları

Kanunlar ihtilâfı kuralları, mahiyetleri itibariyle özel hukuk kurallarıdır. Prensip olarak, özel hukuk kuralları geriye etkili (makable şamil) değildir. Bu itibarla, kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını tayin edebilmek için, önceki kanun döneminde doğan ve sona eren işlem ve ilişkiler, önceki kanun döneminde doğan ve hâlen devam eden ilişkiler ile bütünüyle sonraki kanun döneminde gerçekleşen işlem ve ilişkiler arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir[7].

A. Önceki Kanun Döneminde Doğan ve Sona Eren İşlem veya İlişkiler

5718 sayılı MÖHUK, ihtiva ettiği kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını tayin etmemiştir. Kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını tayin eden yasal düzenlemelere örnek teşkil eden, Alman hukukunda milletlerarası özel hukuka ilişkin 25.7.1986 tarihli yasal düzenlemeye dair intikal hükmü olan EGBGB m.220'de yer alan genel prensip uyarınca, 1.9.1986 tarihinden önce tamamlanmış olaylar hakkında, önceki milletlerarası özel hukuk kanunu uygulanır. Özdeş mahiyet arz eden İsviçre IPRG m.196'ya göre, hukukî olay veya fiillerin bu Kanun'un yürürlüğe girişinden önce doğan hukukî sonuçları, önceki Kanuna göre hükme bağlanır.

Kanunlar ihtilâfı kurallarında değişiklik yapılması hâlinde, Alman EGBGB m.220 veya İsviçre IPRG m.196–199'daki gibi intikal hükümlerinin mevcut olmaması hâlinde, zamanlararası hukukun genel prensipleri uyarınca sonuca varılması gerektiğini savunan görüş[8] uyarınca, 5718 sayılı MÖHUK hakkında intikal hükümleri getirilmediği için, genel nitelikteki intikal hükümleri, yani 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve

---

(7) ÇELİKEL/ERDEM s.167.

(8) NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul, 2008, s.30.

Uygulama Şekli Hakkında Kanun[9] hükümleri, yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK ile yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'un zaman bakımından uygulanma alanını belirleyecektir. Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, "*Geçmişe etkili olmama kuralı*" başlığını taşıyan kısmını teşkil eden m.1/I ve II uyarınca: *"Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi Kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o Kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir."* Görüldüğü üzere, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları hakkında, Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da yer alan intikal hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşün kabulü hâlinde, önceki kanun döneminde doğan ve sona eren işlem ve ilişkiler bakımından Alman ve İsviçre devletler özel hukuku yasalarında yer verilen anlayışla örtüşen bir sonuç elde edilmiş olacaktır.

Bu yaklaşımı örneklendirmek gerekirse: eski Kanun döneminde gerçekleşen bir evlenme akdinin geçerliliğine uygulanacak hukukun, yeni Kanuna göre belirlenmesi söz konusu değildir[10]. Aksine bir tutum ne mantıklı ne de hakkaniyetli olur. Zira yabancılık unsuru taşıyan bir evlenme akdinin taraflarından beklenen, evlenme akdi yapıldığı esnada yürürlükte olan kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuklarda öngörülen ehliyet ve şartlara sahip olmalarıdır. Kanunlar ihtilâfı kurallarında, evlenme akdinin inikadından sonra meydana gelebilecek değişiklikleri öngörmeleri ve buna göre hareket etmeleri beklenemez. Benzer şekilde, soybağını kuran işlemin geçerliliğini tayin edecek hukuk, bu işlemin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca belirlenmelidir.

Önceki kanun döneminde doğan ve sona eren işlem (veya ilişki) tabirinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doğabilecek tereddütler, zamanlararası kanunlar ihtilâfı hukuku bağlamında birer vasıflandırma problemi teşkil edecek ve lex foriye göre giderilecektir[11].

Önceki kanun döneminde doğan ve sona eren işlem veya ilişkilere uygulanacak hukuk, işlem veya ilişkinin sona erdiği anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralına göre belirlenir. Örneğin bir mirasbırakan, 2675 sayılı MÖHUK döneminde öldüğü takdirde, kimlerin mirasçı

---

(9) RG: 08.12.2001–24607.
(10) NOMER/ŞANLI s.30.
(11) SIEHR s.657.

olduğunu tayin edecek hukuk, 2675 sayılı MÖHUK'da yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tayin olunur ve mirasın açılması veya terekenin mirasçılara intikali bu bakımdan herhangi bir rol oynamaz[12].

B. Önceki Kanun Döneminde Doğan ve Hâlen Devam Eden İşlem veya İlişkiler

İsviçre IPRG m.196'ya göre, hukukî olay veya fiillerin, yeni Kanun'un yürürlüğe girişinden önce doğmuş bulunan ve hâlen devam eden hukukî sonuçları, yeni Kanun'un yürürlüğe girişiyle birlikte yeni Kanun'a göre belirlenir. Türk Devletler Özel Hukukunda, 5718 sayılı MÖHUK'un ihtiva ettiği kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını tayin etmemesinden kaynaklanan boşluğun doldurulmasında müracaat edilmesi gerektiği öne sürülen[13], Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, "*Geçmişe etkili olma*" başlığını taşıyan kısmının ilk maddesi olan ve *"Kazanılmamış haklar*" başlığını taşıyan 4. madde uyarınca: "*Eski hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümleri uygulanır.*"

Davanın açıldığı tarihi esas alan görüşe göre ise, kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından getirilmiş intikal hükümlerinin bulunmaması hâlinde, sorun, kanunların geçmişe etkili olamayacağı hakkındaki genel hukuk prensibine bağlı olarak çözümlenmeli ve meselâ boşanmanın tâbi olduğu kanunlar ihtilâfı kuralı değiştiğinde yeni kanunlar ihtilâfı kuralı, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak boşanma davalarında uygulanmalıdır. Eski kanuna göre elde edilmiş boşanmalar ise saklı olacaktır. Taraflar arasında önceki hukuka göre kurulmuş olan hukukî statüden doğan ilişkiler de yeni hukuka tâbi olacaktır. Meselâ kocanın karısına karşı nafaka borcu, uyuşmazlığın çıktığı anda yürürlükte bulunan hukuka tâbidir[14].

Eski Kanun döneminde gerçekleşen bir evlenme akdinin geçerliliğine uygulanacak hukukun, eski Kanunda yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştik. Bununla birlikte, eski Kanun döneminde gerçekleştirdikleri evlenme akdiyle "*eş*" sıfatını kazanan kişilerin yeni Kanun döneminde ortaya çıkan karşılıklı hak ve yükümlülüklerine tatbik edilecek hukukun, yeni Kanuna göre tayin olunması gerektiği iddia edilmektedir[15]. Bize göre ise, hak veya yükümlülüğün ortaya çıkma ânı değil, fakat hak veya yükümlülüğe ilişkin işlemin tamamlanma

(12) SIEHR s.650.
(13) NOMER/ŞANLI s.30.
(14) ÇELİKEL/ERDEM s.28.
(15) NOMER/ŞANLI s.30.

ânı esas alınmalı ve misâl olarak eşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğü konusunda, nafaka ödenmesine hükmeden kararın verildiği anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı uygulanmalıdır. Benzer şekilde, soybağı ilişkisinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklere ilişkin işlemlerde de, soybağı hangi kanun yürürlükteyken kurulmuş olursa olsun, bahse konu hak ve yükümlülüğe ilişkin münferit işlemin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı tatbik edilmelidir.

Yürürlükten kaldırılan kanun döneminde başlamakla birlikte, yürürlüğe giren kanun döneminde süregiden işlem veya ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesinde sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için, uygulanacak hukukun sübjektif bağlama kuralları tarafından tayin olunması ile objektif bağlama kuralları tarafından tayin olunması arasında ayrıma gidilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, misâl olarak evlilik mallarına uygulanacak hukuk eşler tarafından seçilmişse, evlilik mal statüsü, taraflarca yeni bir sözleşmeyle değiştirilene yahut evlilik sona erene dek varlığını muhafaza eder. Bu netice, uygulanacak hukukun sübjektif bağlama kuralları tarafından yani taraflarca tayin edilmesine ilişkin zamanlararası kanunlar ihtilâfı hukuku prensibini de ifade etmiş olmaktadır: Süregiden nitelik taşıyan işlem ve ilişkilerin tâbi olduğu hukuk, taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerden etkilenmez. Aynı görüş uyarınca, uygulanacak hukukun, objektif bağlama kuralları tarafından tayin olunması hâlinde ise, statü değişikliklerinde uygulanan kurala paralel bir yaklaşım söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, değişiklik yapılan kanunlar ihtilâfı kuralı, (mirasbırakanın ölüm ânı gibi) belirli bir andaki hukukun uygulanmasını öngörüyorsa, o anda yürürlükte olan kanunlar ihtilâfı kuralı uygulanmalı ve kanunlar ihtilâfı kuralında meydana gelen değişiklik nazara alınmamalıdır. Buna karşılık, belirli bir andaki hukukun uygulanmasını öngörmeyen kanunlar ihtilâfı kurallarında vuku bulan değişikliklerin nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir[16].

Hukuk seçimine öncelik tanınan konularda aslolan taraf iradesi olduğu için, taraflarca seçilen hukukun, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerden etkilenmeyeceğini savunan görüşe katılmaktayız. Buna karşılık, objektif kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerde, değişikliğe konu teşkil eden kanunlar ihtilâfı kuralı belirli bir andaki hukukun uygulanmasını öngördüğü takdirde o anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanmasını savunan görüşe iştirak etmiyoruz. Örneğin evlilik mallarına uygulanacak hukuku tayin eden

(16) SIEHR s.658–660.

objektif bağlama kural, evlilik tarihindeki hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Buna karşılık bize göre, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler bakımından, evlilik mallarına ilişkin her bir işlem müstakil olarak ele alınmalı ve işlemin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralına tâbi olmalıdır. Benzer şekilde, soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku tayin eden kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca çocuğun doğumu ânındaki hukuk tatbik edilmeliyken, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler bakımından ise soybağını kuran işlemin tamamlandığı esnada yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanmalıdır. Meselâ 2005 yılında doğan bir çocuğa ilişkin olarak 2008 yılında tanıma işlemiyle kurulan bir soybağı ilişkisinin geçerliliği hakkında 2009 yılında Türk mahkemelerinde dava açıldığında; statü değişikliklerindeki kurala paralel olarak hareket edilmesi gerektiğini savunan görüşün kabulü hâlinde 2675 sayılı MÖHUK'un; bizim savunduğumuz, soybağını kuran işlemin tamamlandığı esnada yürürlükte bulunan 5718 sayılı MÖHUK'un uygulanması söz konusu olacaktır.

C. Sonradan Vuku Bulan İşlem veya İlişkiler

5718 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra vuku bulan ve yabancılık unsuru taşıyan işlem veya ilişkilere uygulanacak hukukun tayininde 5718 sayılı MÖHUK'un esas alınacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Nitekim Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, "*Geçmişe etkili olmama kuralı*" başlığını taşıyan kısmını teşkil eden m.1/III uyarınca: "*Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmüş ayrık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.*"

D. 5718 Sayılı MÖHUK'da Yer Alan Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanma Alanı

1. Genel Olarak

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'daki kanunlar ihtilâfı kurallarının bir kısmı 5718 sayılı MÖHUK'da da aynen muhafaza edilmiştir. Hukukî işlemlerin şekline (m.8), zamanaşımına (m.9), -işlem güvenliği prensibi hariç olmak üzere- ehliyete (m.9), vesayet-hacir-kayyımlık konularına (m.10), gaipliğe ve ölmüş sayılmaya (m.11), nişanlılığa (m.12), evlenme ehliyet ve şartlarına (m.13/I), evlenmenin şekline (m.13/II), boşanmada nafakaya (m.14/II), boşanmada velâyete (m.14/III), boşanmada geçici tedbir taleplerine (m.14/IV), mirasa (m.20) ve aynî haklara (m.21) ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları, mülga 2675 sayılı MÖHUK'da da aynen yer almaktaydı. Pratikte bu kurallar bakımından, bu çalışmaya konu teşkil eden mesele bağlamında bir problemle karşılaşmak olası değildir.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da yer almayan yahut yer almakla birlikte değişikliğe uğrayan kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından ise zamanlararası kanunlar ihtilâfı problemlerinin gündeme gelmesi olasıdır.

2. İşlem Güvenliği Prensibi

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da sadece Türkiye'de yapılan işlemler bakımından geçerli olan işlem güvenliği prensibi, 5718 sayılı MÖHUK'da genel hâle getirilmiştir. Dava tarihini esas alan görüşün kabulü hâlinde, işlem hangi kanun yürürlükteyken yapılmış olursa olsun, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanacaktır. İşlemin tamamlandığı ânı esas alan görüşün kabulü hâlinde ise, dava hangi kanun yürürlükteyken açılmış olursa olsun, işlemin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı uygulanmalıdır. Aslında işlem güvenliği prensibinin hizmet ettiği amaca bakıldığında, prensibin geçmişe yürümesinde fayda bulunduğu sonucuna varılabilir. Ne var ki bunu öngören açık bir hükmün yokluğu, bu yönde bir uygulamaya engel teşkil eder. Aslolan, hukuk güvenliğini sağlayan en temel prensiplerden biri olarak, kanunların geçmişe yürümemesidir ve aksinin kabulü ancak açık bir kanunî düzenlemeyle söz konusu olabilir. Bu itibarla, mevcut kanunî düzenleme çerçevesinde varılacak sonuç, dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, işlemin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının tatbik edilmesi gerektiğidir.

3. Evlenmenin Genel Hükümleri

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleyen kural, 5718 sayılı MÖHUK'da değişikliğe uğramıştır. Bu konuya ilişkin olarak daha önce beyan ettiğimiz görüşü kısaca tekrar edelim: eski Kanun döneminde gerçekleşen bir evlenme akdinin geçerliliğine uygulanacak hukuk, eski Kanunda yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmeli; eski Kanun döneminde gerçekleştirdikleri evlenme akdiyle "*eş*" sıfatını kazanan kişilerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin işlemlerde tatbik edilecek hukuk, her bir işlemin tamamlandığı esnada yürürlükte bulunan Kanuna göre tayin edilmelidir.

4. Boşanma Sebep ve Hükümleri

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, boşanma sebep ve hükümlerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilâfı kuralı, 5718 sayılı MÖHUK'da değiştirilmiştir. Dava ânını esas alan görüşün uygulanma alanı bulması en muhtemel meselelerden biri olan boşanma konusunda, kanımızca, boşanma kararının verildiği an esas alınmalıdır. Çünkü bize göre aslolan, işlemin tamamlandığı tarihtir ve boşanma işlemi de boşanma kararı verilmesiyle tamamlanmış olur. Burada tereddüt doğurabilecek olan husus, dava açıldıktan ve belirli bir safhaya geldikten sonra kanunlar ihtilâfı kuralında

meydana gelen değişikliğin nazara alınmasının doğuracağı zorluklardır. Örneğin İsviçre IPRG m.198 hükmü, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerin derdest davalar bakımından uygulanabilmesini, değişikliğin, temyiz aşamasına kadarki süreç içerisinde gerçekleşmesi şartına bağlamıştır. İşlemin tamamlandığı ânın esas alınması durumunda, boşanma işleminin ilk derece mahkemesince karara bağlanmasıyla tamamlanması itibariyle Türk devletler özel hukuku bakımından da, İsviçre Hukuku'nda yer alan düzenlemeyle özdeş bir sonuca varılacaktır.

5. Evlilik Malları

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralı, 5718 sayılı MÖHUK'da değiştirilmiştir. Evlilik mallarına uygulanacak hukuku tayinde öncelik eşlerin seçimine bırakıldığı ve hukuk seçimine öncelik tanınan konularda aslolan taraf iradesi olduğu için, taraflarca seçilen hukukun, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerden etkilenmeyeceğini savunan görüşe katıldığımızı burada tekrar belirtmekte yarar görmekteyiz. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun, objektif kanunlar ihtilâfı kuralları doğrultusunda tayin edilmesi hâlinde ise, evlilik mallarına ilişkin her bir işlemin müstakil olarak ele alınması ve işlemin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarına tâbi olması gerektiği kanısındayız.

6. Soybağının Kurulması ve Hükümleri

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, nesebe ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları, 5718 sayılı MÖHUK'da köklü değişikliklere uğramıştır. Bu konuya ilişkin olarak evvelce açıkladığımız görüşü yineleyelim: mülga Kanun döneminde soybağını kuran işlemin geçerliliğini tayin edecek hukuk, bu işlemin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca belirlenmeli; mülga Kanun döneminde kurulan soybağından kaynaklanan hak veya yükümlülüklere ilişkin işlemlere uygulanacak hukuk ise, her bir işlemin tamamlandığı anda yürürlükte bulunan Kanuna göre tayin edilmelidir.

7. Nafaka

Nafakaya uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK'da, mülga 2675 sayılı MÖHUK'dan farklı tanzim edilmiştir. Nafaka ilişkisi, mahkemece nafakaya hükmedilmesiyle kurulmuş olur. Bu itibarla, alt mahkeme tarafından nafakaya hükmedildiği anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralları tatbik edilmelidir. Bir başka ifadeyle, alt mahkemece nafaka hakkındaki karar verilene kadar vuku bulan değişiklikler nazara alınmalıdır.

8. Taşıma Araçları Üzerindeki Aynî Haklar ve Fikrî Mülkiyet Hakları

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da yer almayan, taşıma araçları üzerindeki aynî haklara ve fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak 5718 sayılı MÖHUK'da yeni kanunlar ihtilâfı kuralları öngörülmüştür. Bu hususlarda da işlemin tamamlandığı anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması gerektiği kanısındayız. Yani taşıma araçlarını yahut fikrî mülkiyet haklarını konu alan aynî hak işlemlerine uygulanacak hukuk, işlemin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarınca belirlenmeli ve işlem tamamlandıktan sonra bu kurallarda meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmemelidir.

9. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, her türlü sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilâfı kuralı, 5718 sayılı MÖHUK'da hem değişikliğe uğramış hem de bazı özel borç ilişkileri ve ifanın gerçekleştirilme biçimi gibi bazı hususlara ilişkin özel kanunlar ihtilâfı kuralları getirilmiştir. Sözleşmenin şeklî ve maddî geçerliliğini yahut tarafların ehliyetleri bakımından geçerliliği tayin edecek olan hukuk, sözleşme akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmelidir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk taraflarca tayin edilmişse, yani bir hukuk seçimi söz konusu ise, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler sözleşmeye uygulanacak hukuku etkilemez. Sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları çerçevesinde tayini söz konusu ise, sözleşmenin akdedildiği tarihin esas alınması ve bu tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması gerektiği kanısındayız. Aynı yönde bir düzenleme ihtiva eden Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu §50 uyarınca, 1980 tarihli Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyonun kapsamına girmeyen borç ilişkilerine ilişkin §35 hükmü 1.12.1998 tarihinde yürürlüğe girer ve 30.11.1998 tarihinden sonra akdedilen sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanır. Bu düzenleme de, akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını tayin ederken, akdin inikadı (sözleşmenin kurulması) ânını esas almaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'da yer verilen, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin m.31 ve ifanın gerçekleştirilme biçimine ilişkin m.33 hükümleri bakımından ise bir sorun doğması muhtemel değildir. Zira 2675 sayılı MÖHUK döneminde dahi, bahse konu meselelerin mahiyetleri itibariyle, 5718 sayılı MÖHUK'da yer verilen kanunlar ihtilâfı kurallarıyla özdeş prensipler uygulanmaktaydı.

10. Haksız Fiiller

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'da, haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen kurala, 5718 sayılı MÖHUK'da bazı eklemeler yapılmış ve bazı özel haksız fiil tipleri için özel kanunlar ihtilâfı kuralları tanzim edilmiştir. Almanya ve İsviçre devletler özel hukuku kanunlarında yer verilen anlayışla paralellik arz eden görüşün kabulü suretiyle, Türk Medenî Kanunu'na ilişkin intikal hükümlerinin tatbiki hâlinde, işlem veya olayın tamamlanma ânı esas alınacağından ve haksız fiillerde, haksız fiilin vuku bulması, haksız fiilin tamamlanması anlamına geldiğinden, zarar tarihinin veya dava tarihinin değil, haksız fiilin vuku bulduğu tarihin esas alınması ve o tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması gerektiği kanısındayız. Yani dava hangi kanun yürürlükteyken açılmış olursa olsun, haksız fiilin vuku bulduğu tarihte yürürlükte olan kanunlar ihtilâfı kuralı uygulanmalıdır.

IV. Sonuç

5718 sayılı MÖHUK'da yer alan *usûl hukuku kuralları*, prensip olarak usûl hukuku kurallarının kamu düzenine ilişkin olmaları ve yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren henüz karara bağlanmamış işlemlerde resen uygulanmaları itibariyle, yürürlüğe girdikleri andan itibaren henüz karara bağlanmamış işlemlerde uygulanma alanı bulurlar.

• 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan *kanunlar ihtilâfı kuralları* bakımından ise bazı ayrımların yapılması zorunludur:

• 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce tamamlanmış işlemler bakımından, işlemin tamamlandığı esnada yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralı uygulanmalıdır;

• 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşen işlemler bakımından 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan bağlama kuralları uygulanmalıdır;

• 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce başlamakla birlikte 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten sonra da devam eden işlem ve ilişkiler bakımından ise, söz konusu işlem veya ilişkiye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları veya subjektif bağlama kuralları tarafından tayin olunması arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.

• 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce başlamakla birlikte 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten sonra da devam eden işlem ve ilişkilere uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişikliklerin hüküm ifade etmemesi gerektiği kanısındayız.

• 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce başlamakla birlikte 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten sonra da devam eden işlem ve

ilişkilere uygulanacak hukukun objektif kanunlar ihtilâfı kuralları tarafından tayin olunması hâlinde, her bir işlem tamamlandığı anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması gerektiği kanısındayız. Bu itibarla, objektif bağlama kuralında meydana gelen değişikliklerde, değişikliğe konu teşkil eden kanunlar ihtilâfı kuralı belirli bir andaki hukukun uygulanmasını öngördüğü takdirde o anda yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanmasını savunan görüşe katılmamaktayız. Zira, misâl olarak evlilik mallarına uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama kuralı, evlilik tarihindeki hukukun uygulanmasını öngörmekteyken; kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler bakımından, evlilik mallarına ilişkin her bir işlemin müstakil olarak ele alınması ve işlem tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralına tâbi olması gerektiği kanısındayız. Benzer şekilde, soybağının hükümlerini soybağını kuran hukuka tâbi kılan hüküm uyarınca, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk her hâlükârda çocuğun doğum ânını esas almaktadır. Buna karşılık, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku tayin eden kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler bakımından doğum ânındaki değil, soybağına ilişkin hak ve yükümlülüğün doğduğu tarihte yürürlükte bulunan kanunlar ihtilâfı kuralına göre belirlenmesi gerektiği kanısındayız.

Kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanı hakkında yasal hükümlere sahip bulunan Alman, İsviçre ve Avusturya hukukları incelendiğinde, bu hukuklarda yer alan yasal düzenlemelerin, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması hâlinde ortaya çıkacak sonuçlarla özdeş hükümlere sahip olduğu görülmüştür. Bu itibarla 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını düzenleyen intikal hükümlerinin bulunmayışı bir boşluk teşkil etmekle birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması bu boşluğu yeterli ölçüde doldurmaktadır.

MİLLİ ARAMA HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

Betül ASLAN*

A- KAVRAM

1- Tanım

Arama kavramı bir kişinin ve/veya bir eşyanın belirli koşulların oluşması durumunda belli bir yerde araştırılması olarak ifade edilebibilir[1]. Kavram, içerisinde saklı olma unsurunu barındırır. Hukukun rolü ise aramanın koşullarının, özne ve nesne konumundaki şahısların yasada betimlenerek arama işlemine meşruluk kazandırılması yönündedir. Amaç işlenmiş bir suçun delillerin veya müsadere edilecek eşyaların tespiti veya suç işlenmesi yönünde tehlikelilik halinin suça dönüşmesinin önlenmesi bağlamında belirginleşir[2].

Aranma işlemi genel olarak Ceza Muhakemesi Hukuku içerisinde hakkaniyetin gerçekleşmesi amacıyla maddi gerçeğe ulaşma istikametine katkıda bulunmakla birlikte, ilgili ülke hukukunun çerçevesini çizen Anayasa Hukuku ve günümüzde özellikle batılı devletlerin anayasalarını hissedilir derecede etkileyen İnsan Hakları Hukuku bünyesinde de kendini göstermektedir. Ayrıca cezaevi güvenliği ve disiplinini sağlamak amacıyla Ceza İnfaz Hukuku ve kamu güvenliğini gerçekleştirmek amacıyla Polis Hukuku üzerindeki etkisi de göz ardı edilemez.

Arama, yapılış şekliyle hareketli bir işlemdir. Hukuk devleti ilkesinin gerekleri sebebiyle tutanakla tespiti sonucu yazılı ceza muhakemesi işlemi olarak da biçimlenmektedir. Ceza muhakemesi işlemi olmasıyla birlikte koruma tedbirleri içerisinde adlandırılır. Koruma tedbirleri emniyet tedbirleri gibi ceza türü olmayıp geçici nitelikte bir tedbir şeklidir.

2- Anayasa Hukuku'ndaki Yeri

Aramanın insan haklarının kısıtlanması sonucunu doğurması sebebiyle, insan haklarının devletlerce algılanış şeklini aktaran anayasalarda yer almaması düşünülemez. Hukuk hayatında dinamik karakter taşıyan kavram, çağdaş hukuk doktrinlerini yaşama geçirilmesi ereğiyle yapılan 2001 Anayasa değişikliği ile farklı bir boyut kazanmıştır. Konumuzla ilgili Anayasa normları özel hayatın gizliliği kenar başlığıyla adlandırılan 20. madde, konut dokunulmazlığı kenar başlığıyla ifade edilen 21. madde ve haberleşme hürriyeti kenar başlığıyla betimlenen 22. maddedir. Maddelerin hepsinin de koruduğu hukuki yarar mahremiyettir.

---

* *Regensburg Üniversitesi Hukuk Bilim Dalı Doktora Öğrencisi*

(1) Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 3. b., İstanbul, Beta Basım AŞ., 2006, s. 335.

(2) Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 2. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 337.

2001 değişikliği ile 2001 öncesinde var olan hükümlere ekleme yapılmıştır. Kural olarak üst, özel kağıt ve eşya aranamaz, konuta dokunulamaz; herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. İstisna ise yetkili makamların kararı ile gerçekleşir. Arama için usulüne göre verilmiş hakim kararı veya gecikmesinde sakınca varsa kanunla yetkili kılınmış merciin emri olmalıdır[3]. 2001 değişikliği ile ise yetkili merciin emrinin yazılı olması, eğer el koyma olmuşsa 24 saat içinde hakim onayına sunulması, hakimin ise 48 saat içinde karar vermemesi halinde el koymanın kendiliğinden hükümsüz kalması şartları getirilmiştir. Diğer ek şart ise aramanın amaçlarının belirtilmesidir. Bunlar; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçıdır. Yukarıda belirtilenler her üç madde için de geçerli olup insan haklarının biraz daha yüceltilmesi, hukuk devletinin ise daha da etkinleşmesi sonucuna yönelik olduğu göze çarpmaktadır.

3- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerce bir nevi insan hakları anayasası sayılan ve Türkiye'nin de taraf olduğu İHAS, arama terimine özel hayatın ve ailenin korunması başlığı altındaki 8. maddede değinmiştir.

Genel kural özel ve aile yaşamına, konuta ve yazışmaya saygı gösterilmesi hakkıdır. Şüphesiz bu hüküm vasıtası ile aramanın kural olarak yapılamayacağı sunucuna ulaşabiliriz. Belirtilen unsurlara saygı gösterilmesi hakkı kuralının uygulanamayacağı istisnai haller aynı maddenin 2. fıkrasında çeşitli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlarla İHAS'ın dolaylı olarak arama kurumunun şartlarını da belirlediği çıkarmasını yapmak mümkündür. İlgili hakların kullanılmasına karışma halleri şöyledir:

a- Yetkili Makamın Varlığı: Ancak resmi bir makam bu hakka müdahale edebilir. Anayasa'daki gibi resmi makamlar açıkça belirtilmemiştir. İHAS'taki özel hayatın gizliliği konusundaki belirsizlikler İHAM'ın içtihat yaratılması ile doldurulmuştur[4].

b- Belirtilen Amaçların Gerçekleşmesi: Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik gönenci, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın yada ahlakın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için ilgili hakka müdahale edilebilir. İrdelenecek olursa Anayasa'dan farkı ülkenin ekonomik gönenci amacıyla da bu hakkın sınırlanabilmesidir.

---

(3) Mehmet Akad - Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998, s.104, 106.

(4) Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta Basım Aş., 2004, s. 4 . Nurullah Kunter – Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.b., İstanbul, Beta Basım AŞ., 2006, s. 886.

c- Sınırlama Kriterleri: Zorunlu bulunduğu ölçü doğrultusunda ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ekseninde sınırlama yapılabilir. Bu unsurlar İHAS'ta yer almayan ve ileriye yönelik değişime uğrayan çeşitli hak ve özgürlükleri güncel boyutunu bulunulan zamana göre korumasını sağlar.

d- Sınırlamanın Dayanağı: İlgili hakkın insan hakları yönüyle varlığı veya yokluğunun bireyin yaşamındaki tesiri mühimdir. Bu nedenle sınırlamanın, yalnızca genel iradenin temsilciler bütününü oluşturan yasamanın bir işlemi olan yasaya dayandırılması gerekir.

B- BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1- Arama – El koyma

İki kavram da ceza muhakemesi işlemidir. CMK'da koruma tedbiri başlığı altında zikredilirler.

Arama bir araştırma faaliyetidir. Sonucunda eğer hukuki bir neden varsa ki bu bir suça ilişkin delil veya hukuken yasak eşya bulunması olarak betimlenebilir, el koyma gerçekleşir. Ancak her aramanın sonucunda el koyma gerçekleşmez. El koyma ise ilgili eşyanın arama sonucunda kamu görevlileri tarafından zorla ele geçirmesidir.

2- Arama – Muhafaza Altına Alma

İki kavram arasındaki ilişki arama ve el koyma arasındaki ilişki gibidir. Sadece muhafaza altına almanın el koymadan farkı vardır: El koymada zorla alma söz konusu iken muhafaza altına almada zilyedin rızası vardır[5].

3- Arama – Tarama

Aramanın dayanağı CMK'dır. Taramanın dayanağı ise PVSK'dır. Şu halde tarama kolluğa tanınmış bir arama – el koyma türüdür.

PVSK 9. maddede çeşitli katalog suçlar sayılmıştır. Ayrıca taramada zorunlu ve acele olma unsurlarının varlığı gerekli olup kural hakim kararı, istisnai durumda gecikmez hal söz konusu ise ilde vali, ilçede kaymakamın yazılı emri ile gerçekleştirilir[6].

C-ARAMANIN ÇEŞİTLİ AÇILARDAN TASNİFİ

1- Amaç Yönünden Tasnif

a- Adli Arama: Bir suçun işlenmesi sonucunda delil toplamak ve/ veya faili bulmak için suçun aydınlanması amacıyla yapılır. Adli kolluk yetkilidir[7]. Dayanağı CMK'dır.

---

(5) Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, a.g.e. , s. 901.
(6) Yurtcan, a.g.e. , s. 341.
(7) Kunter – Yenisey - Nuhoğlu, a.g.e. , s. 897.

b- Önleme Araması: Suç işlenmemiştir. Ancak kamu güvenliği-nin gerçekleşmesi amacıyla, beliren tehlikenin suç ile nihayetlenmesi önlenir[8]. İdari kolluk yetkilidir. Dayanağı PVSK'dır.

2- Üzerinde Arama Yapılan Şahıs Yönünden Tasnif

a- Şüphelinin Aranması: Suç işlediği şüphesi duyulan şahsın üzerinde yapılan aramadır[9]. Adli aramanın genellikle yapıldığı şahıs şüphelidir. Çünkü ortada işlenmiş bir suç vardır ve bu suçun aydınlanması amaçtır.

b- Şüpheli Olmayanın Aranması: Genellikle önleme aramasının muhatabıdır. Çünkü ortada bir suç olmadığından bahisle suç şüphesi de yoktur[10]. İstisnai olarak adli aramanın da muhatabı olabilir.

c- Özellik Gösteren Meslek Mensupları Üzerinde Yapılan Aramalar:

(1)- Avukatın Aranması: Avukat ceza muhakemesinde katılan vekili ise iddia, müdafii ise savunma makamına taraftır. Hukuk davalarında da davalı veya davacı vekili olarak görev yapar. Bu nedenle davaya kamu gücüne sahip makamların siyasi nedenlerle gölge düşürmemesi maksadıyla avukatın aranması CMK'nın 130. maddesinde özel şartlara bağlanmıştır:

i- Yetkili Makam: Mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde arama yapılır. Baro Başkanı veya onu temsil eden bir avukat da hazır bulundurulur.

ii- Avukat ile Müvekkili Arasındaki Mesleki İlişkiye Ait Olmama: Eğer bunu aranan avukat veya baro başkanı veya Baro Başkanı'nın temsilcisi olan avukat ileri sürerse el konulan şey paket veya zarfa konup mühürlenir. 24 saat içerisinde soruşturma aşamasında ise sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme karar verir. Eğer iddia doğruysa el konulan şey avukata iade edilir, tutanaklar yok edilir.

iii- Avukat Bürosunun Aranması: Kanunun tabiri avukat bürosunda arama şeklindendir. Kanaatimce el konulan şey avukat ile müvekkili ile mesleki ilişkiye ait ise CMK'da belirtilen belgenin niteliğinin iddia edilmesi sonrası aşamalar avukat bürosu dışındaki yerlerde de geçerli olur.

iiii- Adli Arama Olmalı: Doktrinin yaptığı yorum sonucu bu şartın zımni varlığından söz edebiliriz. Çünkü önleme aramasına herkes muhatap olur. Ortada suç şüphesi yoktur. Avukatın isteği dışında da tehlikeli şey avukatta olabilir[11].

---

(8) Ibid. , s. 886. Centel-Zafer, a.g.e. , s. 343.
(9) Centel - Zafer, a.g.e. , s. 336. Yurtcan, a.g.e. , s. 338.
(10) Centel - Zafer, a.g.e. , s. 336. Yurtcan, a.g.e. , s. 340.
(11) Kunter – Yenisey - Nuhoğlu, a.g.e. , s. 925.

(2)- Askeri Yerlerin Aranması: Kamu güvenliğinde üstlendiği rol itibariyle hakim veya savcının talebi ve iştiraki ile askeri makamlarca gerçekleştirilir. CMK 119/2'de belirtilir.

(3)- Diplomatik Dokunulmazlık: Diplomatik ajanların eşyası, evrakı, konutu aranamaz. Büyükelçilerde bu husus daha genişken konsoloslar ve diğer görevlilerde daha dardır. Uluslararası hukuk bu çerçeveyi çizer[12].

(4)- Hakimin Aranması: Üçüncü şahıs olması istisna olup genel kural üstü ve eşyalarının aranmamasıdır[13]. Üçüncü şahıs olmasından kastedilen şüpheli olmayanın aranmanın konusunu oluşturduğu önleme aramasıdır. Tarafsız ceza muhakemesi makamı olmasından ve hakkaniyeti belirleme yetkisinden dolayı belirtilen kural kamu gücüne mensup kişilerin siyasi emellerine karşılık adeta bir kalkandır.

Avukatın aramasında belirttiğimiz aynı nedenlerden ötürü hakimin sahip olduğu ayrıcalıklar da adli arama için geçerlidir. Önleme aramasının muhatabı belirli yerdeki herkes olduğu için hakim sıfatı aranmayı önlememelidir.

3- Yer Yönünden Tasnif

a- Kapalı Alanlarda Arama: Kapalı alanlardan kastedilen bire- yin özel yaşamının gerçekleştiği, herkesin girip çıkamayacağı ve bireyin iradesine tabi olan alanlardır. Akla ilk gelen kapalı alanlar konut ve dışarıya kapalı bürolardır. Bu alanlarda adli arama gerçekleşir. Belli bir şahsa veya belli özelliğe sahip şahsa yönelik aramalardır.

b- Açık Alanlarda Arama: Herkesin girip çıkabildiği, kamusal yaşamın gerçekleştiği dolayısıyla özel yaşamın gizlilik unsurundan bahsedemeyeceğimiz alanlardır. Bu alanlarda yapılan aramalar çoğunlukla önleme aramasına yönelik olup herkes üzerinde gerçekleştir.

Belli bir etkinliğin gerçekleştiği yerler (stadyum vb.)[14], eğitim kurumları (özellikle eğitim özgürlüğü ile çatışıp çatışmadığının tartışıldığı ve keyfilik sorununu gündeme geldiği üniversiteler)[15], yasak maddelerin ülkeye giriş çıkışının önem arz ettiği yerler olan ve özel rejimlere tabi gümrükler; hava, kara, su ulaşımının gerçekleştiği ve uluslararası hukukun etkisini hissettirmesiyle dünya çapında ilgili yerdeki herkesi kapsayan alanlar, kamuya açıklığı sınırsız olan (olağanüstü haller saklı olmak üzere) ve daha kolay arama yapma olanağının bulunmasıyla birlikte ölçülülük ilkesinin ihlali

---

(12) Diplomatik ajanın şahsi dokunulmazlığı mevcutken, konsolosun mesleğiyle ilgili dokunulmazlığı vardır.Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuku Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5.b., İstanbul, Beta Basım AŞ. ,2003, s.599, 600, 627.

(13) Kunter – Yenisey - Nuhoğlu, a.g.e. , s. 925.

(14) PVSK 9. madde.

(15) PVSK 9. madde.

hususuyla hukuka aykırılık teşkil edebilecek sokaklar açık alanlarda yapılan aramanın gerçekleştiği yerler olarak sıralanabilir.

D- ARAMANIN UNSURLARI[16]

1- Aranan Şahıs: Şüpheli veya sanık veya suçla ilgili olsun yada olmasın diğer kişiler aranabilir.

2- Aramanın Gerçekleşmesini Sağlayanlar

a- İlk Aşama: Hakim Kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde kolluk amirinin (Konut, işyeri, kamuya açık olmayan alanlarda yetkili değildir.) yazılı emri olmalı.

b- İkinci Aşama: Arama işlemini kolluk görevlileri yapar. Bunun olması için ilk aşamanın gerçekleşmesi mecburidir.

c- Üçüncü Aşama: Cumhuriyet Savcısı olmaksızın kapalı yerlerde yapılan aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi,

Askeri mahallerde Cumhuriyet Savcısı,

Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi,

Yoksa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturan kişi veya komşusu,

Aranacak şahsın isteğiyle avukatı hazır bulunur.

3- Sebep: Şüpheli veya sanığın aranmasındaki sebep yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphenin varlığıdır.

Diğer kişilerin aranmasındaki sebep ise şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilmesidir. Buna olanak sağlayan olayların varlığı gereklidir.

4- Yer: Yukarıda bahsedildi.

5- Zaman: CMK kapsamında gece arama yapılmaz. Ancak suç üstü, acele hal ve firar halleri istisnadır.

6- Usul: Arama tutanağı tutulur. Sonra Cumhuriyet Savcısı veya hakim inceler.

Aranan şahsa belge verilir.

---

(16) CMK 116-134. maddelerde belirtilen adli arama esas alınmıştır.

E- SONUÇ

Şüpheli veya sanık tespit edilir.

Hukuka aykırı eşya veya kazanç varsa el koyma veya muhafaza altına alma gerçekleşir.

Haksız arama (yetkisiz veya keyfi arama) varsa el konulan eşya iade edilir.

İlgili şahsın tazminat hakkı saklıdır[17]. Aramayı yapan kamu görevlileri görevi kötüye kullanma suçunda yargılanır[18].

İlgili eşya usule uygun şekilde aranmışsa elde edilen tesadüfi bulgular başka bir suçun delili veya bulundurulması suç olan müsadereye tabi bir eşya ise bu eşyaya el konulması hukuka uygundur.

II- CEZA VE TUTUKEVLERİNDE ARAMA

A- İNFAZ HUKUKU'NA GENEL BAKIŞ

1- Tarihçe

Ceza İnfaz Hukuku kapsamında aramayı algılayabilmek için cezaevleri ve tutukevlerinin tarihine bakmak gerekir. İlk cezaevi erkekler için oluşturulmuştur. 1595'te Amsterdam'da yapılan erkeklere yönelik cezaevini takiben 1597'de Spinnhaus'da kadınlar için cezaevi yapılmıştır[19]. 18. yüzyıla kadar insanları geçici tutmak amacı hakimken, 18. yüzyıl sonlarından itibaren ıslah amacı yer edinmeye başladı[20]. Bu durumda ise insan hakları kapsamında mahsup hakları kavramının oluşmasının temelleri atılmış oldu. İnsanlık ile bağdaşmayan cezalar ve cezaevi yaşantısı artık etkisini gittikçe azaltmaya başladı. Gelişmeye katkısı olan etkenlerden biri ise şüphesiz 1777'de yazılan Howard'ın Londra'daki cezaevlerini anlatan eseridir[21]. Belirtilen değişimin öncesinde ve sonrasında mahkumlar ve tutuklular gözlem altında olup burada uygulanacak yöntemi bulunulan zaman şekillendirmektedir[22]. Bu şekil insan haklarına uzaktan yakına yönelik geçmişten günümüze doğru yelpazelenmektedir.

---

(17) CMK madde 141- 144'de düzenlenmiştir.

(18) TCK madde 257/2'de düzenlenmiştir.

(19) Nur Centel - Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.b., İstanbul, Beta Basım AŞ. , 2006, s.693'den aktarıldı: T. Demirbaş, 'Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme(Tretman) Sorunları', İnfaz Hukukunun Sorunları Probleme des Strafvollzugsrechts, Sempozyum 24-25 Kasım 2000, Ankara, s.145 vd.; T. Demirbaş, 'Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları', Prof. Dr. T. T. Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s.392 vd..

(20) Ibid. , s.693,

(21) Ibid. , s. 693.

(22) Ibid. aktarıldı: Ö. Tosun(çev.), Ceza ve İnfaz Milletlerarası Tesisi Suçluların Cezaevinde İyileştirilmesinde Yeni Yöntemler, İstanbul, 1997, s.1 vd..

2- Temel İlkeler

a- İnsan Onurunun Korunması: Ceza İnfaz Hukuku'na hakim ilkelerin başında infazın insan onuruna uygun gerçekleştirilmesidir[23]. Bu ilke hukukun genel ilkelerinden biri olup mevzuatta da yer almaktadır. Bir kimsenin hapis cezasına mahkum olması kendi onurunun zedelenmesine neden olamaz. Hükümlü zaten hak ettiği cezayı çekmektedir. Hak ettiği cezadan daha ağır bir yükümlülüğe tabi olması suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Unutulmamalıdır ki hiç kimse insanın asgari düzeydeki gereklerinden yoksun tutulamaz. Bu ilkenin konumuz açısından önemi aramanın insan onurunu zedeleyecek şekilde yapılmasında ortaya çıkmaktadır. Cezaevinde kurum düzeninin devamı ve/veya güvenliğin gerçekleşmesi amacıyla yapılan aramalarda insan onurunun hiçe sayılması düşünülemez. Buralar hukukun olmadığı bir kurumlar değildir[24]. Bahsedilen hususlar tutukevleri açısından daha da hassastır. Tutuklunun suçu sabit olmamıştır. Hatta tutuklunun yargılama sonucunda masum olduğu bile saptanabilir. Şu halde tutukluya hükümlü muamelesi yapılmaması gerekmekle birlikte elbette insan onuru açısından hükümlünün daha çok mağdur olabileceği sonucu da çıkarılamaz.

b- Eşitçe Muamele Yapılması: Cezanın infazında başta hukukun genel ilkelerine binayen ardından Anayasa ve Ceza İnfaz mevzuatında bireyler arasında din, dil, ırk vb. konulara dayalı hiçbir ayrıcalık tanınamaz[25]. Arama açısından konuya bakılacak olursa kural olarak önleme araması yapılması esas olup bazı kişilerin aranıp bazı kişilerin aranmaması söz konusu olamaz. Yapılacak ayrım cezaevleri veya tutukevlerinde işlenmiş suçlar sebebiyle yapılacak adli aramalarda istisnalar saklıdır. Örneğin bir koğuşta suç işlenmiş ise sadece oranın aranması gibi...

c- Mevzuata Bağlılık: Cezaevleri ve tutukevleri bireyin kendisini korumasının hemen hemen imkansız olduğu alanlardır. Bu nedenle bu alanlardaki görevlilerin hareket serbestilerinin dolayısıyla devletin (yürütme) egemenliğinin sınırlarının belirlenmesi şarttır. Bu nedenle ceza infazı hükümlü veya tutuklu haklarının ihlal edilmemesi ve keyfiyete sebebiyet verilmemesi için kanun ve buna dayalı normlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Şu halde ceza infazının da kanuniliği vardır[26]. Keyfilik ile cezaevinde

---

(23) Av. Cihan Aydın(Yayına Hazırlayan), Mahpusun El Kitabı, Ankara, Diyarbakır Barosu Herkes İçin Adalet Projesi Yayını, 2006, s. 1. Temel haklar hükümlü ve tutuklu için de vardır. Centel – Zafer, a.g.e. , s. 695'den aktarıldı: R.-P. Calliess/H.Müller_Dietz, Strafvollzugsgesetz, München 1994, Einl. K.no.23 vd. .

(24) İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. b., İstanbul, İmge Yayınevi, 2002, s. 318'den aktarıldı: J. Morange, Libertes Publiques, PUF, 1985, s. 134.

(25) 'Irk, dil, din, mezhep, millet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken; siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri; ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz.'Aydın, a.g.e. , s. 1. Centel – Zafer, a.g.e. , s. 696.

(26) Aydın, a.g.e. , s. 2.

güvensizlik olarak ifade edebileceğimiz iki zıt kutup arama konusunun odağında yer alabilecek tehlikelerden olup teşkil edilen önemden ötürü aramanın açıkça kanunda yer almasını gerekli kılar.

3- Amaç

a- Cezanın Uygulanmasını Sağlamak

Suç işlendiği mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin işlediği suça göre kanunen hükmedildiği cezanın somut anlamda gerçekleşmesi cezanın infazı ile olur. Cezanın asıl amacı cezanın infazı ile yaşamda kendini hissettirir. Böylece suçlu olanların cezaları sadece şeklen kanunda yer almayıp uygulanır.

b- Suçlunun Islah Edilmesi

Birinci amacın tarihi eskilere dayanırken suçlunun ıslah edilmesi amacı yakın tarihimize özgüdür. Suçlunun cezasını çekmesi kamu düzeninin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ayrıca suçlunun işlediği suçtan ötürü yaptığı hatanın farkına varması ve pişman olması gerekir. Bu nedenle cezaevlerinde hükümlünün eğitilmesi gerekmektedir[27]. Şu halde çağdaş ceza infaz hukuku hükümlünün cezasının uygulanması ile yetinmemekte ve hükümlünün dışarı çıktığında kendine yön vermesi maksadıyla eğitilmesini amaçlamaktadır.

c- Genel ve Özel Önlemenin Sağlanması

Yukarıdaki iki şartın birlikte var olması sonucu ilgili kanunun lafzına göre genel ve özel önleme gerçekleşir[28]. Böylece bireyler ve dolayısıyla toplum suçtan korunur.

4- Hukuktaki Yeri

a- Ulusal Hukuktaki Yeri

(1)- Anayasa Hukuku'ndaki Yeri

Anayasa'nın diğer ulusal normları bağlayıcı ve üstün olmasından ötürü diğer ulusal normları incelemeden önce Anayasa'yı irdelemek önem arz etmektedir.

Cezanın infazı bireyin özgürlüğünün sınırlandığı gerekçesiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği başlıklı 19. madde kapsamında incelemeye konu olamaz. Çünkü Anayasa'nın 19. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliğinin kısıtlandığı hallerden ikisi cezanın yerine getirilmesi ve bireyin mahkeme kararının veya bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle tutuklanması olmasından ötürü ortada kişi özgürlüğü ve güvenliğinin keyfi olarak ortadan kaldırılması mevcut değildir. Cezaevinde infaz aşamasına geçildiği

---

(27) Timur Demirbaş, 'Cezanın İnfazı', Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s. 505 vd. .Baskıcı ve yapıcı yöntemle suçlunun ıslahı mümkün olabilmektedir. Centel- Zafer- Çakmut, a.g.e. , s. 694.

(28) Demirbaş, a.g.e. , s. 505. İnfazın amacının gerçekleşmesini sağlayan unsurlar vardır: Güvenlik, düzen, bakım, adalet. Centel- Zafer- Çakmut, a.g.e. , s. 695.

için ceza muhakemesi hukuku konu-sunu teşkil eden arama çeşidinin yer aldığı Anayasa'nın 20. madde-sinin son fıkrası da konumuzla ilgili değildir. Ayrıca ceza ve tutuk-evleri konut olmadığından konut dokunulmazlığına ilişkin Anayasa' nın 21. maddesinin de konu ile ilişiği yoktur.

Anayasa'da konumuzu ilgilendiren hükümler kişinin dokunul-mazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesi ile özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddenin ilk fıkrasıdır[29]. Tabi ki 2. maddede belirtilen insan haklarına saygılı hukuk devleti ibaresi, 10. maddede ifade edilen eşitlik ilkesi ve 13. maddede vurgulanan özgürlükler rejiminin sınırlarını genel çerçevesi göz ardı edilemez.

Öncelikle çekirdek haklardan biri işkence ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulmamadır. Anayasanın 17. maddesinde belirtilen sözü geçen hususların dokunulmazlığı savaş halinde bile geçerli olduğuna göre ceza ve tutukevlerinde hayli hayli geçerlidir[30]. Şu halde ceza ve tutukevlerinde yapılan aramada hiçbir sebep insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye sebep olamaz. Ayrıca tutukevlerinden cezaevlerine doğru kademeli olarak aramanın sınırı genişlese de Anayasa'nın 20. maddesindeki özel ve aile hayatının gizliliğine dokunulmazlık kuraldır. Bu madde 2001 değişiklikleri sonucu getirilmiştir.

Ceza ve tutukevlerindeki işlemlerde ve özellikle yapılan aramada Anayasa'nın 13. maddesi göz ardı edilemez. Arama ölçülü ve hakkın özüne dokunulmayacak şekilde ancak kanunun öngördüğü şekilde olmalıdır. Demokratik toplum düzeni ile anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk kriterleri ise konu ile ilgili diğer belirleyici hususlardandır.

Alanında birçok sözleşmenin mevcudiyeti ise Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasını uygulamaya sokar. Usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler kanun karşısında üstündür. İlgili sözleşmeler diğer başlıkta incelecektir.

(2)- Ulusal Hukuk'taki Yeri

Sonraki konularda Ceza İnfaz Hukuku kapsamında geniş olarak ele alınacaktır.

(3)- Ulusal Üstü Hukuk'taki Yeri

i- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri

Anayasa ile paralel içeriğe sahip hükümlerden ötürü özgürlük ve

---

(29) Anayasa'nın 20. maddesindeki özel hayatın gizliliği hükmünün uygulanışı ceza ve tutukevlerinde biraz daralmakla birlikte tamamen yadsınamaz. Örneğin güvenlik anlamıyla hükümlüye gelen mektuplar belli şartlar dahilinde okunabilmeli ancak bu kişilerin aileleri ile haberleşmeleri kural olarak engellenmemelidir.

(30) İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 3. b., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 240.

güvenlik hakkı başlıklı 5. madde, özel hayatın ve ailenin korunması başlıklı 8. madde'nin ceza muhakemesi hukuku kapsamındaki aramaya ilişkin son fıkrası uygulanamaz. Ancak hiç kimsenin insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı vurgusu yapan işkence yasağı başlıklı 3. madde[31], özel ve aile yaşamının korunması başlıklı 8. maddenin ilk fıkrası ve ayrımcılık yasağının belirtildiği 14. madde ceza ve tutukevlerinde arama ile yakından ilişkili olduğundan bu alanlardaki aramaya ilişkin çıkabilecek hukuki uyuşmazlıklarda başvurulabilecek başlıca ulusal üstü hukuku normlarıdır.

AİHS'in bekçisi olarak sözleşmenin uygulanabilirliğini sağlayan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararları dikkate değerdir.

İngiltere'nin mahkum edildiği Silver ve Diğerleri Kararı[32] cezaevi görevlilerinin hükümlü mektuplarını denetlemesi ile ilgilidir. Kararda mahkumların aile, akraba, avukatları ile haberleşme halleri ile hukuki ve başka işler ile cezaevi eğitimine yönelik eleştiriler içeren veya parlamentoya yönelik mektupların denetlenmesinin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı belirtilmiştir. Müdahale edilebilecek mektuplar iş muamelesi, A kategorisi suçluların tabi olduğu cezaevinde bulunduğunu belirten veya cebir ve tehdit içeren mektuplardır.

Türkiye'nin mahkum edildiği karar ise Satık ve Diğerleri'nin[33] açtığı dava sonucu ortaya çıkmıştır. İşkence yasağına dayalı 3. maddenin ihlali belirtilmiştir. Olayda mahkemeye çıkmadan önce ayakkabı dahil tutukluların üzerlerinin aranması istenmiştir. Tutuklular direnince cezaevi personeli şiddet uygulamış ve adli tıp raporuna göre darp sonucu oluşan hasarlar meydana gelmiştir. Mahkeme aramanın cezaevi personelinin yetkisine dahil olduğunu, tutukluların buna başkaldırma hakkı olmadığını çünkü tutukluların özgürlüklerinden yoksun olduğunu belirtmiştir. Ancak hiçbir sebeple şiddet uygulanamayacağı gerekçesiyle Türkiye mahkum edilmiştir.

ii-Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi Türkiye'nin de üye olduğu bölgesel bir ulusal üstü kuruluştur. Avrupa Konseyi'nin yargısal organı İnsan Hakları Avrupa

---

(31) Arama sırasında genellikle onur kırıcı muamele ile korku, ıstırap ve aşağılık duygusu uyandırılmakla birlikte işkenceye de maruz kalınma tehlikesi duruma göre belirebilmektedir.Özcan Özbey, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Uygulanması, Ankara, Adalet Ya-yınevi, 2004, s. 314.

(32) Üzeltürk, a.g.e. , s.210'den aktarıldı: Silver ve Diğerleri- İngiltere, 5947/72, 25.3.1983, Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, s.562 vd.. Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Oğuz Sancakdar, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Gözden Geçirilmiş 2. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 258..

(33) www.ihami.anadolu.edu.tr,, Hasan Kemal Elban(Çev.), Satık ve Diğerleri- Türkiye, 31866/96, 10.10.2000.

Mahkemesi olup diplomatik kuruluşu Bakanlar Komitesi'dir. Bakanlar Komitesi üye devletlere tavsiyelerde bulunur, üye devletlerin tavsiyelere ve AİHS'e uyumu sorununu ise siyasi yoldan denetler.

Bakanlar Komitesi'nin konu ile ilgili tavsiye kararlarının harmanlamasını yapacak olursak şu ilkeler karşımıza çıkar: Cezaevi ve tutukevlerindeki muamelelerde eşitliğe uygun davranma şartı, insan haklarına saygıyı gözetme yükümü, muamelelerde işkence yasağının mevcudiyeti, kamu güvenliği ile mahsup hakları dengesini sağlayacak nitelikte eğitimli personellerin çalışması gereği, tutuklu-hükümlü, kadın-erkek, yetişkin-çocuk-genç, hukuk davası hükümlüsü ceza davası hükümlüsü ayrımına göre ceza infaz kurumlarının sınıflandırılması prensibi, disiplin kurullarının mevcudiyetiyle idareye ve yargıya başvuru hakkının var olması unsuru[34].

Ceza infaz kurumlarında arama ile ilgili tavsiye kararlarına bakacak olursak; uygun suçlu kategorilerine göre gözetimin sağlanması[35], çocukların nezarethanelerinin savcı gözetiminde ve kişiliğine uygun denetimi mecburiyeti[36], kontrol yöntemlerinin başarısızlığı sebebiyle eşya veya kişiye zararı önlemek için müdür emri üzerine yüksek idari makama durumu bildirme şartı, dış dünya ile temasta kamu güvenliğinin sağlanması gereği unsurları belirir. Konuya dair en çarpıcı tavsiye kararı ise tehlikeli tutuklu ve hükümlülerin iyileştirilmesi ve hapsedilmesine ilişkin R(82) 17 Sayılı Tavsiye Kararı'dır. Güvenlik önlemlerinin gerekli olmasıyla birlikte insan hakları ve onuruna saygı kapsamında, uygun süre içinde, tehlikeliliğe göre alınması belirtilmiştir[37].

Ayrıca İşkencenin ve Gayri İnsani veya Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme de cezaevleri ve tutukevlerindeki muamelenin sınırını çizmektedir.

iii-Birleşmiş Milletler Belgeleri

Dünya çapında bir örgüt niteliğindeki Birleşmiş Milletler konuya dayalı standart kurallar ve sözleşmelerle ceza ve tutukevi sorunsalını çözmek için çabalamıştır. Avrupa Konseyi için belirtilen hususlar burada da vurgulanmıştır.

İHEB, İşkenceye Dair Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ifade ettikleri ile

---

(34) Necati Nursal, Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler, Ankara, Ankara Açık Cezaevi Baskısı, 2002, s. 1 vd..

(35) Kamusal Cezalar Ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kurallarının Uygulanmasının Geliştirilmesi Konusunda r(200) 22 Sayılı Tavsiye Kararı, Ibid. , s. 5.

(36) Çocuk Suçluluğuna Karşı Toplumsal Tepkiler Hakkında R(87) 20 Sayılı Tavsiye Kararı, Ibid., s. 72, 73.

(37) Ibid. , s. 110.

Avrupa Konseyi'nin vurguladığı yukarıda belirtilen unsurları aynı yönde birleşmektedir.

Özellik arz edenler şunlardır: Tutuklama veya Hapsetmenin Herhangi Bir Şekline Tabi Tutulan Kişilerin Korunması İçin Prensipler'in tümüne baktığımızda denetleme için doğrudan doğruya sorumlu makam haricindeki yetkili makamca atanan nitelikli ve deneyimli kişiler de ceza ve tutukevlerini kontrol amacıyla ziyarette bulunabilir[38]. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına Dair BM Kuralları[39] ise değer belgelerden şu yönleriyle ayrılmaktadır: Kısıtlama ve zor kullanma ancak kanun ve düzenlemelerin açıkça yetki verdiği ve bütün kontrol yöntemlerinin sonuç vermediği hallerde olur. İnsan onuru, zorunluluk ve kısa süre esastır. Çocuğun kendisi veya başkası veya mala ciddi zararını önlemek maksadıyla kurum müdürünün emriyle bu vasıtalara başvurulur. Sağlık personeline danışılması ve üst makama bilgi verilmesi şarttır. Son olarak değineceğimiz BM belgesi ise Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler'dir. Buna göre son çare olarak silah kullanılması, öldürücü olmayan etkisizleştirici silahların tercih edilmesi, meşru amaçla orantılılık dikkat çekicidir. Ayrıca kurum içi güvenlik ve düzen için gerekli ise ve kişisel güvenlik tehdidi ortaya çıkmışsa silah kullanılabilir[40].

4- Mukayeseli Hukuktaki Yeri

Mahkumun araması ile ilgili mukayeseli hukukta örnek teşkil eden Kanadalı mahkumların haksız arama ve üst aramasına karşı vatandaşı himaye hakkının ihlali gerekçesiyle açtığı dava sonucu yüksek mahkeme özel yaşamın cezaevinde söz edilemeyeceği yönünde kararını vermiştir[41].

Her ülkenin normlarında var olan disiplin yaptırımları sistemine göre disiplin cezalarını kurum müdürü hükmetmekte ve bu karar tabi olunan disiplin mahkemesince dinlenmekte, yaptırımlar İtalya'da geniş, İspanya ve Fransa'da kesin olarak kusura dayalıdır[42].

Mahkumların cezaevinde muhatap oldukları muameleye karşı Belçika'da idareye mahkumlar, Fransa'da infaz hakimi kararına karşı mahkemeye savcı başvurmakta, Hollanda'da ise geniş olarak mahkemeye başvuru yolu vardır[43].

---

(38) Ibid. , s. 294.

(39) Ibid. , s. 338.

(40) Ibid. , s. 354, 355, 356.

(41) 1984 Hunter Kararı ,Jean Pradel, Sulhi Dönmezer(Çev.), Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kolokyumlarının Sentez Raporu, İstanbul, Beta Basım, 2000, s.126.

(42) Ibid. , s. 126.

(43) Ibid. , s. 131.

Amerika'da cezaevinin emniyet güvenliği sebebiyle yapılan kısıtlamalar olabilmekle birlikte, dışarıya giden mektuplar aranmamakta, içeriye gelen mektuplar okunmadan aranmaktadır[44]. Ziyaret hakkı anayasal olmamakta ancak keyfi reddedilememekte, dışarıdan gelen kitaplara kısıtlama getirilebilmekte, yatılan yerler ve şahıslar aranabilmekte ancak insan haysiyetine yaraşmayan muamele yasak olup, kaba kuvvet uygulanamaz. Disiplin sistemi uygulanmakta ve yargıya eşit ulaşım hakkı normatif düzeyde ve uygulamada yerini almıştır.

İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı[45] da mukayeseli hukuk açısından konuyla ilgili dikkate değer bir diğer gelişmedir. Dış dünya ile ilişkiler başlığı altında ilişkilerin kontrole tabi tutulabilececeği, sınırlanabileceği ve tamamen kaldırılabileceği (denetim makamları ile olanlar hariç); avukat ile haberleşme araçlarının içerik olarak kontrol edilemeyeceğinin teminatı vurgulanmıştır. Tutukluların bulundukları yerlerin aranması yeterli neden varsa, orantılı olarak, kanunda belirtilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilir. Üst baş aramasının aynı cinsiyetteki kişilerce ve 3. kişi bulunmadan; vücut açılarak yapılan aramanın ise doktor veya tıbbi yardımcı personelce yapılmasının zorunluluğu belirtilmiştir.

5- Hapis Cezalarının İnfazına Dair Rejim Türleri

Hapis cezalarının infazı o ülkenin demokratikleşme sürecindeki yeri ve suç siyasetinde benimsediği ilkeler açısından farklılıklar arz etmektedir:

a- Toplu İnfaz Sistemi: Hükümlüler konuldukları infaz kurumunda gece ve gündüz bir arada bulunurlar. Faydası hükümlünün sosyalleşmesi ve işi organize etmenin kolaylığı olup zararı hükümlülerin gruplaşmalarıyla birbirleri arasında kavgaya sebebiyet vermeleri, cezaevi idaresine başkaldırmaları ve cinsel saldırıdır. Maliyeti düşüktür. Türkiye bu sistemi benimser. Son zamanlarda koğuş sistemi yerini ortalama yedi kişinin kaldığı oda sistemine bırakmıştır[46].

b- Ayırma Sistemi: Mahkumların ayrı kalması esasına dayalı olup ikiye ayrılır:

(1)- Hücre(Pensilvanya) Sistemi

Mahkumlar gece ve gündüz hücrede yalnız olarak kalırlar. Amaç suçluların kendi kendileriyle hesaplaşmasıdır. Ancak maliyeti fazla olup, hükümlünün ruh sağlığı bozulabilir. 19.yy'da Belçika'da uygulanmıştır[47]. Türkiye'de disiplin cezası olar uygulanır.

---

(44) Melda Türker, 'Türk Cezaevleriyle İlgili Mukayeseli Sistem Analizi ve İnfaz Hukukundaki Son Gelişmeler', Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, Umut Vakfı Yayınları,2001, s. 250.

(45) Yener Ünsver - Ayşe Nuhoğlu(Çev.), İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997.

(46) Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.b., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.543.Centel- Zafer- Çakmut, a.g.e. ,s. 696.

(47) Soyaslan., a.g.e , s. 543. Centel - Zafer - Çakmut, a.g.e. , s. 697.

(2)- Auburn Sistemi

Mahkum gündüz diğer hükümlülerle birliktedir. Ancak gece hücrede yalnız kalır. Böylece ceza infaz rejimlerinin iki zıt kutbu arasında denge kurulur.

c- Kademeli (Progressif veya İrlanda veya Dereceli) Sistem

Önce hücre sistemi uygulanır. Sonra konuşmamak koşuluyla Auburn sistemi uygulanır. Hükümlü iyi hale doğru yön alıyorsa daha rahat bir rejime tabi olabilir[48]. En uç noktada hükümlü dışarıda bile çalışabilmekte olup ülkemizde hiç uygulanmadığı için yürürlükten kalkan ağır hapis cezasına mahkum olanlar için eski TCK'nın 13. maddesinde mevcuttu[49].

6- İnfaz Kurumlarının[50] Tasnifi

a-Tabi Olunan Hukuk Açısından

(1)- Cezaevi: Ceza İnfaz Hukuku konusunda ele alınır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da ifade edilir. TCK'da yer alan hapis cezasını gerektiren suçları işlediği kesinleşen ve ceza yargılaması biten kişilere hak ettikleri cezanın uygulandığı yerler cezaevleridir.

(2)- Tutukevleri: Suç işledikleri kesinleşmeyen ancak kanunda yazılı katalog suçlar açısından suç işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesi bulunup kaçma veya delilleri karartma şüphesi ile kişilerin geçici olarak tutuldukları yerlerdir. Halk arasında suçlu lanse edilen tutukluların ceza yargılaması devam etmektedir ve beraat edebilme imkanları ortaya çıkabilir. Ceza Muhakemesi Hukuku konusunu teşkil eden koruma tedbirlerinden en ağırı olup ilgili kanunu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur.

Türkiye'de ekonomik nedenlerden ötürü ceza ve tutukevi ayrımı uygulamada yoktur. Hatta hükümlü ve tutuklular farklı koğuşlarda aynı cezaevinde kalmaktadırlar[51].

b- Barınan Bireylerin Özellikleri Açısından

(1)- Yetişkinler Açısından

i- Kapalı Cezaevleri

1- Normal Güvenlikli Kapalı İnfaz Kurumları[52]: 'İç ve dış güvenlikleri

---

(48) Centel – Zafer - Çakmut, a.g.e. , s. 697. Soyaslan, a.g.e. , s. 544.

(49) Soyaslan, a.g.e. , s. 544.

(50) 30.09.1999 tarihi itibariyle 560 ceza infaz kurumu Türkiye'de mevcuttur. 69.204 tutuklu ve hükümlü barınmaktadır. 518'i kapalı, 37'si açık, 1'i çocuk cezaevi, 3'ü çocuk ıslahevi, 1'i kadın ve çocuk cezaevi olup bu kurumların kapasitesi 72.850'dir. Necati Nursal, ' Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları ve Adalet Bakanlığınca Yürütülen Çalışmalar', İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara, Goethe Institut Yayınları, 2001, s. 427.

(51) Soyaslan, a.g.e. , s. 545.

(52) CGTİHK Madde 8.

bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fiziki engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirlediği hallerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasın olanaklı bulunduğu, yeterli düzeyde güvenlik sağlanmış ve hükümlünün gereksinimlerine göre bireysel, grup halinde veya toplu olarak iyileştirme yöntemlerinin uygulanabileceği tesislerdir'.

2-Yüksek Güvenlikli Kapalı İnfaz Kurumları[53]: Normal güvenlikli kapalı infaz kurumlarından farkı sıkı güvenlik rejimine tabi hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırılması, toplu iyileştirme yöntemlerine başvurulmaması, kimlerin kalacağının kanunda katalog olarak belirtilmesidir. Diğer infaz kurumlarında yer yoksa veya diğer infaz kurumlarında disiplin cezası alanlar ve tehlikeli olanlar bu kurumlara gönderilebilir. Kanunda belirlenen oranları bu kurumda iyi halli çekenler diğer kurumlara gönderilebilir.

3-Kadın Kapalı İnfaz Kurumları[54]: Cezası infaz edilen hükümlü kadınlar ve erkekler aynı yerde tutulamaz. Ayrıca infaz memurları da barınan hükümlü veya tutuklu ile aynı cinsiyetten olur. Kadın kapalı infaz kurumlarının kapalı infaz kurumlarından tek farklı cezası infaz edilen veya hükümlülerin sadece kadınlardan oluşmasıdır. Eğer ayrı infaz kurumu oluşturulamıyorsa erkeklerle bağlantısı olmayan koğuşlarda kalırlar.

ii-Açık İnfaz Kurumları

1-Genel Olarak Açık İnfaz Kurumları[55]: Hükümlülerin iyileştirilmelerinde çalıştırılmaları ve meslek edinmelerine öncelik veren, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinen kurumlardır. İlk kez suç işleyen ve iki yıl ve daha az süreli hapis cezası alanların cezası infaz edilir. Bu kurumdan kanundaki şartlar gerçekleşirse hükümlü diğer kurumlara gönderilebilir.

2- Kadın Açık İnfaz Kurumları[56]: Hükümlü ve ceza infaz memurları kadınlardan oluşur. İhtiyaç olursa kurulur yoksa diğer infaz kurumlarında erkeklerle bağlantısı olmayan yerlerde kalırlar.

(2)- Yetişkin Olmayanlar Açısından;

i- Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumları[57]: Çocuk tutuklu veya çocuk eğitim evlerinden disiplin veya diğer nedenlerle nakillerinin yapıldığı, firara karşı engelleri olan iç ve dış güvenlik görevlileri olan, eğitim ve öğretime

(53) CGTİHK Madde 9.
(54) CGTİHK Madde 10.
(55) CGTİHK Madde 14.
(56) CGTİHK Madde 14.
(57) CGTİHK Madde 11.

dayalı kurumlardır. 12- 18 yaş arası çocuklar fizik ve cinsiyetlerine göre ayrı yerlerde barındırılırlar.

ii- Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları[58]: Ceza infazına başlandığı tarihte 18 yaşını doldurmuş olup da 21 yaşını doldurmayanların yaşamlarını sürdürdükleri yerlerdir.

iii- Gençlik Açık Ceza İnfaz Kurumları[59]: Gençlik kapalı ceza infaz kurumlarından farkı diğer açık ceza infaz kurumları gibi güvenlik önlemlerinin olmamasıdır.

iiii- Çocuk Eğitim Evleri[60]: Bir nevi 12-18 yaş arası çocuk hükümlülerin barındığı eğitime dayalı açık ceza infaz kurumlarıdır.

c- Statüleri Açısından

(1)- Siviller Açısından: Yukarıda bahsedilenler sivillere özgüdür.

(2)- Askerler Açısından: Siviller için geçerli olanlar kural olarak burada da geçerlidir. Ancak istisnalar vardır. Asker sıfatı taşıyanlar cinsiyet ve suç türüne bakılmaksızın askeri ceza veya tutukevine konulur[61]. Tutuklular hükümlülerden ayrı odaya konur.

(3)- Polis veya Jandarma Açısından: Tutukevlerinin ayrı bölümünde yer almaları gerekmekle birlikte çoğunlukla bu kurala uyulmaz[62].

B- CEZA İNFAZ KURUMLARINDA ARAMA[63]

1- HÜKÜMLÜNÜN ARANMASI:

Hükümlüler cezaevlerinde özel rejimlere tabidir. Cezaevlerine kayıtta, başka cezaevlerine nakillerde, adliyeye, hastaneye vb. cezaevi dışı yerlere gitmeden önce, cezaevine her girişte, cezaevi içinde olsa bile koğuşa her girişte ve çıkışta (avukatla ve ziyaretçi-lerle görüşme vb.) aranırlar. Ayrıca suç işlendiğinde delilleri elde etmek için sadece suçun işlendiği koğuşta arama yapılmakla birlikte CGTİHK madde 36'ya göre her ay olağan arama yapılır. Kanun habersiz ve her zaman arama yapılabileceğini belirtmiştir. Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Ceza İnfazına Dair Tüzüğün Ek 1 ve Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 31.10.1980 tarih ve 53 -114 sayılı genelgelerinde Cumhuriyet Başsavcısı tarafından sık sık, belirsiz zamanlarda, haftada en az iki kez; Cumhuriyet Savcısı tarafından da her gün denetlenip kayıt altına alması;

---

(58) CGTİHK Madde 12.

(59) CGTİHK Madde 14.

(60) CGTİHK Madde 15.

(61) Erhan Günay, Türk İnfaz Hukuku, İstanbul, Sözkesen Matbaacılık, 2002, s. 49.

(62) Ibid. , s. 50.

(63) Bu konuda bahsedilen genelgeler hukuken yürürlükten kalkmış olmasına rağmen uygulanmaktadır.

aynı tüzüğün 16. maddesi müdürün haftada bir defa gündüzleri, on beş günde en az bir defa geceleri cezaevlerini denetlemesi gerekir[64]. Ayrıca her gün sabah ve akşam sayımları yapılır. Bu kurum müdürü veya ikinci müdürü veya idare memuru başkanlığında, nöbetçi infaz ve koruma memurları ile birlikte en az beş kişilik bir heyetle gerçekleştirilir. Kahvaltı öncesi, yemek sonrası sayım yapılmakla birlikte tehlikeli hallerde ve görüşmeye çıkılınca kişiye özgü sayım yapılmaktadır. Aramaya karşı çıkmamak CGTİHK madde 26 gereğince hükümlünün güvenlik programlarına uyma ödevlerinden biri olup, cezanın infazının gerçekleşmesi amacından dolayı kamu yararının gerçekleşmesinde rol oynayıp aykırılık halinde disiplin suçuna sebebiyet vermektedir.

a- Arama Türleri

(1)- Kapsamı Açısından Arama Türleri: Belirli zamanlarda, cezaevinin tamamının haber verilmeden arandığı, yasak maddenin[65] olup olamadığına dair genel arama; ihbar veya şüphe üzerine cezaevi ve mahsupların bir kısmının arandığı kısmi arama[66] olarak ikiye ayırabiliriz. Uygulamada kısmi arama için jandarma yazılı arama talebinde bulunur, bunu Cumhuriyet Başsavcılığı değerlendirir ve gerekli görürse birlikte arama yapar. Ancak bunun hukuki boyutu tartışmalıdır.

(2)- Yapılış Şekilleri Açısından Arama Türleri: Şahıs araması ve eşya araması olarak ikiye ayırırsak; mahsubun üzerinin aranması şahıs araması; cezaevinin bölümlerinin aranması ise eşya araması olarak isimlendirilir.

i-Şahıs Araması Açısından Arama Türleri[67]:

1- Çabuk Arama: Üzerinde yasak madde taşıdığı şüphesiyle, şahsın tecrit edilmesi amacıyla, yardımcı bir personelle birlikte çabucak ve kişinin hareket etmesine zaman tanınmadan yapılan arama türüdür.

2-Ayakta Arama: Aranacak kişinin ayaklarının açılıp elleri birbirine kenetlenmiş olarak başının üstünde tutulduğu arama türüdür. Aranacak kişiler arasında 1.5 metre bulunmaktadır. Ceza infaz kurumlarında en çok yapılan ve saldırıların önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen arama şeklidir. Arkadan yaklaşılarak kollar, yaka, koltuk altları, cepler, bacaklar, ayakkabı ve çorap içleri aranır.

---

(64) Eski Ceza İnfaz Kanunu zamanındaki genelgeler CGTİHK'da açıkça arama şekli belirtilmediği için halen uygulamada varlığını hissettirmektedir.Vehbi Kadri Kamer, Ceza ve Tedbir Kararlarının İnfazı ve Cezaevi İdaresi, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s.264.

(65) Oda ve eklentilerinde bulunabilecek kişisel eşyalar CGTİHK madde 35 gereği yönetmelikle düzenlenmiştir.

(66) Adli arama türü olup detaylı aramanın gerçekleştirilmesi için hakimin kararı ve makul şüphe olmalıdır, Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, a.g.e. , s. 894.

(67) Zekeriya Sevimli, Ceza İnfaz Kurumlarında Güvenlik, Ankara, Ankara Açık Cezaevi Baskı, 2000, s.115.

3- Duvar Araması: Arayıcılar için emniyetli olan, yardıma ihtiyaç duyulmayan, aranacak kişinin duvara çevrilerek kollarını ve bacaklarını açması ve ellerini havaya kaldırıp her iki yana açması suretiyle duvara yapışması vasıtasıyla yapılır. Ayakta arama gibi gerçekleştirilir.

4- Diğer Haller: Mahsupların güçlük çıkarabileceği ve yakın tehlikenin görüldüğü hallerde çömeltme, diz çöktürme, yere yatırma usulü uygulanabilmekte, ciddi ihbara rağmen yukarıdaki klasik arama usulleri de gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca kapalı bir yerde gizlilik içinde soyarak arama[68] da uygulanan diğer arama türlerindendir. Dikkate değer bir diğer husus ise mahsupların sayımı usulü olup bu usul ise mahsuplardan firar edenin olup olmadığına dair bir arama şeklidir. Sabah ve akşam yapılan olağan sayımların dışında olağanüstü durumlarda Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı'nın muvaffakati ile kurum müdürünün talebi üzerine jandarma sayımlara katılır. Bunlara ani sayım denir.

ii- Eşya Araması[69]: Aranacak eşyaları şöyle sıralayabiliriz:

1- Cezaevine giren motorlu ve motorsuz araçlar: Firarı ve yasak madde girişi ile çıkışını önlemek başlıca amaçlardandır. Mülki amir, hakimler, Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Savcıları, kontrolörler ve kurum müdürünün araçları hariç diğerleri jandarma tarafından aranır.

2- Yiyecekler: Yasak madde girişini önlemek istenir.

3- E ve özel tipli cezaevlerinde hükümlü ve tutuklunun 24 saatini geçirdiği koğuş, avlu, mutfak, merdiven boşluğu: Zeminlerdeki ses değişiklikleri ile duvar arası kontrolleri, dolap ve ranza altları ile merdiven altları araştırması, duvar veya zemin maddelerindeki renk ve biçim değişiklikleri ile tavandaki renk ve iz değişiklikleri kontrolleri ve radyo vb araçların içinin açılması şeklinde arama gerçekleştirilir.

4- Tuvalet taşı, duş küveti, lavabo altları, fayans arkaları: Yapıştırıcı madde niteliği ile taşların oynama hali belirtilen yerler temizlenerek ve eşyalar kaldırılarak araştırılır.

5- Dolap ve diğer eşyalar: Dolap içi, yastık, yorgan içi, ranza altı, kapı pencere kolları kontrol edilir.

6- Havalandırma avlularında bulunan pis su iç ve diş logarları: Kilit, logar ağzı kontrolleri ile akan suda kil ve toprak karışımı varlığı tespiti amacı belirginleşir.

7- Elektrik, sıhhi tesisat, kalorifer logarları gibi tesisat boşlukları: Malzemeler kazmak amaçlı kullanılmakta, boşluklar ise firar için tünel olarak kullanılmaktadır.

---

(68) Makul şüphe aranır, Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, a.g.e. , s. 894.
(69) Ibid. , s. 118, 119.

8- Kapı, pencere ve diğer aksanlar: Demirlerin kesilme durumu, cam macun altları, kapının ana gövdesini oluşturan kontroplak, demir sac ayakları yasak madde saklanması yönünden incelenir.

9- Çatı ve boş alanlar: 1993 yılı Mustafa Kemal Paşa Cezaevi'nde kazılan tünel, kullanılmayan bir tuvaletten; Buca Cezaevi'ndeki tünel kullanılmayan asansör boşluğundan başlamış.

10- Hükümlüye gelen ve hükümlüden giden mektuplar[70]: Mektup okuma komisyonu okur. Ayrıca mektuplara uyuşturucu enjekte edildiği bunun cezaevinde toza dönüştürülüp kullanıldığı tespit edilmektedir.

Arama usulünde[71] dikkat edilecek noktalar ise şunlardır[72]: Arama yapılırken dikkatli ve özenli şekilde ayrıntıya inilerek yapılacaktır. Üst aramaları uygun bir yerde yapılır. Aranacak kişinin onuruna saygı unutulmamalıdır. Arayıcı kişiliğinden sıyrılmalıdır.Gerekli alet bulundurulur (dedektör, tokmak vb). Koğuşların aranmasında bir mahsup gözlemci olmalıdır. Toplama yerinde yapılan aramada şahıs araması yapılır. Kullanılmayan bölümler dahil her yer aranmalıdır. Jandarma ile müşterek tutanak tutulmalıdır. Tüm cezaevleri ile aynı anda ve belirsiz bir zamanda yapılmalıdır. Ayrıca hükümlü odalara giriş ve çıkış-ta ayrı yerlerde ve farklı görevlilerce üst ve eşyası aranır.(CGTİHK Madde 86/6). Koğuşlarda bulunabilecek mevzuatta belirlenen eşyalar haricindekiler bulundurulamaz. Firarı kolaylaştıracak engeller (ağaç vb.) kaldırılacaktır.

İç güvenlikten Adalet Bakanlığına bağlı infaz ve koruma memurları, dış güvenlikten jandarma sorumlu olmakla beraber; iç güvenlik için gerektiğinde ceza infaz memurları jandarma ile birlikte hareket ederler. Gerekirse kolluk da yardım eder. Bu CGTİHK'nın 36. maddesi, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7. maddesi ile ilgili yönetmeliklerde belirtilmiştir.

2- ZİYARETÇİLERİN ARANMASI:

a- Yakınlar Yönünden: CGTİHK madde 83'te belirtilmiştir:

Kanunda belirtilen hükümlü yakınları ve kanunda belirtilmemiş olup hükümlünün belirttiği en fazla üç kişi haftada bir kez ziyaret edebilirler. Kural olarak üçü kapalı biri açık görüş yapılabilmektedir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis hükümlüleri ayda iki kez biri açık diğeri kapalı görüş

---

(70) Centel - Zafer - Çakmut, a.g.e. , s. 703.

(71) Tutukevleri de cezaevleri ile aynı arama rejimine tabidir. Bu çalışmada bahsettiğimiz hükümlü terimi için geçerli olanlar tutuklular için de geçerlidir. Tutuklu CGİHK madde 116 gereği aramaya karşı çıkmamakla yükümlüdür. Ancak tutuklunun haberleşmesine konulacak kısıtlamalar şartlar gerçekleşse CGTİHK madde 115 gereği soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evre-sinde hakim veya mahkeme tarafından gerçekleştirilir.

(72) Sevimli, a.g.e. , s. 113, 114.

yaparlar. Kapalı görüşte maddi temas yoktur. Ayrıca bu kişiler kanuni görüşme hakkı dışında hükümlü ile görüşmek isterse makul sebep halinde cumhuriyet savcısından izin alınır.

b- Kurum Ziyaretçileri Yönünden: Yukarıdaki kişiler haricindekiler Cumhuriyet Savcısından izin alırlar. Bu kişilere cezaevlerini denetlemek için gelen sivil toplum örgütleri örnektir. Yabancı hükümlülerin veya tutukluların ziyareti Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 01.02.1999 tarih ve 7-23 sayılı genelgesi konsolosluk ilişkilerine dair Viyana Sözleşmesi çerçevesinde prensipler belirlemiştir: Konsolosluk memuru Türkiye'de diplomatik temsilciliği veya konsolosluğu olmaması nedeniyle yararını korudukları sadece kendi ülkelerinin vatandaşı hükümlü veya tutuklu kişileri ziyaret edebilir. Olağan suçlarda ilgili konsoloslukça cezaevinin bağlı olduğu Ağır Ceza Merkezi Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurulacaktır. Eğer kişi terör suçlusuysa ziyaret tarihinden 15 gün önce Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla Adalet Bakanlığı'na müracaat edilecektir. CGTİHK madde 84'e göre mevzuatta belirlenen esaslara göre ve geciktirilmeden yerine getirilir. Diplomatik temsilci veya konsolos ziyaret edilecek kişi istemiyorsa ziyaret edemez. Bakanlık makamı onayı ile Uluslararası kuruluş ve parlamento üyelerine bu genelge uygulanamaz. Ancak ilgili kanun uygulanması yönünde hüküm içeriyor. Yakın akrabalar da aynı vasıta ile ziyaret edip arkadaşlar Bakanlığa 15 gün önce izin alacaklar.

c- Milletvekillerinin Yönünden: 03.02.1992 tarih ve 7-17 sayılı genelgelerde düzenlenmiştir. Buna göre hükümlü ziyareti veya cezaevi yaşam koşullarını inceleme sebebiyle görüşme talepleri yerine getirilmelidir. Ceza infaz kurumlarını inceleyeceklerse Cumhuriyet Başsavcılığı ile kurum görevlileri aramada kolaylık sağlayacaktır. Bu kolaylığın derecesi belirtilmemiştir. Kanaatimce milletvekiline saygı çerçevesinde arama kastedilmiştir. Arama yapılamayacağı kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesiyle ceza infaz hukukunun amacıyla bağdaşamayacağından benimsenemez. Ayrıca milletvekili görüşmesi avukatın görüşmesine dair esaslar uygulanır.

Kural olarak arama usulü CGİHK madde 86'da belirtilmiştir. Resmi heyet ve özel kişiler kurum güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunamazlar ve uygulanan yasal ve idari tedbirlerin değiştirilmesini isteyemezler. Şu halde milletvekillerinin bile bu yönde talepleri olamaz, bu yönde idare düzenleyici işlem yapamaz. Nitekim kanunun hükmü açıktır. Yasak eşya, iletişim cihazları, taşıma belgesi olsa bile silah ceza infaz kurumlarına sokulamaz. Herkes duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Burada kurum müdürü tarafından görevlendirilecek bir yetkili ile jandarma tarafından görevlendirilecek bir rütbeli bulunacak olup giriş ve çıkışlar bu şahıslarca müştereken kontrol edilir. Üstleri metal dedektörle aranır. Eşyaları x-ray cihazından vb. yerlerden geçilir, şüphe halinde elle aranır.

Cihazlar yoksa elle aranır. Bütün bu işlemlerin sonunda kuruma girebileceği belirlenen kişilere ziyaretçi kartı verilir. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır. Ayrıca ziyaretçiler hangi sıfatla görüşme talep ettiklerini belgelemelidirler (4/12 sayılı ve 22.01.1980 tarihli genelge). İlgili genelgelerde cezaevi güvenliği sıkça bahsedilmiş olup usule uygun ve titiz arama vurgusu yapılmıştır[73].

d- Avukatlar Yönünden: Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranmayacağı vurgulanmıştır. Bu hüküm CGTİHK esasları ile tezattır. Özel önlemenin amacı sebebiyle kanaatimce Avukatlık Kanunu uygulanmamalıdır. Hükümlü tutuklu ayrımına göre görüşmenin şekli belirlenir. Kurum görevlileri dolaylı veya dolaysız olarak görüşmeyi duymamalıdır. Çünkü savunma hakkı esastır. Müdafi vekaletname olmadan ziyaret edebilir. Her zaman görüşebilir.

CGTİHK madde 86/4'e göre ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin yazılı belge ve dosyalar incelenemez. Ayrıca görevlendirilecek memurun olanaklar ölçüsünde üniversite veya yüksek okul mezunları arasından seçilmeli ve avukatlık onuru zedelenmemelidir. Avukatları arayacak kişiler Cumhuriyet Başsavcılıklarınca eğitime tutulmalıdır. Yukarıda belirtilenler Adalet, İçişleri, Sağlık Bakanlıkları arasında düzenlenen ve 17 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren protokolün 6. ve 11. maddelerinde ifade edilmiştir[74].

3- KURUM ÇALIŞANLARININ ARANMASI

Kurum çalışanlarının hepsinin de aranması eşitlik ilkesi ve CGTİHK madde 86 açısından gereklidir. Burada güvenlik görevlileri dahil herkesin görev ve sıfat ayrımı yapılmadan aranmasının şart olduğu belirtilmiştir. Şu halde hakim ve savcıdan jandarma ve gardiyana kadar herkes aramaya tabidir.

İlgili genelgeler ve protokollerde mülki amir, Cumhuriyet Başsavcı ve savcıları, hakimler ve bu sınıftan sayılanlar ile kontrolörler ile kurum müdürlerinin aranmaması gerektiği belirtilmiştir[75]. Fakat bu düzenlenmelerin özel önleme ile eşitlik ilkeleriyle günümüzdeki Ceza İnfaz Mevzuatlarına aykırı olduğu aşikardır. Eski Kanun döneminde yapılan bu düzenlemelerin hukuki birlik amacıyla ivedilikle Yeni Kanunu'na uyarlı hale getirilmesi mühimdir.

(73) Kamer, a.g.e. , s. 122.
(74) Ibid. , s. 274.
(75) Ibid. , s. 274.

Personelin aranmasına Adalet Bakanlığı görevlisi ile rütbeli jandarma olmak üzere iki kişi nezaret edecektir. Adalet Bakanlığı personelini ikinci müdür, jandarmayı amiri arayacaktır[76].

C- CEZA İNFAZ HUKUKU AÇISINDAN YAPTIRIMLAR

1- HÜKÜMLÜ VEYA TUTUKLULARA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Cezaevleri veya tutukevleri devletin yetki alanının en üst düzeyde olduğu kurumlardır.

Bu nedenle suçlu olduğu kesinleşen veya suçlu olduğu şüphesinin varlığı sabit olan kişiler ilgili kurumların kurallarına tabi olarak yaşamlarını sürdürmek zorundadırlar. Eğer bu kurallara aykırı davranmamaları için çeşitli tedbirler, aykırılık hallerinde ise çeşitli cezalar mevcuttur. Bunlar disiplin tedbirleri ve disiplin cezaları olarak isimlendirilirler.

Eski Kanun döneminde disiplin ceza ve tedbirleri kanunda gösterilmemişti. Gelişen hukuk günümüzde disiplin cezalarını gün geçtikçe hukukileştirmek için uğraşmasından hareketle Türkiye'de CGTİHK ile disiplin tedbir ve cezalarını kişi güveliğine etkisi sebebiyle kanunda sıralama gereğini haklı olarak duymuştur.

CGTİHK madde 37 ile 52 arasında disiplin ceza ve tedbirleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunlar CGTİHK madde 38'de kademeli olarak şu şekilde sıralanmıştır: Kınama, bazı ekinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma. Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası aramaya, sayıma ve diğer kurum güvenliğini sağlayıcı tedbirlere karşı çıkılması sonucu verilir. CGTİHK madde 43 gereği bir ay ile üç ay arasında kadar süre cezanın süresi belirlenmekle birlikte bu ceza hücreye koymadan sonra gelen en ağır disiplin cezasıdır.

CGTİHK madde 47 (1)'de 25.05.2005 tarihli 5351 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe göre uyarma, kınama, bazı etkinlikler katılmaktan alıkoyma cezaları kurumun en üst amirince verilir ve uygulanır. Diğer cezalar ise ilgili eylemin öğrenilmesinden itibaren derhal ve en geç iki gün içinde kurumun en üst amirince atanan görevlice soruşturulmaya başlanır. En geç yedi gün içinde tamamlanması gereken soruşturma süresi infaz hakiminin yazılı onayı ile yedi gün daha uzatılabilir. Savunma alınmadan disiplin cezası verilmez. Ancak üç kanuni günlük savunma süresi kanaatimce hukuki güvenlik ile bağdaşmayacak derecede kısadır. En geç üç gün içinde disiplin kurulu kararını verir.

---

(76) Ibid. , s. 274, 275.

CGTİHK madde 52 gereği disiplin ceza ve tedbirlerine karşı şikayet ve itiraz 16.05.2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu hükümleri uygulanır. Buna göre infaz hakimliğine tutuklu veya hükümlünün kendisi, eşi, ana-babası, temyiz gücü bulunan çocuğu, kardeşi, müdafii, yasal temsilcisi, ceza infaz kurumu ve tutukevi izleme kurulu şikayette bulunabilir (İHK 5/3). Şikayet edilecek işlem veya faaliyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren on beş gün ve herhalde bu işlem veya faaliyetin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikayet edilmelidir (İHK 5/2). İnfaz hakimini vereceği karara karşı da CMK hükümlerine göre kararın tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde itiraz yoluna gidilebilir (İHK 6/5). İnfaz hakimliğinin kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine, ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesi varsa 2 nolu ağır ceza mahkemesine itiraz yapılır (İHK 6/6).

2- KURUM GÖREVLİLERİNE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

21.06.2001 tarihli ve 24439 sayılı kanun ile hukuk hayatına giren ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları kurum görevlilerinin görevlerini hukuka uygunluğunu denetleme görevini üstlenerek adeta hükümlü veya tutuklular için birer kalkan teşkil etmektedirler.

14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre devlet memurları ve kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan ötürü ceza soruşturması ve ceza kovuşturması için özel usullere tabidir. 2 Aralık 1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'a göre Cumhuriyet savcısının dava açabilmesi için bu memurun üstü durumundaki belli makamlardan izin alınmaktadır. Bu nedenle diğer memur ve kamu görevlilerinde olduğu gibi cezaevi personeline de ceza davası açılması uygulamada zorluk göstermektedir. Ancak adli makamların doğrudan harekete geçebileceği suçlar 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nda sayılan suçlar, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında işlenen suçlardır[77]. Şu halde işkence, görevi kötüye kullanma gibi kamu için önem teşkil eden suçlarda memurun üstünden izin alınacak olması sonucuna ulaşabiliriz ki bunun da özellikle hükümlü ve tutuklular için sakınca yarattığı yadsınamaz.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar kapsamında cezaevi personeli ile ilgili şu hususların tespiti dikkat çekicidir[78]: Keyfi davranma ve darp suçu infaz koruma memurunun ceza-

(77) Kemal Gözler, İdare Hukukuna Giriş, Güncelleştirilmiş 5. b., Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2006, s. 249, 250.

(78) Günay, a.g.e , s. 605 – 609.

evinde kişi dövmesi, yasa ve tüzüğün izin vermediği şekilde zor kullanması, hükümlüye tokat atma; kanun ve nizam dışı izin vererek uzaklaşmasına müsaade etmek suçu infaz koruma memurunca lokantaya götürülmek, hükümlünün süresinde nakledilen yere teslim edilmemesi, hükümlünün ceza infaz memurunun izniyle gece dışarı çıkması; görevi kötüye kullanma suçu yönetmelik ve tüzüğe aykırı olarak hükümlü yakınları ile özel ilişki kurma, hükümlüye cep telefonu sağlamak, açık görüş yaptırmak; cezaevine uyuşturucu sokmak suçu, esrar temin etmek,uyuşturucu ticareti yapmak şekillerinde işlenmiş ve Yargıtay mahkumiyet kararı vermiştir.

Cezaevi personelinin işlemleri veya hareketleri dolayısıyla yargılanması dışında Devlet Memurlar Kanunu'ndaki disiplin cezaları da uygulamaya açıktır.

3- ZİYARETÇİLERE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Ziyaretçiler kurum görevlilerini arama konusunda karşı çıkarsa veya kurum güvenliği için önemli tedbirlere karşı çıkarsalar bu kişiler kuruma alınmaz veya alınmışsa derhal kurumdan çıkarılır. CGİHK madde 86 son gereği ziyaret hakkına sahip kişilerin bu hakları yukarıdaki sebeplerden ötürü kurum en üst amirince bir aydan bir yıla kadar kısıtlanabilir.

Eğer yapılan eylem suç teşkil ediyorsa adli makamlara da haber verilir. Avukatlar hakkında işlenen suçlarda kanun hükmü saklıdır.

SONUÇ

Ceza ve tutukevlerinde arama yapılması şüphesiz kurum güvenliği ve cezanın infazı için gereklidir. Ancak bu arama insan onuru zedelenmeden ve kanuni şartlara uyularak yapılmalıdır. Ayrıca uygulamada hükümlü veya tutuklular arasında ayrımın yapıldığı bazı koğuşlarda adeta devletin yetkilerinin etkisiz olduğu dikkat çekicidir.

Bu farklılıkların kaldırılması, kurum memurlarının eğitim görmesi, gerekli araçların sağlanması, kurumların yeterli düzeye çıkarılması mecburidir.

Yapılan kanun değişiklikleri sakıncaları gidermek için olumlu olup, diğer alt normların da bu değişikliklere uyumlu hale getirilmesi hukuki birlik ve güvenlik açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet – DİNÇKOL, Abdullah, 1982 Anayasası, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998.

AYDIN, Cihan (Haz.),Mahsubun El Kitabı, Ankara, Diyarbakır Barosu Herkes İçin Adalet Projesi Yayınları, 2006.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.

DEMİRBAŞ, Timur, 'Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları', İnfaz Hukuku'nun Sorunları, Probleme Des Strafvollzug-rechts, Sempozyum 24 – 25 Kasım 2000, Ankara 2001, 145 vd.

DEMİRBAŞ, Timur, 'Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Treatman) Sorunları', Prof. Dr. T.T Yüceye Armağan, İzmir 2001, 392 vd.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 1., İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.

ELBAN, Hasan Kemal (Çev.), Satık ve Diğerleri – Türkiye Davası, www.ihami.anadolu.edu.tr, 10.10.2000.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 5. Baskı, Bursa, Etkin Kitabevi, 2006.

GÜNAY, Erhan, Türk İnfaz Hukuku, İstanbul, Sözkesen Matbaacılık, 2002.

GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003.

KABOĞLU, İbrahim Ö. , Anayasa Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.

KABOĞLU, İbrahim Ö. ,Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, İmge Kitabevi, 2002.

KAMER, Vehbi, Ceza ve Tedbir Kararlarının İnfazı ve Cezaevi İdaresi, Ankara, Adil Kitabevi, 2002.

KUNTER, Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Aş., 2006.

MORANGE, J., Libartes Publique, PUF, 1995.

NURSAL, Necati, 'Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları ve Adalet Bakanlığının Yürüttüğü Çalışmalar', İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara, Goethe İnstitut Yayınları, 2001, s. 427.

NURSAL, Necati, Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler, Ankara, Ankara Açık Cezaevi Baskısı, 2002.

ÖZBEY, Özcan, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin AİHM'e Uygulanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2004.

PRADEL, Jean, 1984 Hunter Kararı, DÖNMEZER Sulhi (Çev.), Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kollokyumu Sentez Raporu, İstanbul, Beta Basım Aş., 2000, s. 226 vd.

SEVİMLİ, Zekeriya, Ceza İnfaz Kurumu'nda Güvenlik, Ankara, Ankara Açık Cezaevi Baskısı, 2000.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKTAR Oğuz, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

TÜRKER, Melda, 'Türk Cezaevleri İle İlgili Mukayeseli Hukuk Analizi ve İnfaz Hukuku Sorunları', Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, Umut Vakfı Yayınları, 1997, s. 250 vd.

ÜZELTÜRK, Sultan, 1082 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2004,

ÜNVER, Yener – NUHOĞLU, Ayşe (Çev.), İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997.

YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe – GÜZEL, İdris, Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk, İstanbul, Nergiz Yayınları, 2004.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

İTHAL OTO KAÇAKÇILIĞININ HUKUK BOYUTU İLE İNCELENMESİ

Av. Tarkan ÖNAY

İçeriyi itibari ile sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçunun Gümrük İşlemleri bakımından karşılığı 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu 3/2 maddesidir. Eşyayı sahte belge kullanmak sureti ile gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ithal eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İthal lüks oto ithalinde işlenen kaçakçılık fiillerinin vergi ve ceza hukuku yönünden incelenmesi, hukuki sonuçları ve değerlendirilmesi yazımızın konusunu oluşturmaktadır.

İTHAL OTO KAÇAKÇILIĞI:

Almanya'nın önde gelen Otomobil Üreticisi firmalarından Berlin Büyükelçiliğine e-posta yoluyla ihbarda bulunulmuş; bir çok aracın gerçek değerinin altında fiyatlarla Türkiye'ye ithal edildiği, bu sahteciliğin Bochum Vergi Dairesi ilgili bölümü tarafından tesbit edildiği, bu konularda gerekli yardımları yapmaya hazır bulundukları ifade edilmiştir. Bu ihbar üzerine başlatılan inceleme sırasında Türkiye'den Gümrük Müfettişleri görevlendirilmiş, olaya ilişkin belgeler Alman Gümrük Kriminal Dairesi tarafından Türk Yetkililere teslim edilmiştir.

Otoda Gümrük Kaçakçılığı olayı şu şekillerde yapılmaktadır:

İthalata konu araçlar Almanya içinde şirketler arasında birkaç kez el değiştirmekte bu arada Alman Vergi İdaresi KDV yönünden (VAT) haksız iade alınarak zarara uğratılmaktadır.

Almanyadaki satıcının biri gerçek ve yüksek değerde bir diğeri de düşük değerde iki ayrı fatura düzenlediği, Alman ve Türk Gümrüğü'nde tamamen sahte ve düşük bedelli faturayı ibraz ve bu bedel üzerinden vergiler ödenmek sureti ile hazinenin zarara uğratıldığı,

Bazen de satıcı firma tarafından aynı şase nosu ile Türkiye'deki alıcıya iki ayrı fatura kesildiği, faturalardan birinin diğerine göre yüksek bedelli olduğu her iki faturanın toplam değerinin gerçek değeri oluşturduğu ancak tek bir faturanın Gümrük İdarelerinde kullanılması ile gerçeğe aykırı beyan sonucu ithalatçı yararına eksik vergi ödemek sureti ile haksız kazanç sağlandığı tesbit edilmiştir.

Türk yetkililere teslim edilen belgeler ışığında tesbit edilebilen yaklaşık 400 araçta (kısıtlı bir dönem) yaklaşık 4.000.000 EURO noksan beyanda bulunulduğu, ÖTV ve KDV olarak yaklaşık %120 oranında bir zarar ortaya çıktığı bunun parasal değerinin de kurumlar vergisi ve dahili KDV zararları hariç 8.140.000.-TL olduğu gümrük müfettişleri tarafından hesap edilmiştir.

Türk Gümrük Müfettişleri düzenledikleri Rapor ile;

Gümrük Kanunu ve Gümrük Yönetmeliği uyarınca kaçakçılık fiillerinin işlenişi sırasında ibraz edilen Gümrük Giriş Beyannamesi'nde imzası bulunan Gümrük Müşavirlerinin Kaçakçılık Fiilinden beyan sahibi sıfatı ile sorumlu olduğu,

İthalatçıların 5607 sayılı kaçakçılık kanununun 3/2,4/2 ve 4/5 maddesinin göndermesi ile 5237 sayılı Ceza kanunun evrakta sahtecilik suçuna ilişkin fiilleri işledikleri ve haklarında takibatta bulunulması gerektiği, (Bu nedenle Rapor ilgili savcılığa gönderilmiştir.)

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 13/1 maddesi uyarınca Türk Ceza Kanunu Hükümleri dahilinde araçların MÜSADERE edilmesi gerektiği,

İthalatçı firmaların düşük fatura ile ithal ettiği araçları yine düşük fatura ile sattığı düşünüldüğünden ilk alıcı ve satıcının sorumluluğunun incelenmesi gerektiği (Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı ve Masak'a raporun örneğinin gönderilmiştir) sonuçlarına varmıştır.

Olayın Gümrük Kanunu açısından değerlendirilmesi;

Gümrük Kanunu 65/1 maddesi gereğince gümrük idareleri beyanın doğruluğunu araştırmak üzere, beyanname ile ilgili ve beyannameye ekli belgeleri kontrol edebilir ve beyan sahibinden diğer belgeleri isteyebilir. Bu konuda Gümrükler Genel Müdürlüğü 2002/38 ve 2006/6 sayılı genelgeleri ayrıntılı açıklamaları içermektedir.

Gümrük Kanunu madde 197 hükmüne göre Yapılan denetimler sonucu hiç alınmadığı veya noksan alındığı belirlenen gümrük vergilerine ilişkin tebligat , gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren üç yıl içinde yapılır, ancak ceza uygulamasını gerektiren bir fiile ilişkin olması ve suçun zamanaşımının daha uzun bulunması halinde, bu alacaklar Türk Ceza Kanunu'ndaki dava ve ceza zamanaşımı süreleri içerisinde kovuşturulup tahsil edilir.

Serbest dolaşıma giriş rejimine veya bir geçici muafiyet düzenlemesine tabi tutulan eşyaya ilişkin olarak, yapılan beyan ile muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda; 23 ila 31 inci maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde belirlenen kıymete göre noksan bulunduğu takdirde, bu noksanlığa ait gümrük vergisinden başka bu vergi farkının üç katı para cezası alınır. Mükelleflerin ithalde beyan ettikleri matrahla tahakkuk veya inceleme yapanların veyahut teftişe yetkili kılınanların buldukları matrahlar üzerinden hesaplanan Katma değer vergi farkları hakkında da Gümrük Kanunundaki esaslar dairesinde ceza uygulanır. AB üyesi ülkelerden gelen ithal araçlarda Gümrük Vergisi aranmadığından bu araçlar hakkında Gümrük İdaresi KDV ve KDV para cezası yönünden (Katma Değer Vergisi kanunu 48 ila 51 maddeleri göndermesi ile Gümrük Kanunu

uyarınca) Gümrük Vergisindeki esaslar dairesinde takipte bulunmaktadır.

Para cezaları bir aylık süre içerisinde, kanun yoluna başvurmadan önce ödenirse kabahatler kanunu uyarınca oranında indirimli olarak tahsil edilir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus 3 senelik zamanaşımı ile ilgili yerleşik Danıştay içtihatlarında olayın suç oluşturduğunun kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispatlanmasının aranmakta olduğudur. Vergi mahkemesine gelen olayda 3 senelik zamanaşımının gerçekleştiği savunmasına karşı hakim davacı ya da davacı şirket yetkilisi hakkında mahkumiyet kararı olup olmadığına bakıp devam eden bir soruşturma var ise sonucunu ve yapılacak yargılamanın kesinleşmesini bekleyecektir. (Danıştay 7. Daire 1997/553 E. 1998/201 K ve 2004/616 ve 2004/1749 K sayılı ilamlar) Bu süreç ise senelerce iptal dava dosyasının derdest kalmasını ve dosya yığılmasına sebep olacak bir çözümdür. Ancak hukuki yönden doğrudur. Yargılama sonucu ceza kararı dışında çıkabilecek kararlar uzatılmış zamanaşımının uygulanmasını engelleyecektir.

Kaçakçılık Kanunu açısından değerlendirme:

07.01.1932 tarihli Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun 19.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile kaldırılmıştır.4926 sayılı kanunu mülga ederek yürürlüğe giren 21 mart 2007 tarihli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu konu ile ilgili meri mevzuatı oluşturur.

4926 sayılı kanun 31 Mart 2007 tarihinden önceki suçlara uygulanır zira suçu ön ödemeye tabi kılarak sanığın yargılanmasını engelleyen hükümler içerdiği gibi gerçeğe aykırı belge ile gümrük idaresini yanıltmak sureti ile vergileri hiç ödemeyen veya eksik ödeyen failler hakkında madde 4/3: Hiç alınmamış veya eksik alınmış vergilerin 10 katından az, yirmi katından fazla olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunacağı düzenlemesini taşımaktadır. Yürürlükte olan Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise aynı fiil için hapis ve adli para cezası getirmiştir.

4926 Sayılı Kanunun 5/3 maddesi ile teşekkül ve toplu kaçakçılık hallerindeki artırım oranları belirtilmiştir. 34. madde ise ön ödemeye ilişkin hükümleri içermektedir.

5607 sayılı kanun 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1 seneden beş seneye kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası getirmiştir.

ADLİ PARA CEZASININ HESABI:

Adli para cezası bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile verilen günün çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

Kararda ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği de belirtilmek zorundadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 4458 sayılı gümrük Kanunu 231 ve devamı maddeleri uyarınca gümrük para cezalarının verilmesinde kast unsuru aranmaz, Gümrük Ceza hükümlerine göre ceza tayin edilen eylemler hakkında kaçakçılık ve diğer ceza koyan kanunlara göre takibat yapılıp, GK uyarınca tayin edilen cezalardan daha ağır bir ceza ile kesin olarak mahkum edilenler hakkında, ayrıca bu Kısımdaki maddelere göre ceza verilmez; para cezaları, itiraz olmaksızın vergi tahakkukunun kesinleşmesinden veya idari itirazın red kararı ile sonuçlanmasından sonra karara bağlanır. Kaçakçılık Kanunu uyarınca açılan dava sonucunda Gümrük Kanununda tayin edilen cezalardan daha ağır bir para cezasına karar verildiği takdirde ve bu kararın kesinleşmiş ve hükmolunan paranın tahsil edilmiş olması şartı ile Gümrük Kanununa göre verilmiş ceza var ise kaldırılır ve alınmış para geri verilir. (Gümrük Yönetmeliği 722)

Müsadere ve el koymaya ilişkin hükümler ve değerlendirilmesi;

El koyma ile ilgili hükümler 5607 sayılı kanunun 9. maddesinde, müsadere ise 13. maddesinde düzenlenmiştir. El koyma işlemi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanunu 123 ve devamı maddelerine göre yerine getirilecektir. Ceza Muhakemesi kanunu maddesine göre el koyma kararı ancak hakim tarafından alınır. 128. madde uyarınca ise Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına el konulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir.

Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. Vergisi noksan ödenmek sureti ile yurda getirilen otolar bu maddeye göre kullanıcısının altından alınamayacak sadece kaydına şerh verilmek sureti ile el koyma işlemi ikmal edilecektir. Türk Ceza Kanunu 54. madde uyarınca da yargılama sırasında iyi niyetli 3. şahıslara ait yani ithalatçı firmalardan motorlu taşıt alan hüsnü niyetli tüketiciye ait araçların müsaderesi mümkün bulunmamaktadır.

Gümrük Müşavirinin Sorumluluğu;

Gümrük müşaviri şirket; İthalatçı/ihracatçı firmanın verdiği bilgiler, fatura ve evraklar ışığında doldurulmuş Gümrük Giriş Beyannamesi'ni Gümrük Müdürlüğü'ne teslim eder, tahakkuk eden vergi ve harçların ödenmesini sağlar, gerekli muayene ve diğer kontrollerde Gümrük İdaresi'ne yardım eder ve malın ithalatçıya teslimini gerçekleştirir.

İdarenin vergi farkı doğuran olaya ilişkin gümrük müşavirini cezalandırabilmesi için Gümrük Vergisi Kanunu ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında fiilin işlenişinde müşavirin kastı ve iştiraki bulunduğuna dair kesin delil aranacaktır. Gümrük vergileri yönünden ithalatçı firmanın idareye itiraz etmemesi hatta itiraz ederek haksız çıkması vekili dolaylı temsilci müşavir şirketi bağlamaz. Ayrıca Gümrük Kanunu 229. maddedeki gümrük beyannamesi veya beyanname kabul edilen diğer belgeler üzerine imzasını atmış olanların vergi kaybına neden olan durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, bunlar, gümrük idaresine karşı bağlı bulundukları tüzel kişilikle birlikte müteselsilen sorumlu olurlar. Bu hallerde, ilgili gümrük müşavirinin kişisel cezai sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, işlemi yapan kişi ile birlikte müşavir şirket de gümrük idaresince alınan vergiler ve para cezaları yönünden müteselsilen sorumludur. Gümrük İdaresi'nin Kabahatler Kanunu 3. ve 14. maddesini gerekçe göstererek Gümrük Müşavirlerini de şerik olarak kabul etmesinin ve cezalandırmasının hukuki dayanağı AYM tarafından iptal edilmiş olup müşavirlerin cezalandırılması suç işleme kastının ispatına bağlıdır.

Gümrük Komisyoncusu şirket ithalat işleminde bir vekil (avukat gibi) işlem yaparken idari yaptırıma konu beyannamede ithalatçı unvanı bulunmadığı halde para cezasına veyahut ceza yargılamasına maruz kalmaktadır. Gümrük Kanunu 181/3 maddesinde geçen beyan sahibi deyimi ise ithalatçı ya da ihracatçı anlamı taşıyıp asla bunlar yerine vekaleten beyanda bulunma halini içermemektedir. Bu nedenle Gümrük İdarelerinin bu konuda daha dikkatli davranması gerekmektedir.

Bu konuda emsal bir kararı aşağıya alıyoruz:

"Gümrük vergilerinde sorumluluğu düzenleyen bu hükümlerde hem sorumluluğu gerektiren fiiller hem de gümrük yükümlüsü ile birlikte sorumlu tutulacak kişiler belirtilmiştir. Genel olarak vergi kaybına neden olan durumu bilmek fiil olarak, bu durumu bilen gümrük müşaviri/müşavirleri de müteselsil sorumlu tutulacak kişi olarak bu kapsamda yer almıştır. Gümrük yükümlüsü ile birlikte müteselsil sorumlu tutulan gümrük müşavirinin sorumlu tutulduğu gümrük vergilerinin eksik tahakkuk ve tahsiline neden olan durumu bildiği ve bilmesi gerektiğine ilişkin olarak iddiadan öte somut tespitlerin bulunması, sorumlu tutulduğu olayla arasındaki ilişkinin vergi kaybına yol açtığının açık bir şekilde ortaya konulması ise yasal düzenlemenin huku-

ki gereğidir. Bununla beraber, dava konusu para cezasının dayanağı Kabahatler Kanunu'nun kabahate iştiraki düzenleyen 14. maddesinin adı geçen yasanın olay tarihinde (9/6/2005 tarihinde) yürürlükte bulunan 3. maddesinin. (Bu kanunun gelen hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.) 22.7.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 tarih ve E:2005/108 ile K:2006/35 kararıyla Anayasaya aykırı bularak iptal edilmesi karşısında 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda düzenlenen kabahatler hakkında uygulanabilirliğinin kalmadığı, dolayısıyla vergi kaybına neden olan durumu bildiği gerektiği açık ve net olarak tespit olunamayan davacı şirketin, dava konusu KDV para cezasının dayanağı Kabahatler Kanunun 14. maddesi hükmü ile bu maddenin Gümrük Kanunu'nda yer alan kabahatler hakkında da uygulanabileceği yolundaki Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 31.5.2006 tarih ve 13694 sayılı kararı uyarınca sorumlu tutulması olanaklı değildir.

Bu durumda yukarıda yer alan mevzuat hükümlerine aykırı olarak kesilen dava konusu KDV para cezasının terkini gerekir."

Türk Ceza Kanunu bakımından evrakta sahtecilik:

Gümrük müfettiş raporlarında ithal oto kaçakçılığı fiiline karıştığı iddia edilen şahıslar hakkında ayrıca resmi evrakta sahtecilik nedeni ile de suç duyurusunda bulunulması istenmekte ise de bu mümkün değildir.

Fiil her ne kadar belgede sahtecilik unsurunu taşıyor ise de faturalar resmi belge olarak kabul edilemez. Gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı ceza kanunları uygulamasında fatura özel belge olarak kabul edilmektedir. YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2005/6-58 K. 2005/88, 5.7.2005 tarihli kararında bahsi geçtiği gibi sahte faturaya dayalı olarak tanzim edilen Gümrük Giriş Beyannamesi nedeni ile sahtecilikten yargılama yapılması hatalı olarak kabul edilebilmektedir.

Kaçak otoya ait faturaların kullanılarak Gümrük Giriş Beyannamesi düzenlenmesi halinde resmi evrakta sahtecilik fiilinin işlendiği kabul edilir ise fail TCK 204. madde uyarınca 2 seneden 5 seneye kadar yargılanacak ve resmi belgenin kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli bir belge olması nedeni ile ceza %50 oranında arttırılacaktır.

SONUÇ

İthal oto kaçakçılığı hazinenin ağır zararına sebep olan ve tesbiti halinde yaptırımları da ağır olan bir suçtur.

AB uyum yasaları çerçevesinde 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu kapsamında yapılan düzenlemeler bu ekonomik suça ekonomik ceza ilkesine uygun bulunmaktaydı.

İthal oto kaçakçılığı yapan kimse eksik ödediği gümrük vergilerini (Gümrük Vergisi ve Katma Değer Vergisi) ödeyeceği gibi bunların 3 katı oranında para cezası ödeyecektir. Daha sonra yapılacak ceza yargılaması ile Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca suç tarihine göre 1 seneden başlayan hapis ve para cezası ile yargılanacak, savcılık ayrıca resmi evrakta sahtecilik suçundan kamu davası açtığı takdirde ayrıca 2 seneden başlayan hapis cezası yaptırımı ile karşılaşabilecektir.

Bu konuda cezaların Gümrük Kanunu içerisinde toplanarak tesbit edilmesi, ekonomik suça ekonomik ceza uygulamasında bir anlayışla her fiilin tek cezası olması ilkesine uygun bir yasal düzenleme yapılması doğru olacaktır.

Ülkemizde kanun ve idari işlem boşluklarının değerlendirilerek, nasıl olsa devlet görmez anlayışı ile yapılan suç teşkil eden fiiller takipsiz kalmamaktadır.

SERMAYE PİYASASI HUKUKU ÜZERİNE BİR ANALİZ

Av. Pınar BAŞDAN

Türkiye'de sermaye piyasası faaliyelerinin gün geçtikçe yoğunlaşması, gelişmesi ve yabancı yatırımcılar perspektifinden Türk sermaye piyasasının ilgi çekmesi, sermaye piyasası hukukunun da aynı paralelde önem kazanmasına yol açmaktadır.

Sermaye piyasası, genel olarak hisse senedi, tahvil, bono ve diğer menkul kıymetler ile kıymetli madenlerin işlem gördüğü, diğer bir deyişle alınıp satıldığı borsa ve diğer piyasalardan oluşmaktadır.

Menkul kıymetlerin ilk defa ihraç ve/veya halka arz edildiği piyasalar birincil piyasalar, daha önce çıkarılan menkul kıymetlerin alınıp-satılarak işlem gördüğü piyasalar ise ikincil piyasalardır. Yatırımcı ve işletmeleri buluşturan sermaye piyasası, aynı zamanda işlemlerin şeffaflık ilkesi çerçevesinde ve güven ortamında gerçekleşmesi prensibi ekseninde çalışmaktadır. Bu noktada, Sermaye Piyasası Kurulu'nun en etkin rolü belirmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu 1981 yılında 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kurulmuştur; Devlet Bakanlığı'na bağlı, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumudur. Sermaye Piyasası Kurulu, denetleme ve cezalandırma yetkisini haiz bağımsız bir otorite olup, Sermaye Piyasası Kanunu'nda bazı aykırılık halleri için hapis cezasına dahi yer verildiğini belirtmek gerekir.

Türkiye'de sermaye piyasası hukuku, Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri ve ilke kararları doğrultusunda gelişmiştir. Sermaye piyasalarında gerçekleşen işlemlerin teknik yönü ve şeffaflık prensibi, sermaye piyasası hukukunun da kazuistik yanı ağır basacak şekilde oluşmasına yol açmıştır. Bunun en belirgin ortaya çıkış şekli, piyasalarda işlem gören her bir sermaye piyasası aracına ilişkin işlemlerin koşul ve kurallarının spesifik tebliğ ve kararlar ile düzenlenmesidir. Ancak, gözden kaçırılmaması gereken husus, sermaye piyasası hukukunun, borçlar hukuku ve ticaret hukuku prensiplerine dayandığıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmesel olarak borçlar hukukunun temel prensipleri geçerli olmakla beraber, şirketler hukuku anlamında da Türk Ticaret Kanunu, sermaye piyasası hukukunun ana çerçevesini oluşturmaktadır.

Sermaye piyasalarında yatırımcıyı koruma iradesi, Sermaye Piyasası Kurulu tebliğlerine de yansımaktadır. Bunun en önemli örneklerinden biri Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'dir. Anılan tebliğ, genel çerçevede, halka açık anonim ortaklıkların ortaklık yapısı, ve faaliyetlerinde oluşan ve yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek hususların özel durum açıklaması ile kamuya duyurulmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Değinildiği gibi mevcut sermaye piyasası mevzuatında sermaye piyasası araçlarının işlem görmesine ilişkin koşullar ayrı tebliğler ile düzenlenmektedir. Hisse senetleri, tahviller, banka bonoları ve finansman bonoları en yaygın yatırım araçlarındadır. Bu yatırım araçlarının ihracında başlıca koşul, ihraç edilecek menkul kıymetlerin Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydettirilmesidir. Günümüzde, sermaye piyasasındaki işlemler kaydi olarak gerçekleştirilmekte ve yatırım araçlarına ilişkin bilgi ve kayıtlar Merkezi Kayıt Kuruluşu'nca tutulmakta, kaydileştirilen menkul kıymetlere ilişkin işlemler ise kaydi hesaplar altında gerçekleştirilmektedir. Kaydileştirme unsuru ile beraber, diğer temel koşul ise aracı kuruluş kullanma zorunluluğudur. Sermaye piyasası araçlarına yatırım yapacak yatırımcılar, sermaye piyasası işlemlerini aracı kuruluşlar vasıtası ile gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Aracı kuruluşlar, aracı kurum ve bankaları ifade eder. Sermaye Piyasası izni ile kurulan aracı kurumların yanı sıra, Kurul'dan sermaye piyasası işlemleri için lisans alan bankalar da bu faaliyetlerde aracılık eder. Belirtmek gerekir ki, sermaye piyasası faaliyetleri belirli kollara ayrılmış olup, her bir faaliyet kolu için aracı kuruluşların Sermaye Piyasası Kurulu'ndan yetki belgesi temin etmeleri gerekmektedir. Aracılık faaliyetleri; halka arz, alım-satım, türev işlemler, repo-ters repo, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği faaliyetleri şeklinde gruplandırılmaktadır. Halka arza aracılık, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği faaliyetlerini mevduat kabul eden bankalar gerçekleştiremezler; bu faaliyetler, yetki belgesi temin edilmesi koşulu ile aracı kurum ve yatırım bankalarınca gerçekleştirilebilmektedir.

Aracı kuruluşlarla yatırımcılar arasında imzalanan çerçeve sözleşme esasları uyarınca anlaşılan aracı kurum, adına hareket ettiği yatırımcı için sermaye piyasasında yukarıda belirtilen menkul kıymet işlemlerini gerçekleştirir ki yatırımcının korunması prensibi burada da belirmektedir. Zira, yatırımcılar ile imzalanacak çerçeve sözleşmeler de ana hatları ile Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nca yakın zamanda yayınlanan "*Borçlanma Araçlarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği*" taslağı, her bir borçlanma aracının ayrı tebliğ ile düzenlendiği mevcut tebliğ sisteminden vazgeçilerek tek bir tebliğ ile düzenlenme sürecine girildiğini ortaya koymaktadır. Anılan yeni düzenleme taslağı, tahvil ihracının yanı sıra, finansman bonoları, banka bonoları, altın gümüş ve platin bonolarının ve niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu Sermaye Piyasası Kurulu tarafından saptanan diğer menkul kıymetlere ilişkin olarak da mevcut yasal düzenlemeye göre temel bir takım yenilikler içermektedir. Taslak tebliğin gerekçesi, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, sermaye piyasasında ürün çeşitliliğin artırılması hedefi ile özel sektör borçlanma araçlarının ihracının çeşitlendirilmesi ve tahvil ve diğer borçlanma araçlarının ihracında sürecin

hızlandırılarak, maliyetlerin düşürülmesi yönünde ifade edilmektedir ki bu suretle Türk sermaye piyasasında işlem hacminin genişlemesine mevzuat anlamında da katkıda bulunma saiki ortaya çıkmaktadır. Burada, yabancı menkul kıymetlerin ihracına ilişkin olarak sermaye piyasası mevzuatının duruşuna da değinmek gerekir. Yabancı şirketler tarafından ihraç edilen menkul kıymetlerin Türk sermaye piyasalarında işlem görmesine ilişkin koşullar "*Yabancı Menkul Kıymetlerin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği*" ile düzenlenmektedir. Anılan tebliğde, yabancı sermaye piyasası araçları, çıkarıldıkları ülke borsalarında alım satım konusu olan ve Kurulca niteliği belirlenen menkul kıymetler ile hak ve alacakları temsil eden diğer kağıtlar şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre, diğer ürünlerde olduğu gibi yabancı menkul kıymetlerin de ihracında başlıca koşul Kurul kaydıdır. Bunun yanı sıra, bu menkul kıymetlerin Türk piyasasında ihraç edilebilmesi için bulundukları ülkede bir borsaya kote edilmiş olmaları gerekir.

Globalleşme ile yerel sermaye piyasalarında ile işlem yapma yelpazesi uluslararası finans kuruluşlarınca ve aracı kurumlarca gitgide genişletilmektedir. İnternet, yabancı ürünlerin değişik yerel sermaye piyasalarında işleme sunulmasında kullanılan yöntemlerden biridir; ancak, Türk sermaye piyasası mevzuatı ve Sermaye Piyasası Kurulu (yatırımcının korunması ve işlem riskinin en aza indirilmesi prensipleri çerçevesinde) henüz internet yolu ile yabancı kuruluşlarca, yabancı sermaye piyasası ürünlerinin pazarlanmasına cevaz vermemektedir. Sermaye piyasası hukuku dinamiğinde gerek Türk menkul kıymetlerin gerekse yabancı menkul kıymetlerin sermaye piyasasında göstereceği gelişim merak konusudur.

YOLSUZLUKLA MÜCADELENİN HUKUKSAL ALT YAPISI

R. Bülent TARHAN

Küresel Dürüstlük Örgütü (Global Integrty) Dünya Saydamlık Örgütü'yle (Transparency International) birlikte yolsuzlukla mücadele ve etik değerler alanında dünyanın en önemli iki sivil toplum kuruluşundan biri. Merkezi Washington DC'de olan Global Integrity, ülkelerin yolsuzlukla mücadele ve hesap verilebilirlik mekanizmalarını inceliyor. 2007 raporunda 55 ülke ele alınmış. Türkiye de bu rapora dahil edilmiştir. Ülke raporları, ülkenin skor kartını, kısa yolsuzluk tarihini, yerel bir gazetecinin bakış açısıyla ülkedeki yolsuzluğun anlatıldığı yolsuzluk not defterini ve ülke parametreleri bölümünü (country facts) içeriyor. Skor kart, 6 ana kategori ve 304 sorudan oluşuyor. Bu kategoriler içerisinde sivil toplum kuruluşlarının etkinliğinden, siyasi partilerin finansmanına kadar ayrıntılı bilgiler yer almakta. Türkiye, 100 üzerinden 72 puan almış olup 55 ülke arasında ilk 15 içerisindedir. Ancak bu sonucun alınmasında hukuksal alt yapının önemli bir paya sahip olduğu görülüyor. Gerçekten de en yüksek puan olan (100) yolsuzlukla mücadele kanunları bölümüne verilmiş ve bu bölüm "*çok güçlü*" olarak nitelendirilmiş.

Türkiye'de yolsuzlukla mücadelenin yakın tarihine baktığımızda ilk kilometre taşının 19 Nisan 1990 tarihli 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu olduğunu görüyoruz. 3628 sayılı Kanunun 17. maddesi, uluslararası ölçekte de yolsuzluk suçu kabul edilen suçlara yer vermekte ve bu suçlar yönünden, ayrıcalıklı memur yargılama usullerine önemli bir kısıtlama getirmektedir. Yasanın 4. maddesinde Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinde de "*Illicit Enrichment*" başlığı ile düzenlenen "*haksız mal edinme*" fiiline yer verilmekte; madde metninde "*Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilemeyen mallar veya kişinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır*" denilmektedir. Yasanın uygulaması için Bakanlar Kurulu Kararıyla Mal Bildirimi Yönetmeliği de uygulamaya konulmuştur.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda kısmen de olsa özel sektörde rüşvet suçu kabul edilmiş; ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama kapsamı genişletilmiş; suçun tanımı, uluslararası normlara uygun hale getirilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda –rüşvet, zimmet, ihaleye fesat karıştırma gibi yolsuzluk suçları yönünden- "*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*", "*teknik araçlarla izleme*", "*taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma*", gibi önlem ve saptama amaçlı düzenlemeler yapılmıştır.

12.12.2003 tarihli, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda yapılan düzenlemeler ile batık bankalardan alacakların tahsili ve tahsilatların hızlandırılması amaçlanmıştır.

Kamu Mali Yönetimi ve Mali Kontrol Kanunu, bütçe ve harcama disiplini yönünden Avrupa Birliği normlarına uygun hükümler içermektedir.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüktedir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve uygulama yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi*" başlıklı 121. maddesi, bilgi edinme ile ilgili düzenlemelerin diğer hukuki destekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu Etik Kurumu Kurulması Hakkında Kanun uyarınca Kamu Görevlileri Etik Kurulu kurulmuş; ikincil mevzuatı yayımlanmış ve hazırlanan etik sözleşmeleri kamu görevlileri tarafından imzalanmıştır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesi ile "*içeriden öğrenenlerin ticareti*" (insider trading) suçu düzenlenmiş ve bu suç "*Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek*," biçiminde tanımlanmıştır.

5072 sayılı kanunla, kamu kurum ve kuruluşlarından, vakıflara ve derneklere kamu kaynakları aktarılmasının önüne geçilmiştir.

Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, 11.10.2006 tarihinde kabul edilmiş; 18.10.2006 tarihli, 26323 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5548 sayılı Kamu Denetçiliği (ombudsman) Kanunu çıkartılmış; ancak Anayasa Mahkemesinin anılan Kanunun bazı maddelerinin yürürlüğünü durdurması nedeniyle uygulama alanı bulamamıştır.

Türkiye; taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan *"OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi"*ni 1 Şubat 2003 tarihinde onaylamış ve sözleşme 6 Şubat 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme uyarınca, 2 Ocak 2003 tarihinde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 4782 sayılı Kanun kabul edilmiş; Türk Ceza Kanunu ve Kamu İhale Kanunu başta olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 27 Ocak ve 4 Kasım 1999 tarihlerinde kabul edilen *"Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi"* ve *"Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi"* de 4852 ve 5065 sayılı kanunlarla kabul edilmiştir. Yolsuzluğa karşı özel hukuk sözleşmesinin onaylanması üzerine Türkiye, 1 Ocak 2004'ten itibaren Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu'na (GRECO) üye olmuştur. *"Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi,"* 15 Kasım 2000 tarihinde Palermo'da imzalanmış; 30.1.2003 tarih ve 4800 sayılı Kanunla onaylanmıştır. *"Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi"* de Türkiye tarafından 18.05.2006 tarihli, 5506 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

Yukarıda sözü edilen yasaları ve onaylanan uluslararası anlaşmaları T.C. Anayasası'nın *"Usulüne uygun olarak onaylanan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir"* emri ile birlikte değerlendirdiğimizde mevzuat anlamında ciddi bir eksiğimizin olmadığı söylenebilir.

Ancak; -ne yazık ki- güçlü hukuksal düzenlemeler, yolsuzlukların azaltılması yada kontrol altına alınması için yeterli olamıyor. Yolsuzluğun; yaygın ve örgün eğitim eksikliğinden, demokratikleşmeye; iyi yönetişimin kurumsallaşamamasından, sivil toplum inisiyatiflerinin yetersizliğine kadar bir çok nedeni var. Öte yandan; Türkiye'deki kurumsal yapılar, yolsuzlukların ortaya çıkartılmasında göreceli olarak başarılı; ancak yolsuzluğu üreten sistemin tasfiyesi konusunda yetersizdirler. Türkiye açısından önemli bir diğer nedenin, yolsuzlukla mücadele aktörleri arasındaki iletişim ve koordinasyon eksikliği olduğu söylenebilir.

Son söz yerine: "Yolsuzluk *sorunu*" ile ilgili en yalın tespit, M.S. 1020-1086 yılları arasında yaşamış olan Çinli reformist Wang An Shih tarafından yapılmıştır. Wang An Shih'e göre yolsuzluğun iki temel kaynağı vardır:

- **Kötü kanun**,
- **Kötü insan**.

Unutulmamalıdır ki, kötü kanunları yapan ve iyi de olsa kanunları uygulayan insandır.

ANAYASALARIN DEĞİŞMEZ HÜKÜMLERİ & TÜRKİYE

Ali TÜREK*

İstanbul Barosu 131. Kuruluş Yıldönümü ve Avukatlar Günü Etkinlikleri - En İyi Makale Ödülü

"İnsan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur."

1789 - İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirgesi

"*Anayasaların değişmez maddeleri ve Türkiye*" konusu içerdiği güncelliğin ötesinde, araştırmayı kaleme alan genç bir hukuk ögrencisine -banabilimsel bir heyecan ve araştırma isteği taşımıştır.

Araştırma, konuyu sağlıklı çerçeveye oturtmak adına, öncelikle genel bir anayasa ve o kavrama anlam kazandıracak modern siyasal iktidarın -Devletin- aktarımıyla şekillenmiştir. Bu yolla, konunun güncelliği kadar siyasi, tarihi ve düşünsel boyutu da vurgulanmak istenmiştir.

Yazıda, bu ögrencinin heyecanının izlerinin ya da olası hatalarının varlığı devam ediyor olabilir. Ancak, ifade etmek isterim ki, yazı büyük bir heyecanla ama daha çok bilime ve o bilimin bu ülkede inançla savunulmasını borçlu olduğumuz çagdaş aydınlığa olan bağlılıkla kaleme alınmıştır.

Onu, çagdaş uygarlık yolunda emek vermiş tüm hukukçulara, saygılarımla, ithaf ederim.

VE DEVLET DOĞAR...

Tarihsel Gelişim Sürecinde Devlet ve Anayasa

Anayasa kavramı, insanlık tarihinin, moderniteyle örtüşen dönemecinde ortaya çıkmıştır. On altıncı yüzyıl, modern anlamında, kurumsallaşmış siyasal iktidarı karşılayacak '*Devlet*' kavramının ilk şekillenmelerine tanık olmuş, onun geçireceği önemli dönüşümlerin haberciliğini yapmıştır. Günümüz siyaset biliminin sıklıkla tartıştığı bir isim, Nicolo Machiavelli ve

---

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sınıf Öğrencisi

yine onun kadar derin tartışmalara konu olmuş eseri '*Hükümdar*', bu dönemeçte, kuşkusuz sembol kaynaklardan biridir. Hükümdar'la birlikte, insanlık, Ortaçağ Avrupası'nda egemen olan, egemenliğin Tanrısal kaynağının koparılışına tanık olmuş, eser, siyasal iktidarın meşruiyet kaynağını ilahi -dünyevi olan karşıtı- bağından koparıp atmıştır[1]. Hükümdar, bu yönüyle, izleyecek olan çağların ve dönüşümlerin radikal habercisidir.

17. Yüzyıl düşüncesi ve Aydınlanma'yla birlikte, Machiavelli'nin, yerine salt hükümdarın bireysel iradesini oturttuğu egemenlik meşruiyeti konusunda, entelektüel çabalar sürüp gitmiştir. Bu süreçte, Jean Bodin ve Thomas Hobbes'tan John Locke'a, Jean-Jacques Rousseau'dan E.- Joseph Sieyes'e insanlık düşünce tarihinin yıldız isimleri, pek çok önemli adım atmışlardır.

İnsanlık, işte bu süreçte, Devlet'in koparılan meşruiyet bağının yeni oluşumunu izleyecektir. Önce mutlak monarşilerin doğuşuna tanık olunacak, on sekizinci yüzyılın büyük devrimiyle[2], ulus-devletler şekillenecek ve sonunda, günümüz dünyasının '*Devlet*' algısını oluşturacak, ve meşruiyeti ulusa ve onun egemenliğine tanıyan anlayışa ulaşılacaktır.

Siyasal iktidarın, bir tanımla, gökten -Tanrısal olandan- yere -dünyevi olana- inmesi, temelinde önemli ekonomik gelişmeler barındırmakta; süreç, yükselen toplumsal bir sınıfın damgasını taşımaktadır. Modern dünyayı şekillendirecek bu sınıf, feodal düzene, aristokrasiye ve din kurumlarına karşı mücadele yürüten -kentsoylu sınıf- burjuvazidir.

Modern Avrupa siyasi tarihiyle, anayasa kavramını buluşturan nokta da, işte bu sınıfın, mücadele argümanlarında ve hedeflerinde daha belirgin görülebilecektir.

Anayasa olgusu[3], ekonomik güç kazanan, ve büyük sermaye birikimine sahip olmaya başlayan kentsoylu sınıfın, eski rejimin ayrıcalıklı gördüğü her sınıfına karşı mücadelesiyle şekillenmiştir. Burjuvazi, siyasal iktidardan pay istedikçe, başka deyişle, bu iktidarı kendi ulaşımına açma çabasını sürdürdükçe, Machiavelli'nin kurumsallaştırmadan kestiği bir meşruiyet bağını, kurmayı tasarlamıştır.

Sınıflarının adını taşıyacak olan devrimlerle -burjuva demokratik devrimleri- egemenliğin aristokrasi ya da din yöneticilerinden çok daha geniş kesimlere ait olabileceği halk ve ulus tasarımlarına geçiş böyle gerçekleşecektir.

---

(1) Machiavelli'nin devleti laik temellere oturtan ilk düşünür olduğu yorumu için Bkz. GÖZE, Ayfer. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler. Sayfa 116

(2) 1789 Fransız Devrimi, ilan ettiği Evrensel İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile insan hakları kavramına getirdiği açılımla birlikte, dünyada, ulus-devletler çaginin da başlangıcı olmuştur.

(3) Pierre Pactet anayasacılık hareketinin, orijinal bir toplumsal sözleşme yerleştirme konusunda başat olduğunu vurgular. Bkz. PACTET. Institutions Politiques - Droit Constitutionnel. Sayfa 67

Bu süreçte, anayasa, biri siyasi öteki hukuki olmak üzere, iki çok derin anlam kazanacaktır. İlk planda, yeni oluşan egemenlik çerçevesinde, anayasalar, devletin kuruluş, ve örgütlenme yapısını, iktidarın oluşum yollarını belirleyen kurallar bütünü olarak ortaya çıkacaklardır[4]. Bu hukuki planın siyasi anlamı, mutlak monarşiden ulusal egemenlik tohumlarının atılacağı döneme geçişte, devletin sınırlandırılması, siyasal iktidarın sınırlarının belirlenebilirliğinin kabulüdür. İkinci ve bu sınıf mücadelesinin en önemli kazanımlarından olan planda ise, anayasalar, bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü olarak şekilleneceklerdir ve aynı paralelde, devletin birey lehine sınırlanması pekişecektir.

Görüldüğü üzere, Anayasa olgusu, ekonomik ve siyasal dinamikler temelinde ortaya çıkmış ve modern anlamına kavuşmuştur.

DEVLETİN KİMLİĞİ - KİMLİK BELGESİ

Anayasa Kavramı

Günümüzde, anayasa kavramının tanımı, yine hukuki ve siyasi iki ayrı plan barındıracak şekilde yapılmaktadır.

Anayasa, Profesör Teziç'in tanımlamasıyla, bir devletin kuruluşunu, örgütlenisini, iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünüdür[5].

Bu tanımda, yukarıdaki değinilen iki plan, netlikle görülebilmektedir. Hukuki yönüyle, anayasa, burada, devletin statüsünü belirleyen bir kuruluş belgesi -acte fondateur[6]- niteliği taşımaktadır. Bu boyut, Anayasa'nın sembolik değerine de atıf yapmaktadır. Siyasi yönüyle, aynı kavram, kuruluşunu somutlaştırdığı devlet iktidarının onu oluşturan birey lehine sınırlanması içeriğini barındırmaktadır.

Bu noktadan hareketle, anayasa kavramının modern devlet, egemenlik, insan hak ve özgürlükleri yönünden bağı çok çarpıcı biçimde ortaya çıkabilecektir. Ve yine bu noktada, araştırıcının dikkatini çekecek en önemli bağ, bir sorunsal olarak -problematik- anayasa adıyla tanımlanan yazılı/yazısız[7] bu değerli kavramın değiştirilmesi ve çerçevesindeki detaylardır. Özellikle, yukarıda anılan ve modernitenin oluşturduğu kavramlar bağlamında ve onlarla ilişkilendirildiğinde...

---

(4) GİRİTLİ - SARMAŞIK. Anayasa Hukuku. Sayfa 3

(5) TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku. Sayfa 138

(6) Kurucu belge olarak çevirilebilecek acze fondateur terimi, ARDENT'ın eserinde, anayasanın sembolik değerini ortaya koymaktadır.

(7) Anayasalar ya da anayasal değerdeki kanunlar tek bir metinde toplanmış olabileceği gibi, farklı hukuki metinlerin bütününe yayılmış olabilir. Yazılı anayasa - teamüli anayasa ayrımı için Bkz. GİRİTLİ - SARMAŞIK. Anayasa Hukuku. Sayfa 6 - 7. Ve TEZİÇ. Anayasa Hukuku Sayfa 148 vd.

YENİ KİMLİK - DEĞİŞEN KİMLİK

Anayasa Yapımı ve Değiştirilmesi

Toplumların değişimi, doğa gereği, süreklilik arz eder. Bireyler ve oluşturdukları toplum ya da topluluklar, kesintisiz bir değişim içindedirler. Bu hareketin doğal bir sonucu, aynı değişimin ve gelişimin o toplumda yerleşik kurumsallaşmış olan siyasi iktidar kimliğinde de görülmesidir. Ekonomik, kültürel ve toplumsal pek çok etmenin yol açtığı bu durağanlık karşıtı durum, izdüşümünü o siyasal iktidarda yakaladığı anda, kurucu ve temel belgesi sayılan anayasanın da, aynı noktada, değişime açık olması gerekliliği yorumu yapılacaktır.

İşte, bu noktada, anayasalar, değişime kapalı, dokunulmaz metinler değildir[8]. Temsil ettikleri sembolik boyut ve gerek hukuki gerek siyasi yönleriyle, belirli bir zamanda dondurulmamış ve ait olduğu genel sistemin değişimine cevap verecek nitelikler taşımaktadırlar ve sistemin işleyişinde Anayasa yönünden kopma olmaması adına, bu nitelikleri taşımaları da gereklidir.

Anayasaların sürekli olabilmesinin de temel garantisi olan bu olgu, anayasaların değiştirilmesi konusunu gündeme getirmektedir.

Anayasa yapımı ve değiştirmesi yönünden, doktrin, iki ayrı kurucu iktidar tanımı yapmıştır[9]. Asli kurucu iktidar -pouvoir constituant originaire- olarak tanımlanan irade, oluştuğu anda herhangi öncül ve bağlayıcı bir irade olmaksızın, yeni bir anayasa yapma amaç ve görevine sahip kavramı karşılamaktadır. Yeni bir devletin kuruluşu, iktidarın darbe yoluyla el değiştirmesi, savaş ya da rejim değişikliği sonrasında gündeme gelmekte ve kayıtsız bağlamda anayasa yapma yetkisine sahip iradeyi anlatmaktadır. Buna karşılık, doktrin, özellikle anayasa değişiklikleri bağlamında tanımladığı, tali -ikinci- müştak kurucu iktidar -pouvoir constituant dérivé- kavramıyla, kayıtlı ve bağlı bir iradenin kavramsal çerçevesini oturtmaktadır. Bu iradenin görevi ve yetkisi, yeni bir anayasa yapımı değil, mevcut anayasanın hükümlerini değiştirme yönünde sınırlıdır.

Ancak, doktrin, özellikle, tali kurucu iktidar sınırları konusunda karşıt önermeler ve sonuçlarla örülüdür. Bu tartışma ve karşitlık, anayasaların değiştirilmesine getirilen engeller yönünden netlik kazanmakta ve araştırıcının sorularını bu sınırlara yöneltmesi sonucunu doğurmaktadır.

---

(8) TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku. Sayfa 163

(9) ÇAGLAR, Bakır. Anayasa Bilimi. Sayfa 84

DEĞİŞİMİN SINIRLARI

Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri

Mevcut bir anayasanın değiştirilme sınırları nelerdir? Yetkisini o mevcut anayasadan alan bir tali kurucu iktidarın değişiklik alanı ne ölçüde etkinleşebilir?

Anayasa değişikliğinin sorunsal boyutu, yatkın-katı anayasa ayrımının ışığında, katı anayasa modeli özeli dikkate alındığında anlam kazanacaktır. Yatkın anayasa, örneginin İngiltere'de görüldüğü ve maddi yani içeriğe dönük anlamıyla anayasal olmakla birlikte, şekil ve form yönünden standart yazılı bir belge olmayan anayasadır. Değişiklik bağlamında, önemli özelligi, bu tür anayasaların normal kanunlarla ve onların çıkarılmalarına tabi tutulan usullerle değiştirilebilmesidir. Buna karşılık, anayasa değişikleri yönünden temel nokta, katı anayasalar özelinde anlam kazanmaktadır. Değişikliğin güç ve farklı usullere bağlandığı, bir başka deyişle biçim, usul, süre ve içerik yönünden sınırlandığı bu tür anayasalar, konuya esas çerçevesini kazandıracaktır. Kıta Avrupası ülkelerinin önemli bölümünde, -Fransa, Almanya, İtalya, Yunanistan, Portekiz ve Türkiye[10] örneklerinde olduğu gibi- katı anayasalar mevcuttur.

Bu anılan nitelikteki anayasa metinlerinde, anayasa değişiklikleri hükümler nezdinde düzenlenmiş ve çesitli sınırlamalar getirilmiştir. Modern tarihin ilk anayasası 1787 ABD Anayasası'ndaki değişiklik yasağından, 1999 İsviçre Anayasası'nın federasyonla ilgili hükmüne kadar çok çeşitli sınırlamalarla karşılaşılmıştır. Bu örneklerden, 1958 tarihli Fransa Anayasası hükümet şeklinin Cumhuriyet oluşunun değiştirilememesi ve bunun Türk anayasal tarihine etkisi yönünden çalışmada önem kazanacaktır.

Tartışmanın odak noktası, işte bu sınırlamaların hukuki değeri ve niteliği yönündedir. Diğer bir deyişle, sorun, tali kurucu iktidarın söz konusu engellerle ne ölçüde bağlı olacağıdır.

İlk bakışta, değişiklik sınırlamaları etrafındaki temel karşıtlığın, asli kurucu iktidarın, kurduğu rejimin sürekliliği yönündeki talebi ve iradesiyle, toplumsal dönüşüm sonucu farklılaşabilecek ulusal iradenin, egemenliğini sınırlanmadan kullanması etrafında olduğu görülmektedir.

Gerçekten de, değişiklik sınırlamalarına getirilen eleştirilerde temel vurgu, ulus egemenliğine yapılacaktır. Özellikle, kamu hukukçuları, bir dönemin kurucu iktidarının -anayasayı ilk kez yapan irade- izleyen bir dönemin kurucu iktidarından -o anayasayı değiştirmek isteyen irade- üs-

---

(10) Türkiye Anayasalarının katı özelligi kuralının tek istisnası, 29 ekim 1923 günü Cumhuriyet'in ilanı sonucunu doğuracak değişikliğin bir kanunla yapıldığı 1921 Anayasası'dır.

tün olamayacağı[11] argümanı üstünde buluşmaktadırlar[12]. Anayasa'da asli kurucu iktidar tarafından getirilmiş sınırlamaların hukuki değerinin ve bağlayıcılığının bu açıdan bulunmadığı ve aşılabilecek olan bu hükümlerin, o iktidarın siyasi temennilerini yansıtmaktan öteye gidemeyeceğini savunmaktadırlar. Pozitivist görüş de, sözü geçen üstünlüğün mümkün olmadığı argümanını ileri sürerken, değişime kapalı olacak bir anayasanın tümüyle ortadan kalkma riski taşıdığını ve daha ötesinde, hukuk sisteminin bir kırılma riskiyle karşılaşabileceği yorumunu eklemişlerdir.

Maddi sınırlamaların hukuki geçerliliği yönünden ileri sürülen bu görüşlere karşılık, bu sınırlamaların savunusu şu temelde yapılmaktadır. Anayasaların kurumsallaşmış siyasi iktidarı tüm kimliğiyle oluşturan niteliğinden hareket eden bu görüş, anayasanın değişiklik ve geliştirmelere açık yönünün gerekliliğini korumakla birlikte, sistemin özüne dönük ve temel ilkelerde somutlaşan sınırlamaların konulmasını gerekli görmektedir. Zira, değiştirmenin, özellikle, anayasayı ilga yetkisi doğurmadığı vurgulanan görüşe göre, anayasal temel ilkelerin değiştirilmesi anayasal düzenin tamamen ortadan kalkması boyutuna varacak bir tehlikeyi barındırmaktadır. İlk aktarılan görüşün, hukuk düzeninin kesintiye uğramaması esasına farklı bir yönden dayanarak; anayasanın, kendi bünyesinde köklü değişiklik meydana getirebilecek ve böylelikle hukuk temelinde kopma yaratacak değiştirmelere izin vermemesinin o anayasanın varlık ruhuna uygun olduğu savunulmaktadır.

Doktrinin farklı yaklaşımlarının sergilenmeye çalışıldığı konunun ve tartışmanın Türkiye özelinde yansımasının anlam kazanabilmesi, Türkiye Cumhuriyeti yürürlükteki Anayasası -1982 Anayasası- hükümleri ışığında mümkün olacaktır.

DEVLET, KİMLİK ve TÜRKİYE

1982 Anayasası

Türk anayasal tarihi, iki yüzyılı aşkın bir tarihe sahiptir[13]. Anayasal metinler etrafında gelişen bu tarih, ülkenin çağdaşlaşma ve Batı uygarlığı yönünü esas almasıyla paralel oluşmuş, gelişim ortak noktalar barındırmıştır[14].

---

(11) Bu sav, kaynağını, doğal hukuk anlayışının en bilinen pozitif metni olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne yönletilmiş eleştirilerde de barındırmaktadır. İngiliz faydacı - utilitariste - Jeremy Bentham, 1816 tarihli Sophismes Anarchiques eserinde, bu argümandan hareket ederek, bir dönemin Fransız yasama erkinin zamanaşimsız ve evrensel olma iddiasıyla, takip eden dönem ve insan topluluklarını ilgilendirecek bu içerikte bir yetkisinin olamayacağını belirtir.

(12) TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku. Sayfa 170

(13) Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri adlı eserinde bu tarihi, III. Selim yenilikçiliğine kadar götürmektedir.

(14) Bu konuda kapsamlı bilgi için, Bkz. TUNAYA, Tarık Zafer. Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri

Kabaca, bu tarih, Osmanlı İmparatorluğu Gerileme döneminde, III. Selim'le başlayıp Tanzimat'a, meşrutiyetin ilanından 1908'de yeniden doğuşuna uzanmıştır. Bu gelişimin temel taşlarını, Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı -Gülhane Hatt-ı Hümayunu- ve Kanun-ı Esasi pozitif metinleri oluşturmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'ni kuracak ulus-devletin doğuşuyla, ulusal bir bağımsızlık savaşının ardından, 1921 ve 1924 Anayasaları, çok partili demokratik yaşama geçiş, 1961 ve son olarak 1982 Anayasaları Türk Anayasal Tarihi'nin belgeleri olmuşlardır.

1982 Anayasası[15], bu süreçte, yürürlükte olan son anayasadır. Bünyesinde barındırdığı değiştirilemez hükümlerin incelenmesinden önce, metni ortaya çikaran konjonktür ve genel yapının incelenmesi sağlıklı olacaktır.

1982 Anayasası, doktrinde büyük oranda, az önce anılan anayasal çizginin en ileri zirvesi sayılan 1961 Anayasası'yla kıyaslanmış, temel özellikleri, ona oranla konumlandırılarak açıklanmıştır. Profesör Özbudun, 1982 Anayasası'nı tarifinde, onun, çogulcu demokrasiyi benimseyen, temel hak ve özgürlüklere geniş yer ayıran, sosyal devlet vurgusu yüksek 1961 Anayasası'nın aksine, yüksek oranda katı, kazüistik[16], özgürlük otorite dengesinde otoriteye ağırlık tanıyan, yürütme organını güçlendirirken, katılımcı demokrasinin gücünü zayıflatan yapısına vurgu yapmıştır. Aynı doğrultuda, Profesör Tanör, insan ve bireyi kutsal sayan, özgürlük ve demokrasiye liberal bir yaklaşim sergileyen bir önceki anayasanın aksine, 1982 Anayasası'nın otoriter niteliği ağır basan, ve devleti birey karşısında kutsallaştıran bir anlayışa sahip bulunduğunu belirtmiştir[17].

Bu iki aktarımın da ötesinde, gerek Anayasa hukukçuları gerek siyasiler nezdinde, 1982 Anayasası'nın yukarıda anılan nitelikleri büyük oranda paylaşılarak eleştirilmiş, Anayasanın kabulünü takip eden sürecin hemen ertesinde Anayasaya dönük bu bakış geniş toplum kesimlerince dile getirilmeye başlanmıştır[18].

İçeriksel eleştirinin ötesinde, anayasanın hazırlanma, oluşturulma ve kabul aşamaları da eleştirilmiştir. Egemenliğin ait olduğu ulusun temsiline kapalı Danışma Meclisi'nin hazırlıkları yürütmesi, metne son şeklini Milli Güvenlik Konseyi'nin vermesi, anayasanın oluşum sürecinde demokratik nitelik göstermediğinin, askeri darbe ertesi referanduma sunum yolunun

---

(15) Yürürlükteki 1982 Anayasası, 2709 sayılı Kanun Numarasıyla, 7.11.1982 tarihinde kabul edilmiştir.

(16) Anayasanın 'birçok muhtemel durumları düzenlemek isteyen' bu niteliğiyle ilgili Bkz. ÖZBUDUN, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Sayfa 58

(17) TANÖR, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. Sayfa 378

(18) TEZİÇ - GÜRAN - YAYLA - BAYRAKTAR - ULUCAN - TANÖR - SAĞLAM - BATUM - YÜZBAŞIOĞLU. Yeni Bir Anayasa İçin. Sayfa 1

da tartışmalı olduğunun altı çizilmiştir[19]. Demokratik anayasa yapım sürecinin, temel üç boyutu, yazım -tartışma- kabul planında, ulusun eksiksiz katılımı sağlanamamıştır.

KİMLİĞİN ÇIZGİLERİ

Değiştirilemez Maddeler

Oluşum süreci bu nitelikleri arz eden 1982 Anayasası, araştırıcının temel odak noktası olan '*Değişmez Maddeler*' açısından şu özelligi sergilemektedir:

1982 Anayasası, birinci, ikinci ve üçüncü maddelerinde değiştirilemeyecek hükümlere yer vermiş, değişmezlik ve -değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği- hükmünü dördüncü maddesinde belirtmiştir.

Anayasanın birinci maddesi, devletin şekli kenar başlığında, Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğunu belirtmektedir. İkinci madde, Cumhuriyetin nitelikleri başlığında, şeklinin Cumhuriyet olarak belirlendiği devletin temel niteliklerini sıralamaktadır. Buna göre, "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir*"[20].

Anayasa'nın üçüncü maddesi, devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti başlığında, şu hükme yer vermektedir: "*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. Bayrağı, Şekli Kanunu'nda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı "**İstiklal Marşı**"dır. Başkenti Ankara'dır*".

İlk üç maddeyi takiben, anayasanın dördüncü ve değiştirilemeyecek hükümler başlıklı maddesi, açık bir ifadeyle, "*Anayasa'nın birinci maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, ikinci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve üçüncü maddesin hükümlerinin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini*" belirmektedir.

1982 Anayasası'nın değişmez hükümler nezdinde somut tablosu bu yöndedir.

Tarihsel gelişimi açısındansa, değişmez maddeler varlığı 1982 Anayasası öncesinde de görülmektedir. Bu yönde, Türk pozitif anayasa hukuku tarihinde ilk örnek, 1924 anayasasıdır[21]. Cumhuriyet'in ilanından

---

(19) 1982 Anayasası oluşum süreci için Bkz. TANÖR - YÜZBAŞIOĞLU. 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku. Bölüm I. Sayfa 3 - 27

(20) YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. Anayasa Hukukunun Temel Metinleri. Sayfa 131

(21) Yeni kurulan çagdas cumhuriyetin sağlıklı devamı amacıyla, saltanata dönüşün önünde bir engel olarak düşünülen bu maddenin kaynağının, Fransa'daki üçüncü cumhuriyette olduğu düşünülmektedir. Zira,

sonra, II. Meclis'in oluşturduğu bu anayasa, ilk maddesinde, mevcut hükmü belirtmiş[22], Cumhuriyet'in dayanakları başlıklı yüz ikinci maddesinde de, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddede değişiklik ve başkalama yapılmasının hiçbir türlü teklif dahi edilemeyeceğini yazmıştır[23].

Aynı doğrultuda, 1961 Anayasası da, ilk maddeyi aynı şekilde korumuş, devletin şeklinin değişmezliği başlıklı dokuzuncu maddede, devletin şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez, demiştir.

1982 Anayasası'na gelindiğinde, anayasa yapan iktidar, Türk anayasal geleneğinden gelen bu değişmez hükmü, oluşturduğu metinde korumuştur. Bununla birlikte, kurucu iktidar, bu hükümlerin sınırlarını genişletmiş, ve Anayasa'nın ilk üç maddesini, dördüncü maddede ifade ettiği değiştirilemeyecek hükümler kapsamına almıştır.

Bu kararda, doktrinin vurguladığı önemli nokta, 1982 Anayasası'nın tepki anayasa olması niteliğiyle birlikte, 1961 Anayasası döneminde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin şekilden esasa gitmek suretiyle, değişmez hükümler kapsamına anayasanın ikinci maddesini de almış olmasının[24] etkisidir. Burada anayasanın tepkisel niteliği de, 1982 Anayasası'nı hazırlayan kadronun, takip ettikleri dönemin şart ve olaylarından doğrudan etkilenmiş olarak yapım sürecini yürütmüş olmaları anlamını içermektedir.

1982 Anayasası gerekçesi incelendiğinde, şu görülecektir ki, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, dördüncü maddenin oluşumunda bizzat rol almış, Danışma Meclisi'nin kabul ettiği devlet şeklinin değişmezliği başlıklı on birinci maddenin yerine, ilk üç maddeyi kapsayan dördüncü maddenin gerekliliğine karar vermiştir[25].

Anayasa metninin tümü olduğu gibi, doktrinde, dördüncü madde kapsamındaki değiştirilemeyecek hükümler de inceleme ve tartışma konusu olmuştur.

Profesör Özbudun yaptığı listelemede, dördüncü maddenin esasen koruduğu kavramları şu şekilde sıralamıştır: Cumhuriyetçilik, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet, başlangıç ilkeleri, Atatürk milliyetçiliği,

---

yürürlükteki 1958 tarihli Fransız Anayasası aynı değişmez hükmü seksen dokuzuncu madde kapsamında korumaktadır.

(22) 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Birinci Fasıl - Ahkamı Esasiye. Madde 1 - Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.

(23) Maddenin 1945 tarihli değişiklik öncesi metni şu şekildedir: 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Madde 102 - İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez.

(24) İlgili kararlar için Bkz. TEZİÇ. Anayasa Hukuku. Sayfa 79

(25) İZGİ - GÖREN. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu. Sayfa 67

laiklik, demokratik devlet, insan haklarına saygılı devlet, hukuk devleti, sosyal devlet ve eşitlik...

Başlangıç ilkelerinin, paragraf düzleminde, dağılımı ise, Profesör Tanör'ün tasnifiyle şöyledir: Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları, uluslararası eşitlik, millet egemenliği, bölünmezlik, laiklik ve Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı[26].

KİMLİK HANELERİ - DOLU KUTULAR

Değişmez Maddeler Tartışması - Eleştiriler & Yarın

Anayasaların değişmez maddelerinin Türkiye ve 1982 Anayasası özelinde somut tablosu bu yöndedir. Ne var ki, objektif ortaya konmuş bu resmin problematik boyutu, araştırıcı zihninde sorular oluşturmaktadır. Sorunun güncel boyutunun kavranmasına dayanak oluşturup konuya derinlik katabilecek belirgin sorular ortaya çıkmaktadır. Bunların en temeli, sonuç yerine geçecek bölümün temel üç aksını oluşturacaktır. Anayasa hukuku doktrininde hukuki geçerlilikleri, bağlayıcılıkları, demokratik nitelikleri tartışılan konu, 1982 Anayasası özelinde nasıl algılanmalıdır?

İlk planda yapılabilecek tespit, bu ilk üç maddenin içerik yönünden eleştirilmiş olduğudur. Profesör Tanör, özellikle, ikinci maddede yer alan ve Anayasanın Başlangıcı'na gönderme yapan ifadenin hukuki bağlayıcılığının tartışılır olduğunu belirtmiştir. Yönelttiği eleştiri, Başlangıç'ın içerdiği temel ilkelerin anayasa metnine maddeler nezdinde halihazırda dahil olduğu yönündedir[27]. Başka bir örnek olarak, demokratik devlet sıfatının yinelenmesine de, cumhuriyet kavramının içeriğinde olduğu ve geniş tanımlamasıyla cumhuriyetin demokrasiyle iç içe geçtiği yorumu ışığında eleştiri yönelmektedir. Aynı şekilde, Profesör Özbudun da, edebi bir üslupla yazılmış olduğunu belirttiği Başlangıç Bölümlerinden norm çıkarımının kolay olmadığını belirtmiştir[28].

Çogaltılabilecek bu örnekler, 1982 Anayasası'nın değişikliği gündeme geldiğinde, hazırlanacak metinlerin içeriklerini belirleme yönünden yön gösterici olmuşlardır. Başka deyişle, bu maddelere yöneltilmiş eleştiriler, bir ölçüde, değişiklik çalismalarinda da varlığını ortaya koymuş, değişim konusunda mevcut motiflerin temelini oluşturmuşlardır.

1982 Anayasası'nın değişikliği ya da yeni bir anayasanın hazırlanması gündeme geldiğinde, tartışma, bu değişmez maddelerin üstünde yoğunluk kazanmaktadır.

---

(26) TANÖR - YÜZBAŞIOĞLU. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. Sayfa 71

(27) Ibid. Sayfa 71 - 72.

(28) ÖZBUDUN. Türk Anayasa Hukuku. Sayfa 71.

Araştırıcının varabileceği sonuç, şu çerçevededir:

Sonuç Yerine

Anayasalarda değişmez maddelerin varlığı hukuki bir gerçek olarak karşımızda bulunmaktadır. Kurucu iktidarlar, bu yolla, inşa edilen rejimin temel niteliklerinin devamı iradesini ortaya koydukları gibi, maddelerin genel çerçevede içeriği yönünden, bu dileğin de ötesinde, başta anayasanın dahası onun kimliği olduğu devletin temel var oluş niteliklerini de belirlemektedirler.

Anayasa hukuku doktrini de, bu hukuki gerçeklik üstünde farklılaşan, karşit tezler barındırmaktadır. Değişmez maddelerin hukuki dayanaktan yoksun siyasal dilekler olduğu görüşü ileri sürüldüğü gibi, onların mutlak yönden gereklilikleri üstünde duran karşıt görüşler de doktrinde yer almaktadır.

Burada, hukuk ögrencisi araştırıcının vardığı sonuç, tartışılan ülke somut olarak belirlensin belirlenmesin, genel çerçevede, iki nokta barındırmaktadır. İlk nokta, anayasaların, içinde oluştukları toplumun geniş kesimlerinin anlaştığı ortak değerler üstüne inşa edildiği, diğer bir deyişle, toplumsal sözleşme olduklarıdır. İkinci nokta, yine anayasaların, ait oldukları toplumların tarihsel gelişim sürecinden ve seviyesinden dolaysız yönden etkilendikleri ve belirli bir gelişim çizgisi, yolu, yönü üstünde seyrettikleridir. Bu iki nokta, araştırıcının son söz olarak, konuyu, Hüviyet ve Hürriyet, Öz Türkçe karşılıklarıyla Kimlik ve Özgürlük kavramlarına ulaştırması sonucunu doğurmaktadır.

Evet, anayasalar bir ulusun kimliğidir ve tarihi, tanımı, yapısı gereği bu kimlik, özgürlüklerle doğrudan ilişkilidir. Bu kimliğin, özgürlükle bağının sağlıklı olması içinse, demokrasiye mutlak temel sağlayacak ilkelerle -ki başta laiklik gelmektedir[29]- örülü olması gerekmektedir. Çağdaş bir devletin kimliği, çağdaş kavramlarla bezeli olmalıdır.

Araştırmanın odak noktası olan anayasaların değişmez ilkeleri yönünden, bir kez daha bu bağı ve "*İnsan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur*"[30]; cümlesini belirtmekte yarar bulunmaktadır.

---

(29) Anayasa Mahkemesi'nin laikliğin Türk Devleti'nin kurucu ilkelerinden biri olduğunu ve Türkiye'de demokratik sistemin korunması için önemini vurgulayan kararları için Bkz. TANÖR - YÜZBAŞIOĞLU. 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku. Sayfa 85

(30) 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi - On altıncı madde

YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/12-234 **K:** 2007/232 **T:** 02.05.2007

İCRA HUKUKU • BORÇ DOĞURAN BELGE • AVUKAT SIFATI BULUNMAYAN VEKİLİN YAPTIĞI İŞLEMLER

(İİK m.169/a, 107/a)

Özet: *Öncelikle 22.01.2003 tarihi itibariyle A.K.'nin avukatlık yapma yetkisine sahip bulunup bulunmadığı saptanmalı; Avukatlık yapma yetkisine sahip bulunmadığı saptanır ise; kendisine verilen vekaletnamenin sadece davaya vekaletle sınırlı bir içerikte bulunması nedeniyle, borçlu vekili sıfatıyla takibe konu borcu kabul etme yetkisine sahip olmadığı, dolayısıyla, imza kendisine ait olsa bile, müvekkili durumundaki borçlunun anılan protokolle bağlı tutulamayacağı benimsenmeli; buna karşılık, anılan tarihte avukatlık yapma yetkisine sahip bulunduğunun belirlenmesi durumunda, protokoldeki imzanın kendisine ait olup olmadığı yöntemine uygun şekilde yaptırılacak bir bilirkişi incelemesiyle saptanmalı; bütün bu araştırma ve incelemelerin ortaya koyacağı uygun sonuç çerçevesinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 169/a, 107/a maddelerindeki düzenlemeler de gözetilmek suretiyle, bir karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki "**Borca ve İmzaya** İtiraz" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 6.4.2006 gün ve 2002/1640-2006/173 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2006 gün ve 2006/18312-21121 sayılı ilamı ile,

(*...Alacaklı tarafından, borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambiyo senetleri-ne mahsus haciz yoluyla icra takibine geçilmiş ve borçlu vekili icra dairesine süresinde başvurarak takip konusu senetteki imzaların müvekkiline ait olmadığını, sahte imza ile senet tanzim edilip takibe konulduğunu bu nedenle imzaya itirada bulunulduğu anlaşılmaktadır.*

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre;takip konusu edilen senetlerdeki imzaların elektronik tarayıcılarla (scaner) taranarak oluşturulduğunun bildirilmesi üzerine borçlu vekilinin iddialarının yargılamayı gerektirsğinden bahisle reddine karar verilmiş ise de, bu rapora

göre; alacağın varlığı alacaklı açısından yargılamayı zorunlu kıldığından istemin kabulü gerekmektedir. Ancak alacaklı vekilinin sunmuş bulunduğu "anlaşma ve protokol" başlıklı 22.1.2003 tarihli belgede takip dosya-sına atıfta borçlu vekili A.K. (Bakırköy 25. Noterliği'nin 24.6.2002 tarih ve 19218 yevmiye no'lu vekaletnamesi ile) sözkonusu protokol altındaki imzayı kabul etmemiştir. Bu durumda mahkemece bu imzanın, İİK.'nin 169/a,170/a maddeleride gözetilerek adı geçen vekili A.K. eli ürünü olup olmadığı yöntemince tesbit edilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile borçlunun itirazının reddi yönünde hüküm kurulması isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla borçlu vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüne karar verilmesi uygun görülmüştür...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı P. İnşaat AŞ. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kambiyo senetlerine mahsus yolla yapılan icra takiplerinde borca ve imzaya itiraza ilişkindir.

Davacı vekili, davalı tarafından davacılar hakkında kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapıldığını,ancak, takibe konu bonodaki imzanın sahte olduğunu, müvekkilinin takip alacaklısına borcu bulunmadığını ileri sürerek, icra takibinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; borçlu vekillerinin takibi engellemek amacıyla icra müdürü ve icra memuru ile el ve işbirliği yaparak, takibe konu bonoyu iki defa kasadan alıp, icra dairesi dışına çıkarmak suretiyle sahtesiyle değiştirdiklerini, icra müdürü ve memuru hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan ceza davası açıldığını; takibe konu senedi icra dairesi dışına çıkarıp bilgisayar ortamında sahtelerini düzenleterek, sahtesini icra müdürüne teslim ettikten sonra, senedin sahteliğini ileri sürmek suretiyle hem resmi evrakta sahtecilik, hem avukatlık görevini kötüye kullanmak, hem de esasen borçlu vekillerinden A.K. hakkında benzeri eylemlerinden dolayı Baro tarafından yürütülen pek çok soruşturma dosyası bulunduğunu ve 2001 yılı Mayıs ayından itibaren işten el çektirildiğini belirterek, suç teşkil eden eylemlerin sonucuna dayanan itirazların reddi ile icra takiplerinin devamına karar verilmesini ve suçlarından dolayı görevli memurlar hakkında hakimlikçe disiplin cezaları uygulanmasını istemiştir.

Yerel Mahkeme, takibe konu bononun İcra Dairesi dışına çıkartılmak suretiyle bilgisayar ortamında sahtesinin oluşturulduğunun ve takip dosyasına sahte senedin konulduğunun sabit ve çekişmesiz bulunduğu, dayanak senet aslının mevcut olmaması nedeniyle imza incelenmesi yaptırılmadığı için imzaya ve borca itirazın reddine karar vermiş; Özel Daire bu kararı, karar düzeltme aşamasında metni yukarıda bulunan ilamla bozmuş; Yerel Mahkeme'nin gerekçesini genişleterek verdiği direnme kararını da davacı vekili temyiz etmiştir.

İlgili İcra Müdürü ve icra memuru hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan açılan ve Üsküdar 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/777 esas sayılı dosyasıyla görülen ceza davası sonucunda verilen 23.11.2005 gün ve 2005/635 sayılı kararda, takibe konu senedin renkli fotokopi çektirilmek üzere icra kasasından dışarıya çıkartıldığı ve yerine sahtesinin konulduğu kabul edilmiş, her iki sanığın görevi ihmal suçundan mahkumiyetlerine karar verilmiştir. Sahte bononun, ön yüzünün, arka yüzünün ve imzalarının elektronik tarayıcılarla taranmak suretiyle oluşturulduğu da, dosyadaki bilirkişi raporlarından anlaşılmaktadır. Esasen, bu yön çekişmeli de değildir. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece de kabul edildiği üzere, ortada, üzerinde imza incelemesi yapılabilecek bir bono bulunmadığından, borçlunun imzaya itirazının haklı olup, olmadığının saptanmasına olanak yoktur. Dolayısıyla, alacağın tahsili yargılamaya muhtaç hale gelmiştir. Burada, genel hükümlere göre dava açmak ve alacağın varlığı ile miktarını kanıtlayıp, hüküm altına aldırmak yükümlülüğü, alacaklıya aittir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.6.2001 gün ve 2001/12-45-545-548 Sayılı Kararı da aynı yöndedir.

Ancak, davalı vekili, görülmekte olan davanın açılmasından sonra taraflar arasında düzenlenen bir protokolle takibe konu borcun kabul edildiğini ileri sürmüş ve 22.1.2003 tarihli, taraflar vekilerinin isimlerini ve kendilerine atfedilen imzaları taşıyan protokol örneğini dosyaya sunmuştur. Bu protokolde,icra takip dosyasına açıkça atıf yapılmak suretiyle, borcun varlığı kabul edilip, bir ödeme takvimine bağlandığı, protokolün imzalanmasıyla birlikte borçlu tarafın, görülmekte olan davadan feragat edeceğinin de ayrıca hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun "*Borçlunun kambiyo hukuku bakımından şikayeti*" başlıklı 170/a maddesinin ikinci fıkrasında, icra mahkemesinin, şikayet veya itiraz dolayısıyla kendisine intikal eden işlerde, takip dayanağı kambiyo senedinin bu vasfı taşımadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı hususlarını re'sen nazara alarak, bu fasla göre yapılan takibi iptal edebileceği; son fıkrasında ise, her ne suretle olursa olsun, imza inkarı itirazının geri alındığı veya borcun kısmen yahut tamamen kabul edildiği hallerde, bu madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda değinilen 22.1.2003 günlü protokol, borçlunun takibe konu borcu tamamen kabul ettiği yönündeki bir irade beyanını içerdiğinden, bu hüküm kapsamındadır.

Ne varki; anılan protokolde borçlu vekili sıfatıyla ismi ve kendisine atfedilen bir imza bulunan Av. A.K. yargılama sırasında tebliğ edilen muhtıra üzerine mahkemeye verdiği 28.1.2003 günlü dilekçede, protokoldeki imzanın kendisine ait olmadığı bildirilmiştir.

Öte yandan, Av. A.K.'nin, çeşitli mahkumiyet kararları nedeniyle İstanbul Barosu tarafından, anılan protokolün düzenlendiği tarihten daha önce 22.5.2001 tarihinde avukatlıktan çıkarılmış olduğu; Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, eldeki davaya konu bonolarla ilgili olarak sahte evrak tanzimi suçundan hakkında tanzim edilen 19.7.2004 tarihli iddianamede belirtilmiştir.

Davalı vekilinin eldeki dava dosyasına sunduğu 10.1.2003 günlü dilekçede de aynı iddia mevcuttur.

Hal böyle olunca,Mahkemece yapılması gereken şudur:

Öncelikle, A.K.'nin, protokolün düzenlendiği 22.1.2003 tarihinden daha önce, mensubu bulunduğu İstanbul Barosu tarafından avukatlıktan çıkarılmış olup olmadığı yönetimce araştırılmalıdır.

Bu araştırma sonucunda; 22.1.2003 tarihi itibariyle Av. A.K.'nin avukatlık yapma yetkisine sahip bulunmadığı saptanır ise; kendisine verilen vekaletnamenin sadece davaya vekaletle sınırlı bir içerikte bulunması nedeniyle, borçlu vekili sıfatıyla takibe konu borcu kabul etme yetkisine sahip olmadığı, dolayısıyla, imza kendisine ait olsa bile, müvekkili durumundaki borçlunun anılan protokolle bağlı tutulamayacağı benimsenmeli; buna karşılık, anılan tarihte avukatlık yapma yetkisine sahip bulunduğunun belirlenmesi durumunda, eğer protokoldeki imza ilamında da belirtildiği gibi, protokoldeki imzanın kendisine ait olup olmadığı yöntemine uygun şekilde yaptırılacak bir bilirkişi incelemesiyle saptanmalı; bütün bu araştırma ve incelemelerin ortaya koyacağı uygun sonuç çerçevesinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 169/a, 107/a maddelerindeki düzenlemeler de gözetilmek suretiyle, bir karar verilmelidir.

Yerel Mahkemece, bu yönler göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı, Özel Daire Bozma İlamı'nda gösterilen sebeplere ilaveten, açıklanan bu gerekçeyle de bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı/borçlu P. İnş. AŞ. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 2.5.2007 gününde oybirliğiyle ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/9-272 **K:** 2007/282 **T:** 16.05.2007

İŞ HUKUKU • TEMYİZ GİDERLERİ •
MUHTIRADA ŞEKİL KOŞULU • SENDİKAL TAZMİNAT

(SEN. K. m 31; HUMK m. 434/3)

Özet: *Temyiz eden tarafa gönderilen muhtıranın soyut bir anlatım içererek mahkeme giderlerinin yatıralacağını bildirmesi geçersiz işlemdir. Muhtırada masrafların "mahkeme veznesine" yatırılacağı hususu özellikle belirtilmelidir.*

Sendikal tazminata hükmedilmesi için yeterli ve inandırıcı kanıtların bulunması gerekir.

Taraflar arasındaki "**Sendikal Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 1. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 30.09.2004 gün ve 211-490 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2006 gün ve 30125-21521 sayılı ilamı ile,

(...Davacı Türkiye Dok Gemi İş Sendikası üyesi iken çalıştığı tersanenin askeri makamlara devredilmesi nedeniyle sendika değiştirmeye zorlandığını ve işverenin bu davranışıyla işçiler üzerinde sendikal baskı kurduğunu belirterek tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren savunmasında, davacıya sendikadan ayrılmak hususunda baskı uygulanmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkeme isteği hüküm altına almış, karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Sendikalar Yasası'nın 31. maddesinde, "...işçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları nedeniyle işten çıkarılamaz veya farklı muameleye tabi tutulamazlar..." denilmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; tersanenin 15.11.1999 da askeri makamlara devredildiği, davacının 24.11.1999 tarihinde üye olduğu sendikadan ayrılarak Harp-İş Sendikası'na aynı tarih itibariyle üyelik başvurusunda bulunduğu görülmektedir. Bu tarihe kadar sendikal baskı altında tutulduğunu iddia etmeyen davacı, iş akdinin üyelik işlemlerinin tamamlanmasından 5-6 ay sonra feshedilmesi üzerine sendikal tazminat talebinde bulunmaktadır. Fesih tarihinde davacının üyelik durumu bellidir. Askeri işyeri olan tersanede Milli Savunma iş kolunda yer alan Harp-İş Sendikası Toplu İş Sözleşmesi'nin sona ermesinden sonra yetkili sendika durumuna

gelecektir. Tersane yetkililerinin işçileri sendikasızlaştırma uğraşı içine girdikleri de iddia edilmemektedir. Ayrıca yürürlükte olduğu ileri sürülen Toplu İş Sözleşmesinden işçilerin faydalanmaması için sendika değiştirme baskısı olduğu yönünde de kanıt getirilmemiştir.

Davacı tanığı yine işten çıkarılan bir işçi olmakla beraber sendikal baskı ile ilgili herhangi bir kanaat getirici bilgi vermemiş olup, davalı tanıkları ise işyerinde sendika değiştirilmesi ile ilgili olarak herhangi bir telkinde bulunulmadığını ifade etmişlerdir.

Sendikal tazminata karar verilebilmesi için yeterli ve inandırıcı kanıtların bulunması gerekir. Dosyada ki bilgi ve belgeler bu nitelikte olmamakla beraber mahkemenin adı geçen tazminata hükmetmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, sendikal tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece istemin kabulüne dair verilen karar, Yüksek Daire'nin yukarıda yazılı kararı ile bozulmuş olup, direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmektedir.

1- Temyiz eden davalı vekilin,kendisine 20.06.2006 günü tebliği edilen muhtıradaki yedi günlük süre geçtikten sonra posta giderlerini yatırmış olmasının HUMK'un 434/3. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddini gerektirip gerektirmeyeceği hususu,görüşme sırasında ön sorun olarak incelenip, değerlendirilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 434/3. maddesinde, temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderleri tamamının ödeneceği; bunların eksik olduğunun tespiti halinde kararı veren hakim veya temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususunun temyiz edene yazılı olarak bildirileceği ve verilen süre içerisinde tamamlanmadığı taktirde kararın temyiz edene yazılı olarak bildirileceği ve verilen süre içerisinde tamamlanmadığı taktirde temyiz edil-memiş sayılmasına karat verileceği hükme bağlamıştır.

Somut olayda, davalı vekiline çıkartılan muhtırada eksik giderin, belirtilen süre içerisinde "*mahkeme veznesine*" yatırılması değil, yer belirtilmeksizin "*yatırması-getirmesi*" istenilmiş olup, Yasanın aradığı biçimde ihtar yapıldığı kabul edilemez. Gerçekleşen bu durum karşısında anılan muhtıra

geçersizdir. Davalı vekili, verilen süreden sonra gerekli giderleri tamamlamıştır. Bu durumda, HUMK'un 434/3. maddesinde, hükmün temyiz edilmemiş sayılmasının koşulu olarak düzenlenen halin somut olayda gerçekleşmediğine oybirliğiyle karar verilerek, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

2- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen ve yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, 16.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/13-58 **K:** 2008/39 **T:** 30.01.2008

TÜKETİCİ HUKUKU • SU ABONELİĞİ • ÖNCEKİ ABONEDEN KALAN BORÇTAN YENİ ABONENİN SORUMLU TUTULAMAYACAĞI • İLTİHAKİ SÖZLEŞMELER*

Özet: *Su aboneliği tesisi isteyen davacının konutu devralmasından önceki dönemden kalan su tüketimi borçlarından sorumlu olacağı kabul edilerek, söz konusu borçla ilgisi bulunmayan davacının abonelik tesisi işleminin kabul edilmemesinin haklı gerekçesi yoktur.*

Kamu hizmeti yapan davalı kurum, yasal koşulları taşıyan herkesle iltihaki sözleşme niteliğindeki abonelik sözleşmesini yapmakla yükümlüdür.

Taraflar arasındaki "**Muarazanın Meni (abonelik tesisi)**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. Tüketici Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 15.12.2006 gün ve 2006/360-1479 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN / Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

13. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2007 gün ve 2007/4514-8969 sayılı ilamı ile,

("...Davacı, dava konusu dairenin hak sahipliğini devraldığını, önceki kira-cının abonelik tesis edilmeden su kullandığını, kendisinin önceki kaçak-su ücreti ve cezai işlemlerden sorumlu tutlarak, talebine rağmen davalıca abonelik tesisinin yapılmadığını ileri sürerek abonelik işleminin tesisini istemiştir.

Davalı, iskan ruhtasının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafın-dan temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlerle ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 31. maddesi iskan ruhsatı bulunmayan yapılara abonelik tesis edilemeyeceğini hükme bağladığı gibi Türk Ceza Kanunu'nda da bu tür abonelik tesis edilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Anılan bu hususlar kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla iskan ruhsatı bulunmayan yapılara abonelik verilmesi olanaklı değildir. Davalı davaya cevap verirken iskan ruhsatının olmadığını bildirmesine rağmen mahkemece bu hususta herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Mah-kemece değinilen bu yön gözetilerek davacıya ait konuta abonelik veril-mesinin nedeni araştırılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir...") gerekçesiyle bozularak yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki karar-da direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, davacı adına su aboneliği tesisi ve (davalının buna ilişkin istemi reddetmek suretiyle çıkardığı) muarazanın meni istemine ilişkindir.

Yerel Mahkeme; abonelik tesisi istenilen konutta davacının satın almasından önceki dönemde oturan kişinin kaçak su kullanmış ve hakkın-da bu yüzden tutanaklar düzenlenmiş olmasının, davalıya herhangi bir borcu bulunmayan davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin kabul edil-

memesi için haklı neden oluşturmayacağı, davalının kaçak su kullanımından kaynaklanan alacağını, kaçak olarak su kullanmış olan kişiden istemesi gerektiği, davacı ile abonelik sözleşmesi yapmak zorunda bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının konutuna abonelik ücreti davacı tarafından karşılanmak koşulu ile su aboneliğinin yapılmasına, taraflar arasındaki çekişmenin bu şekilde giderilmesine karar vermiş; Özel Daire bu kararı metni ilamında belirtilenin tersine, davacının konutunun bulunduğu bina için davadan önce yapı kullanma izin belgesi alınmış olduğunu da vurgulayarak önceki kararında direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, Mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlerle ve özellikle; davacının su aboneliği tesisini istediği konutu kendisinin devralmasından önceki dönemde kullanan ve davalının savunmasına göre de kaçak şekilde su tüketmiş olan kişi hakkında, o eyleminden dolayı davalı tarafından düzenlenen kaçak su tutanakları çerçevesinde tahakkuk ettirilen borçtan, eylemle herhangi bir ilgisi olmayan, konutu sonradan devralan davacının sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamasına; davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin davalı tarafından bu gerekçeyle kabul edilmesinin herhangi bir haklı gerekçeye dayanmamasına; görmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti çerçevesinde, görev alanı içerisindeki tüketicilere su temin etmesi gereken davalı kurumun, yasal koşulları taşıyan herkesle iltihaki sözleşme niteliğindeki abonelik sözleşmesini yapmak zorunda olmasına; davalı kurumun, kişisel bir borcu bulunmadığı çekişmesiz olan davacı için abonelik tesisini başkasına ait borcun ödenmesi koşuluna bağlanmasının hukua açıkça aykırı bulunmasına göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile,direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 30.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/3-212 **K:** 2008/234 **T:** 30.05.2008

ALIM SATIM SÖZLEŞMESİ • AYIP İHBARI • SÖZLEŞMEDEN DÖNME*

Özet: *Satın alınan mal motorsiklet olup, bu malın ruhsata uygun olup olmadığı uzman bir kişinin incelemesiyle anlaşılabilir.*

Dava konusu somut olayda, satın alınan mal hakkında alınan takip teknik rapor üzerine hemen ayıp ihbarında bulunarak akdi feshettiğini bildiren alıcının yasaya uygun işlem yaptığı kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bandırma Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 25.04.2006 gün ve 2005/1677 E., 2006/400 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 14.12.2006 gün ve 16335-17600 sayılı ilamı ile;

(...Davacı, davalı bankanın alacağı nedeniyle İcra Müdürlüğü'nce satışa çıkartılan diğer davalıya ait motorsikleti ihale ile satın aldığını, ancak adına tescil için müracaatında motor ve şase numarasının ruhsattan farklı olması nedeniyle tescil işlemini yaptırmadığından masraflar dahil ödediği bedelin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar, ilana göre malın alıcıya teslim edildiğini bu nedenle davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, satışta davacı hata ve hileye düşürülmediği gibi, motorsikleti ruhsatsız ve çalışmaz durumda satın aldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Alıcı, teslim aldığı malı olanak bulur bulmaz incelemek ve satıcının garantisi [tekeffülü] altında olan bir ayıp gördüğü zaman, bunu hemen satıcıya bildirmekle [ihbarla] yükümlüdür. Bunu savsakladığı [ihmal ettiği] taktirde, satılanı kabul etmiş sayılır.

Ancak, satılanda basit bir inceleme ile anlaşılamayacak bir ayıp var olup, bu ayıp sonradan ortaya çıkar ve bu durumu hemen satıcıya bildirmez ise satılanı bu ayıp ile kabul etmiş sayılır. Davacının ihale ile davalılardan bir motorsiklet satın almış olduğu ve motorun eski olup, çalışmaz durumda

---

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

satıldığı, satış esnasında ruhsatın bulunmadığı anlaşıl-maktadır. Ancak satış şartnamesinde, motorun kaçak olduğundan bahsedilmediği gibi, maldaki ayıp nedeniyle satıcının sorumluluğunu kaldıran bir hüküm de bulunmamamaktadır.

Somut olayda, satım 'konusu mal' motorsiklettir. Bu tür maldaki motorun ruhsata uygun olup olmadığına dair ayıp ancak uzman bir kişinin incelemesi sonucunda anlaşılabilecek fen ve ihtisasa ilişkin bir konudur. Davacı da uzman makine mühendisleri odasından aldığı rapor kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına,dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 05.03.2008 gününde, oybirliğiyle ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-248 **K:** 2008/240 **T:** 12.03.2008

BORÇLAR HUKUKU • DEVLET MEMURUNUN İDAREYE KARŞI SORUMLULUĞU • ZAMANAŞIMI SÜRESİ*

(BK m. 60/1-2; 1479 SK m. 16, 70)

Özet: *Devlet memurları görevleri nedeniyle idareye verdiği zarardan ötürü Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri gereği sorumlu tutulurlar.*

Zamanaşımı süresi idarede dava açmaya yetkili makamın öğrenme gününe göre belirlenir.

Taraflar arasındaki tazminat davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 31.5.2005 gün ve 2003/874-2005/245 Sayılı Karar'ın incelenmesi taraflar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2006 gün ve 2005/14080-2006/14335 Sayılı ilamı ile,

("...Dava,kurum zararının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının İl Müdürlüğü'nde İl Müdürü olarak görev yapmakta iken, kuruma ait banka hesaplarında bulunan nakit fazlalıklarını Genel Müdürlüğün talimatlarına rağmen 10/2/1998-30/9/1998 tarihleri arası repo yaparak değerlendirmediğinden kurum zararının oluşmasına neden olduğunu iddia ederek, zararın işlemiş faizi ile birlikte tahsilini istemiştir.

Davalı, kurumda 657 Sayılı Yasa'ya tabi olarak memur statüsünde çalıştığını, soruşturma raporu sonucu Genel Müdürlüğün 21/4/200 tarihli onayı ile işlem yapılması istenmesine rağmen davanın 9/12/2003 tarihinde açıldığı davacının zarar ve failini soruşturma rapor tarihi olan 14/4/2000 günü öğrendiğini, BK'nın 60. maddesi gereğince davalı zamanaşımı savunmasında bulunmakla birlikte, sorumluluğun da bulunmadığını ileri sürmüştür.

Mahkemece, tazminat isteminin 1479 Sayılı Kanun'un 16. maddesine dayanılarak açıldığını, aynı kanunun 70. maddesi ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince davalının zamanaşımı itirazı reddedilerek, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

(*) *Gönderen: Ali Güneren / Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı*

1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 16. maddesinde kurumun ayıracağı karşılıkların nasıl işleteceği düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 70. maddesinde ise, "Bu kanuna dayanılarak kurumca açılacak tazminat ve zarar tarihinde İl Müdürü olup, davalı idarede 657 Sayılı Kanun hükümlerine göre atama tasarrufu ile çalışmakta olan bir memurdur. İlgili yasa gereği devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadır." Görevleri nedeniyle idareye verdikleri zarardan ötürü Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde sözü edilen bir ve on yıllık zamanaşımı süresi ancak idarede bu davayı açmaya emir veya yetkili makamın öğrenme gününün esas alınması gerekir.

Dosya içeriğinden zararlandırıcı eylemin 10/2/1998-30/9/1998 tarihleri arasında gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır. Olay hakkında yapılan soruşturma neticesi 14/4/2000 tarihli rapor tanzim edilmiş ve genel müdürlük makamı 21/4/2000 tarihinde onaylamıştır. BK.'nın 60/1 maddesine göre zarar süresi zarara ve faile ıttıla tarihinden itibaren bir yıldır. BK.'nın 60/2 maddesine göre uzamış (ceza) zamanaşımı süresi ise TCK.'nın 102. maddesi gereğince olay gününden itibaren beş yıldır. Eldeki bu dava 09/12/2003 tarihinde açılmıştır. Bu durumda uzamış (ceza) zamanaşımı süresi geçtikten sonra dava açılmış olduğu belirgindir. "Şu durum karşısında davanın zamanaşımı nedeniyle reddedilmesi gerekirken, yerel mahkemece olayda uygulama yeri bulunmayan 1479 Sayılı Kanun'un 70. maddesindeki düzenlemeden bahsedilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına,dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin itirazlarının kabulü ile,direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 12.3.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/15-279 **K:** 2008/277 **T:** 26.03.2008

ARSA SAHİBİNDEN ALINAN TAŞINMAZ • YENİ MALİKİN YÜKLENİCİYE KARŞI HAKLARI*

Özet: *Arsa sahibinden bağımsız bölümü satınalan yeni malik, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış olan inşaat yapım sözleşmesine dayanarak yükleniciye dava açamaz.*

Böyle bir davanın açılabilmesi için arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını da yeni malike devretiğinin kanıtlanması gerekir.

Bu kanıtlama ancak yazılı delil ile yapılabilir.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tekirdağ 2. Asliye Hukuk Mahkemes'ince davanın kabulüne dair verilen 07.04.2005 gün ve 81-166 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2006 gün ve 7468-6797 sayılı ilamı ile;

(*...Davacılar vekili,davalı ile dava dışı arsa sahibi arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını ve davalı yüklenicinin arsa sahibi H.K.'nın adına 1278 ada 546 parsel sayılı olarak tescilli bulunan Tekirdağ-Merkez yüklenilen bloklardan (G-Blok)'daki (9) bağımsız bölüm numaralı meskeni arsa sahibinden kayden satın aldığını, ancak yüklenici davalının G-Blok'un inşaatına hiç başla-madığını ve dolayısıyla kendisine ait dairenin de yapılamadığını ileri sü-rerek toplam 28.819.000.000.-TL. daire bedelinin davalıdan tahsilini istemiştir*

Davalı taraf, özetle arsa sahibi ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 26/8/1988 tarihli olduğunu, işin teslim süresinin 6/2/1993 tari-hi olarak kararlaştırıldığını; teslim tarihine göre davanın zamanaşımına uğramış bulunduğunu; taraflar arasında akdi ilişki bulunmadığını, arsa sahibi ile danışıklı olarak yapılan bedelsiz temlik sözleşmesine dayanarak talepde bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne ve 28.819.000.-TL. alacağın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacılar miras bırakanı İslam Dinç adına kayıtlı bulunan G-Blok 8/1308 arsa paylı (9) bağımsız bölüm numaralı taşınmazın tapu kaydının iptali ile davalı adına tesciline karar verilmiş, ve-

(*) *Gönderen: Ali Güneren Yargıtay 21.Hukuk Dairesi Başkanı*

rilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. Davacıların miras bırakanı İslam Dinç, bedeli dava konusu olana (9) bağımsız bölüm numaralı meskeni, kayden dava dışı ve arsa sahibi olduğu bildirilen Hüseyin Kıratlı'dan satın almıştır. Davalı yüklenici kooperatif ile davacı arasında sözü edilen meskenin yapılarak davacıya teslimine yönelik bir sözleşme yapılmamıştır. Başka bir anlatımla, yanlar arasında akdi ilişki kurulmamıştır. Davacı yüklenici kooperatif ile davacı arasında sözü edilen meskenin yapılarak davacıya teslimine yönelik bir sözleşme yapılmamıştır. Başka bir anlatımla, yanlar arasında akdi ilişki kurulmamıştır. Davacı, arsa sahibinin halefi olarak bu davayı açma hakkının bulunduğunu ileri sürerek dava açmış ve açılan dava mahkemece yazılı şekilde kabul edilmiş ise de; sözleşmeden kaynaklanan hakların satıcı arsa sahibi tarafından davacıya temlik edilmiş olduğuna ilişkin yazılı sözleşme sunulmamıştır. Oysa, Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi gereğince, alacağın temliki kapsamında sözleşmeden doğan şahsi hakkın temliki, yazılı biçimde yapılmış olmadıkça geçerli olmaz. O halde, aralarında akdi ilişki kurulmadığından ve kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olduğu bildirilen arsa sahibi tarafından alacak hakkı yazılı olarak temlik edilmediğinden yüklenici tarafından yapımı yüklenilen bağımsız bölümün bedelini davacı, davalıdan isteyemez. Varılan sonuç bu olunca da, mahkemece davanın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.02.2000 gün ve 2000/13-51 Esas, 2000/54 Karar sayılı; 22.03.2000 gün ve 2000/13-201 Esas, 2000/184 Karar sayılı; 27.09.2000 gün ve 2000/21-1158 Esas, 2000/1188 Karar sayılı ve 23.05.2007 gün 2007/15-296 Esas, 2007/289 Karar sayılı ilamlarının da bu görüşü desteklemiş bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 26.03.2008 gününde, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-275 **K:** 2008/282 **T:** 26.03.2008

İŞ HUKUKU • İŞ ŞARTI • İŞÇİ LEHİNE OLUŞAN KAZANILMIŞ HAK • SENDİKADAN İSTİFA EDEN İŞÇİNİN DURUMU • ARD ETKİSİ

(2822 SK m. 6/son,7/1)

Özet: *İş yerinde düzenli tekrarlarla oluşan işyeri uygulamaları işçi lehine "iş şartı" haline dönüşürler.*

İşyeri uygulaması ile işçi lehine oluşan "iş şartı" işverence işçi aleyhine değiştirilemez.

Toplu iş sözleşmesi, sona ermeden sendikadan istifa eden işçi o toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz.

Taraflar arasındaki "**İşçilik Hak ve Alacakları**" davasından dolayı yapı-lan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabu-lüne dair verilen 28.02.2006 gün ve 2004/1393-2006/49 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.11.2006 gün ve 2006/9890-30806 sayılı ilamı ile;

("...1- Davalı davacının fazla çalışma ve hafta tatili ücretlerini aldığını ve ibraname verdiğini savunmuştur. Davalı tarafça ibraz edilen ve imzası inkar edilmeyen ibranamede fazla çalışma ücreti alacaklarının alındığı belirtilmiştir. Buna rağmen fazla çalışma ve hafta tatili ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.

2- İşyerinde 1.7.1995-30.06.1996 tarihleri arasında yürürlükte kalan TİS'de kıdem tazminatının 45 gün üzeirnden hesaplanacağı kararlaştı-rılmış, bu tarihten sonra akdin feshi tarihine kadar yeni bir TİS. imzalanmamıştır.

Davacı TİS. sona ermeden 30.1.1996 tarihinde TİS.'ne taraf işçi sendikasından istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS.'nin sona erdiği 30.6.1996 tarihinde davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS.'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS.'nin davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Davacının kıdem tazminatının işveren tarafından 30 gün üzerinden hesaplanıp ödenmesi doğrudur. Bu sebeple Mahkemenin 45 gün üzerinden yapılan hesaplamaya değer vererek fark kıdem tazminatını hüküm altına alması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, bir kısım işçilik hak ve alacaklarına ilişkin olup, Yerel Mahkemece, Özel Dairenin (2) numaralı bentte yazılı bozma nedenine karşı direnilmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan kısa ve üç yıldan uzun süreli olamaz. TİS.'in süresi sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (2822 sayılı TİSGLK m 7/1). Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 6/son uyarınca; "*Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.*" TİS'in sona ermesinden sonra, kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler için TİS'in iş sözleşmesini ilgilendiren hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girene kadar devam edeceğine ilişkin kural, toplu iş sözleşmesinin "*ard etkisi*" olarak ifade edilir.

TİS. hükümlerinden yararlanamayanlar yönünden ise; toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmediğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve akdi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiye yön veren, varlığını somut uygulamalar şeklinde gösteren eylemli durum "*işyeri uygulamaları*"nı oluşturur.

İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar.

İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, subjektif hak oluşturur.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabulü için, tekrarlana gelen, hesaplanabilir, genel nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamaları, işvereni belirli bir yükümlülük altına sokan, objektif mahiyette hükümler olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır.

İşyeri uygulaması ile oluşan "*iş şartı*", işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilemez, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik ancak tarafların anlaşmalarıyla gerçekleşebilir.

13.12.1995 tarihinde imzalanan, 01.07.1995 tarihinden itibaren bir yıl süreli olarak yürürlükte bulunan üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesi'nin 5. maddesinde; '*Toplu İş Sözleşmesi'nden, taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı, 7. maddesinde; hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda Toplu İş Sözleşmesi'ndeki hükümlerinin uygulanacağı, her ne sebeple olursa olsun sona eren Toplu İş Sözleşmesi'nin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği, 31. maddesinde; işçilerin hizmet akitlerinin, İş Yasası'ndaki kıdem tazminatı yılı için 45 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği*" ifade edilmekte olup, yeni bir toplu iş sözleşmesi bağıtlanmadığı konusunda da uyuşmazlık bulunmamaktadır.

TİS. sona ermeden taraf işçi sendikasından istifa etmiş olan davacı, TİS.'in sona erdiği 30.06.1996 yılından itibaren işyerinde kıdem tazminatlarının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğini iddia etmektedir. Bilirkişi raporunda bu yönde değerlendirme yapılarak, örnek işçi isimlerine yer verilmiştir.

Mahkemece, kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğine yönelik,iş şartı niteliğine dönüşmüş bir işyeri uygulaması bulunup bulunmadığı işyeri kayıtları ve bu yöndeki diğer bilgi ve belgeler yardımıyla araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 26.03.2008 gününde, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/21-287 **K:** 2008/288 **T:** 02.04.2008

İŞ HUKUKU • SİGORTALININ KESİNTİLİ ÇALIŞMASI • YASAL KARİNE*

(506 SK m. 79/10)

Özet: *Sigortalının çalışmalarının 30 günden az geçmesi halinde işveren bu hususa ilişkin belgeleri ve bilgileri prim belgelerine eklemek zorundadır. Aksi taktirde sigortalının 30 gün çalıştığı kabul edilecektir. Bu durum sigortalı lehine oluşmuş yasal karinedir.*

Taraflar arasındaki "**Hizmet Tespiti**" davasından dolayı yapılan yargıla-ma sonunda; Eskişehir İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 26.4.2006 gün ve 894-368 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 3.5.2007 gün ve 8187-7513 sayılı ilamı ile,

(...Davacı,davalıya ait işyerinde Eylül 1998-4.3.2004 tarihleri arasında davalıya ait kahvehanede garson olarak geçen ve Kuruma eksik bildirilen çalışmalarının tesbitini istemiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile varılmıştır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde, bu tür hizmet tespiti davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayrık durumlar dışında; resmi belge veya yazılı delillerin bulunması, sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibariyle sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması, salt, bu nedenle dayalı istemin reddine neden olmaz. Somut bilgilere dayanması,inandırıcı olmaları koşuluyla, Kuruma bildirilen dönem bordroları, tanıkları veya iş ilişkisini bilen veya bilmesi gereken işverenler tarafından Kuruma bildirilen komşu işyerleri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen kimi diğer kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirime uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki delillerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Bu gibi durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı, kamu düzenine dayalı bu tür davalarda hakim, görevi gereği doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527,30.6.1999 gün 1999/21-549-555,5.2.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572,3.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578,10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır. Davaya konu çalışmanın geçtiği işyerinin bir kahvehane olduğu ve davacı çalışmalarının da çoğunlukla her dönem ayda 15'er gün olarak bildirildiği, davacının yüklemeci olarak çalıştığı, böylece yapılan işin mahiyeti gereği de işyerinin devamlılık arzeden bir işyeri ve yapılan garsonluk işinin de devamlılık arzaden bir iş olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bordro tanıklarının davacının kesintisiz çalıştığını doğrulayan anlatımları ve imza incelemesi yaptırılan 5.2.2003 ve 1.9.2003 tarihli işe giriş bildirgeleri üzerindeki imzaların davacıya ait olmadığının tespit edilmesi karşısında, yapılacak iş, davacının tesbitini istediği sürelerle ilgili olarak işverenin ücret bordrolarında davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren ücret bordrolarında geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan ücret bordrolarındaki süreler yönünden de, bordro tanıklarının kesintisiz çalışmayı doğrulayan anlatımları dikkate alınarak istemin kabulüne karar vermek ve ayrıca 4447 Sayılı değişiklikle sigortalı lehine getirilen yasal karineyi de dikkate almaktan ibarettir. 4447 Sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesinde yapılan değişiklikle sigortalı lehine getirilen yasal karineyi de dikkate almaktan ibarettir. 4447 Sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesine eklenen aynı maddenin 2. ve 3. fıkrasında söz konusu maddelerin yürürlüğe girdiği 1.1.2000 tarihinden itibaren kesintili çalışmalar bakımından çalışmaların ilgili ayın tamamında geçtiğine dair si-gortalı lehine bir tür yasal karine getirilmiştir. Gerçekten, anılan fıkralara göre, işveren sigortalıların çalışmalarının 30 günden az geçmesi halinde az çalışmanın sebebini açıklayan bilgi ve belgeleri prim belgelerine eklemek zorundadır. Aksi taktirde, kurum tarafından çalışmanın 30 gün devam ettiği kabul edilerek, eksik primler 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 80. maddesi hükümleri çerçevesinde işverenden tahsil edilebilecektir. Hal böyle olunca, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesinde yapılan değişiklikle sigortalı lehine getirilen yasal karine de 1.1.2000 tarihinden sonraki kısmi bildirimlerde dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli

ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 2.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-303 **K:** 2008/313 **T:** 09.04.2008

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMALAR • İSPAT YÜKÜ*

Özet: *Fazla çalışma yaptığını davacı işçi kanıtlamakla yükümlüdür.*

Taraflar arasındaki "**Fazla Çalışma Ücret Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 13. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.06.2007 gün ve 1091-360 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.11.2007 gün ve 33928-34076 sayılı ilamı ile,

(...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre,davacının tüm,davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

(*) Gönderen: Av.Talih UYAR

2- Davacı dava dilekçesinde,belirttiği saatlerde çalışarak fazla mesai yaptığını iddia etmiştir. Davacının fazla çalışma yaptığına dair herhangi bir delil bulunmamaktadır.

Bilirkişi tarafından davacının dava dilekçesinde belirtilen çalışma şeklinden farklı bir çalışma yaptığı kabul edilerek hesaplama yapılmış, mahkemece bu rapora itibar edilerek anılan alacak hüküm altına alınmıştır.

İspat yükü kendisinde olan davacı dava dilekçesinde belirttiği şekilde fazla çalışma yaptığını kanıtlayamadığı halde davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

1- Davacı vekilinin önceki hükme yönelik temyiz itirazlarının tümü Özel Dairece reddedilmiş olmakla, direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı vekilinin temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

2- Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına,dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ:

1- Birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin hukuki yara yokluğundan REDDİNE,

2- İkinci bentte gösterilen nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel İdare Bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harçlarının geri verilmesine; 09.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/4-260 **K:** 2007/22 **T:** 18.04.2007

MAHKEME KARARLARININ
AÇIK VE NET OLARAK YAZILMASI İLKESİ
• KISA KARAR UZUN KARAR ÇELİŞKİSİ
• YARGININ AÇIKLIK VE NETLİK İLKESİ*

Özet: *Mahkeme kararında, kurulan hükmün açık ve şüphe uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.*

Bu kural yargıda açıklık ve netlik ilkesinin gereğidir.

Aksi taktirde yeni duraksamalar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkar. Hüküm hedefine ulaşamaz; kamu düzeni ve barış oluşturulamaz; dava içinden yeni davalar doğar.

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 18. Asliye Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 1.10.2003 gün ve 2002/999 E.2003/783 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 6.10.2005 gün ve 2004/285 E. 2005/10390 K. sayılı ilamıyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların müm-

(*) Gönderen: Av.Talih UYAR

künse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HYMK.nın 389. maddesinde tekrarlanmıştır. Keza HUMK'un 381. maddesi (*kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur.*) Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilirki, dava içinden davalar doğar, Hükmün hedefine ulaşmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetinin yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceğide aşikardır.

Öte yandan Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323/391 sayılı ve 10.9.1991 gün 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün 355-440 sayılı kararları).

Ceza Genel Kurulu'nca da CMUK'un benzer hükümleri taşıyan 261. ve 268. maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme yeteneğini yitirdiğinden "*önceki hükümde direnilmesine*" denilmekle) yetinilerek ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir.(Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.1976 gün 22-25 sayılı kararı)

Somut olayda da aslolan kısa kararda, hüküm fıkrası oluşturulmamış; yalnızca "*önceki kararda direnilmesine*" denilmekle yetinilmiştir.

O itibarla mahkemece HUMK'un 388. maddesinin açık hükmü gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/10-329 **K:** 2008/334 **T:** 16.04.2008

SGK ALEYHİNE AÇILACAK HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME*

(5521 SK m.9; 1086 SK m. 17; 1479 SK m. 70; 4721 SK m. 15)

Özet: *Davaya konu uyuşmazlık, Karaman Bağ-Kur İl Müd. İşleminden kaynaklanmaktadır. Tüzelkişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme tüzel kişilerin yerleşim yerinin yani merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olmakla birlikte şube işlemleri nedeniyle açılacak dava, taraf olarak bağlı bulunulan merkez davalı gösterilerek, şubenin bulunduğu yerde de açılabilir.*

Taraflar arasındaki "**İptal-Tespit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya 1. İş Mahkemesi'nce "*dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine*" dair verilen 22.08.2007 gün ve 263-662 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2007 gün ve 19084-18221 sayılı ilamıyla *(..... Dava nitelikçe 2926 sayılı Kanun gereği sigortalılık süresinin tesipiti istemine ilişkindir. Davalı Kurumun yönetimince yetki itirazında bulunduğu ve Konya'da davalı Genel Müdürlüğün şubesinin olduğu, Kurum Avukatlarının Genel Müdürlüğü temsilen şubenin bulunduğu yerde davaya girdikleri uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, hükmü şahsın şubesinin bulunduğu yerde dava açabilmesi için uyuşmazlığın dava açılan şubenin muamelesinden kaynaklanmasının gerekip gerekmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı, 5521 Sayılı Yasa'nın yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesidir. Anılan maddede hakiki ve hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde, o şubenin muamelesinden dolayı, o şubenin bulunduğu mahalde dahi davanın ikame edilebileceği hükmü öngörülmüştür. Maddede. Öngörülen şube muamelesinden amaç Genel Müdürlük adına işlem yapmaktır. Başka bir anlatımla, "muamelenin doğrudan şube işleminden" kaynaklanması zorunlu olmayıp genel müdürlük adına işlem yapmak üzere dava ikame edilen yerde şubenin bulunması yeterlidir. Zira, Anayasa'nın 141/son maddesi gereğince hakim en az giderle ve en kısa sürede davayı sonuçlandırmakla yüküm-*

(*) Gönderen: Özlem BERKSUN / İstanbul Barosu Avukatlarından

lüdür. Esasen şubenin bulunduğu yerlerde, davalara Genel Müdürlüğü temsilen Kurum Avukatlarının katıldığı da söz götürmez. Hal böyle olunca, davanın yetkili mahkemede açıldığı kabul edilerek, davanın görülmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi isabetli değildir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, Kurum işlemine iptali ile Tarım Bağ-Kur sigortalılığının tesbiti istemine ilişkindir. Yerel Mahkemece; "*dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine... dosyanın talep halinde yetkili Karaman İş Mahkemesi'ne gönderilmesine*" karar verilmiştir.

Özel Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine yerel mahkemece önceki kararda direnilmektedir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanaklarını oluşturan 2926 sayılı Tarımda Kredi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nda uyuşmazlığın çözüm yerine ilişkin bir düzenlenme öngörülmemiş, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinde ise, uyuşmazlığın "*yetkili iş mahkemelerinde*" çözümlenmesi gerektiğine işaret edilmekle yetinilmiştir.

HUMK. 9. maddesinde tanımlanın genel yetki kuralına koşut hüküm içeren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde "*İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığıtarihte dava olunan Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği*", 15. maddesinde; bu Kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Genel yetki kuralı dışında düzenleme öngörülmemiş olması karşısında, HUMK.'da yer verilen özel yetkiye ilişkin düzenlemelerin İş Mahkemelerinin yetkisinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 17. maddesi uyarınca, "*Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu*

takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflas davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir".

Davaya konu somut olayda; davacı, ürün stopajları nedeniyle 2926 Sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılığının 01.04.1995 tarihinde başlatılarak, 01.04.1195 ile dava tarihleri arasında Tarım Bağ-kur sigortalısı sayılması gerektiğinin tesbitine, geriye dönük tescil isteminin reddini öngören Bağ-Kur Karaman İl Müdürlüğü'nün 27.02.2007 tarih ve 5925 sayılı dava konusu işlemin iptali ile yaratılan sataşmanın önlenmesine "*karar verilmesi*" istemiyle Konya İş Mahkemesi'ne eldeki davayı açmıştır.

Davaya konu uyuşmazlık Karaman Bağ-Kur İl Müdürlüğü işleminden kaynaklanmaktadır. Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, tüzel kişilerin yerleşim yerinin, yani merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olmakla birlikte, şube işlemleri nedeniyle açılacak dava, taraf olarak bağlı bulunan merkez davalı gösterilerek, şubenin bulunduğu yerde de açılabilir.

"*Kurum adına işlem yapmaya yetkili bulunmak*" şubenin tanımından ortaya çıkan bir sonuç olup, şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olmasında tek başına yeterli değildir.

Şubenin bulunduğu yer yetkisi, o şubenin yapmış olduğu işlemlerden, davacıya ait işlemlerin yürütülmesinden doğan uyuşmazlıklarda geçerli bulunmaktadır.

Davaya konu Kurum işlemi Karaman İl Müdürlüğü'nce yapılmıştır. Davalı Kurumun Konya'da da şubesinin bulunmasına karşın, uyuşmazlığa konu Kurum işleminin bu şube muamelesinden kaynaklanmamış olması karşısında, o yer iş mahkemesi yetkili kabul edilemez. Yerel mahkemenin bu yönlere ilişkin değerlendirmesi doğru bulunmaktadır. Belirtilen bu maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerden değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle ONANMASINA, gerekli ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 16.04.2008 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

FAZLA MESAİNİN KANITLANMASI

Davacının fazla mesai çalışmasının karşılığı ücretlerinin ödendiği tanık beyanları ile kanıtlandığı gerekçesiyle fazla mesai alacak ücretli isteği mahkemece reddedilmiştir. Ücret ödenmesinin tanık ifadeleri ile kanıtlanması mümkün değildir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-638 **K:** 2008/634 **T:** 15.10.2008

İŞ HUKUKU • YILLIK ÜCRETLİ İZİN • İBRANAME • KAYITLAR İLE İBRANAME ARASINDAKİ ÇELİŞKİ

(4857 SK m.53)

Özet: *İş akdinin sona ermesinden sonra düzenlenen miktar içermeyen ibranamede davacı; "çalıştığım süre içinde yıllık ücretli izin haklarımı kullandığımdan izin ücreti alacağım yoktur..." beyanını imzalamış ise de davalı işveren tarafından dosyaya ibraz edilen izin belgeleri uyarınca davacının yıllık izinlerinin tamamını kullanmadığı, son beş yıllık ücretli izin belgeleri karşılığında da davalı işverence ödeme yapıldığı, dolayısıyla davalı tarafından ibraz edilen ibraname ile yıllık izin belgeleri arasında çelişki oluştuğu ve bu çelişki nedeniyle salt ibranameye değer verilerek sonuca gidilmesinin mümkün olmadığı, yerel mahkemece ibranmenin dosya içeriği ile çelişkili olduğu hususunun da değerlendirilmesi gerekir.*

Taraflar arasındaki "**Yıllık Ücretli İzin Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;

Bakırköy 3. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.06.2007 gün ve 2006/1657-2007/527 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.12.2007 gün ve 2007/29102-36890 sayılı ilamı ile;

(...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dairemizin yıllık ücretli izine bozma kararı hesaplamaya ilişkindir. İbraname borcu sona erdiren bir belgedir. Davanın her safhasında ileri sürülebileceği dairemizin köklemiş içtihatları ve usul hükümleri gereğidir.

Mahkemece ibranamenin değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya

yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURALI KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yıllık ücretli izin alacağı istemine ilişkindir. Yerel Mahkeme'nin davanın kabulüne dair verdiği karar, Özel Dairece metni yukarıya alınan gerekçe ile bozulmuş, Yerel Mahkemece; ibranamenin tüm izin alacağına değil, son beş yıllık izin alacağına ilişkin olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

İş akdinin sona ermesinden sonra düzenlenen miktar içermeyen ibranamede davacı; "*...çalıştığım süre içinde yıllık izin haklarımı kullandığımdan izin ücreti alacağım yoktu...*" beyanını imzalamış ise de davalı işveren tarafından dosyaya ibraz edilen izin belgeleri uyarınca davacının yıllık izinlerinin tamamı kullanmadığı, son beş yıllık ücretli izin belgeleri arasında çelişki oluştuğu ve bu çelişki nedeniyle salt ibranameye değer verilerek sonuca gidilmesinin mümkün olmadığı, Yerel Mahkemece ibranamenin dosya içeriği ile çelişkili olduğu hususunun da değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkemece bu gerekçeye dayalı bozma kararına uyulması gerekirken,önceki kararda direnilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkemece bu gerekçeye dayalı bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde harcın geri verilmesine 15.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/10-784 **K:** 2008/768 **T:** 24.12.2008

İŞ HUKUKU • NÜFUS KAYITLARININ YANGINLA YOK OLMASI • HAK SAHİBİNİN AÇTIĞI DAVA • SOSYAL GÜVENLİK KAYITLARI*

Özet: *Nüfus kayıtlarının yanmasından sonra yapılan yersel yazımın doğru olmadığı savıyla açılan dava klasik anlamda bir yaş tashihi davası olmayıp, davacının gerçek yaşının kayıtlara yansıtılmasını amaçlayan bir davadır.*

Böyle bir davada kurulan hüküm sosyal güvenlik kayıtları bakımından da geçerlidir. Bu nedenle anılan hükümle belirlenen yaş dikkate alınarak emeklilik koşulları oluşturulmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Yaşlılık Aylığı Bağlanması**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 1.iş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 28.2.2007 gün ve 2005/391- 2007/136 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 5.5.2008 gün ve 7823-5388 sayılı ilamıyla;

(...Davacı; nüfus kayıtlarının yanmasından sonra yapılan yazımda, doğum tarihinin 28.06.1954 olmasına rağmen, hata sonucu 1955 olduğunu, asıl doğum tarihi esas alınarak yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

28.05.1973 tarihinde ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayan ve kayden 1955 doğumlu olan sigortalının yaşının, İlk işe girişten çok sonra temyiz edilmeksizin kesinleşen Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27.01.2003 gün ve 1927/53 sayılı kararı ile 28.06.1954 olarak düzeltildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık, yaşlılık aylığı bağlanmasında; sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihinin mi, yoksa,çalışmanın başlamasındna sonra mahkeme kararı ile düzeltilen tarihin mi esas alınacağı noktasında toplanmaktadır. Türkiye'deki sosyal güvenlik kuruluşlarının yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120,1479 sayılı Bağ-kur Kanunu'nun 105. maddesi,"yaşlılık aylığının bağlanmasında; sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihteki yaşının esas alınacağı" şeklinde birbirine paralel düzenlemeler içermekte olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.2002 gün

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazı işleri Müdürü

ve 21-761/777 sayılı kararı da bu doğrultudadır. 08.09.1999 gün ve 23810 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4447 sayılı Kanunla tüm sosyal güvenlik kuruluşlarında yaşlılık aylığı bağlanması ile ilgili yaş sınırının yükseltildiği bilinen bir gerçektir. Ayrıca, yangın sonrası 1956 yılında yapılan yersel yazımda davacının doğum tarihi 1955 olarak tescil edilmiş olup, ibraz edilen ilkokul diploması ve evlilik cüzdanı, yangın öncesi nüfus kayıtlarında doğum tarihinin 1954 olduğu yönünde yeterli olmayıp, bu husus ispat edilememiştir. Hal böyle olunca, davacının gerçek doğum tarihinin 28.06.1954 olarak kabulü isabetsiz olup, davacının tahsis talebinin bu çerçevede değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı düşüncelerle 06.10.2004 tahsis talep tarihini takip eden aybaşından aylık bağlanmasına karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, emeklilik işleminin iptaline ilişkin işleminin kaldırılması ve yaşlılık aylığı bağlanması istemine ilişkindir. Davacı, 1956 yılında Gerze İlçesi'nde çıkan yangında Gerze Nüfus Müdürlüğü ve bazı kurumlara ait evrakın tümüyle yandığını, nüfus kayıtlarının yeniden yazılması sonucunda doğum tarihinin "*1955*" olarak yazıldığını, hatalı olarak yazılan bu kaydın tashihi için açtığı davanın, doğum tarihinin 28.6.1954 olduğu belirlenip, lehine sonuçlandığını ileri sürerek, emeklilik işleminin iptaline ilişkin Kurum işleminin kaldırılarak, ilk sigortalılık başlangıcından sonra mahkeme kararı ile 28.6.1954 olarak düzeltilen doğum tarihinin yaşlılık aylığı bağlanmasında nazara alınarak, aylık bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı vekili ise, ilk işe girişten sonra yapılan yaş tashihinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesine göre, yaşlılık aylığı bağlanmasında dikkate alınamayacağını, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini, cevaben bildirmiştir. Mahkemece, davacının tashihe ilişkin olarak açtığı davada, yaş düzeltilmesi değil nüfus kayıtlarının yanması nedeni ile gerçek doğum tarihinin belirlenmesinin istendiği ve bu isteğin mahkemece kabul edilerek doğum tarihinin 28.6.1954 olarak düzeltildiği, anılan ilamda 506 Sayılı Yasa'nın 120. maddesinde karar, yukarda açıklanan neden-

lerle Özel Dairece bozulmuştur. Uyuşmazlık, davanın yasal dayanağı olan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'na 24.6.2004 tarihinde 5198 Sayılı Kanun'un 16. maddesi ile eklenen, değişik 120. maddesinin 3. fıkrasının eldeki davada uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Başka bir deyişle, davacı tarafından ilk işe girişten sonra alınan, Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27.01.2003 tarihli 2003/1927-53 K sayılı ilamının, anılan madde kapsamında bir yaş tashihi davası olup olmadığıdır.

Davanın dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 120. maddesinin 2. fıkrası "*...Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi, çocuklarının sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 Sayılı Kanunlara veya bu sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur.*"

3. fıkrası ise, (Ek fıkra: 24/06/2004 - 5198 S.K./16. md) "*İş kazalarıyla meslek hastalıkları,malullük,yaşlılık ve ölüm sigortasından gelir ve aylık tahsisleri sermaye değerinin hesabında,iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporuyla ilk defa tespit edildiği veya sigortalıların yüyürlükten kaldırmış 5417 ve 6900 Sayılı Kanunlara veya 506 Sayılı Kanun ile diğer Sosyal Güvenlik Kurumlarına tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş tashihleri dikkate alınmaz.*" hükmünü düzenlemektedir.

Yaş düzeltilmesi ile ilgili yasal düzenlemeler de, 29.4.2006 tarihinde yüyürlüğe giren 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 10. maddesi "*(1) Kurumlarda kişiyle ilgili olarak yapılan işlemlerde nüfus kayıtları esas alınır. Kayıtlar arasında farklılık olması halinde nüfus kayıtlarında değişiklik yapılmaz,usulüne göre diğer kayıtlar düzeltilir.*" ve yine aynı Yasanın 35. maddesi "*...(1) Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hatalar nüfus müdürlüğünce dayanarak belgesine uygun olarak düzeltilir...*" şeklindedir.

Diğer taraftan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 30. maddesi "*Doğum ve ölüm, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, gerçek durum her türlü kanıtla ispat edilebilir.*" hükümlerini içermektedir.

Tüm yasal düzenlemeler ışığında eldeki davaya sunulan Kadıköy Asliye 6. Hukuk Mahkemesi'nin 27.1.2003 tarih ve 1927-53 sayılı ilamı incelendiğinde; davacı C.Ü.ün 18.11.2002 tarihli dava dilekçesi ile, 1956 yılında Gerze'de çıkan yangında Nüfus Müdürlüğü'ndeki evrakların yandığı, oysa

gerçek doğum tarihinin 28.6.1954 olduğu ididasını ileri sürerek dava açtığı ve sonuçta 1955 olarak yazılı bulunan doğum tarihinin iptal edildiği gerçek doğum tarihinin (28.6.1954) yazılmasını istediği ve mahkemece de davanın kabulüne karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin 21.2.2003 tarihinde kesinleştiği görülmüştür.

Davacının bildirdiği gibi; nüfus belgelerinin bulunduğu Gerze İlçe Nüfus Müdürlüğü 1956 yılında yanmıştır. Kayıtların yanması sebebiyle ve yangından sonra yersel yazım yapılmamıştır. Yersel yazımda davacının doğum tarihi gün ve ay belirtilmeksizin 1955 olarak yazılmıştır.

Nüfus kayıtlarının yapılandırılmasında yersel yazım yapıldığına göre, dayanak kayıtların yanması nedeniyle, davacının gerçek doğum tarihinin ortaya çıkarılması gerektiği açıktır. Davacının,gerek açmış olduğu tashih davasına gerekse eldeki davaya sunduğu belgeler incelendiğinde; "*Evlenme Cüzdanı*" fotokopisinde; 14.61973 tarihli sigortalı işe ilk giriş bildirgesinde ve 30.11.1979 tarihli sigortalı karnesinde doğum tarihinin 1954 olarak yazılı olduğu, 6.5.1967 tarihli ilkokul diploması ve diploma defterinde ise doğum tarihinin 28.6.1954 olarak yazılı bulunduğu ve tüm bu kayıtların düzeltilen yaşı doğruladığı anlaşılmaktadır.

Kadıköy Asliye 6. Hukuk Mahkemesi'nin 27.1.2003 tarih ve 1927 E. 53 K sayılı davasında da aynı belgeler göz önünde bulundurularak yaşı ile ilgili gerçek kayıtlar esas alınıp kayıt düzeltilmesi gerçekleştirilmiştir. Bu ilama konu dava, davacının gerçek kayıtlar esas alınıp kayıt düzeltilmesi gerçekleştirilmiştir. Bu ilama konu dava, davacının gerçek yaşının kayda yansıtılması ile ilgilidir. Yoksa nüfusa asıl doğum günü yazılmayıp da küçük veya büyük yazılan kişi tarafından açılan doğum gününün düzeltilmesi sonucunu doğuran klasik yaş tashihi davası değildir. Mevcut yaşı düzeltilmemiştir. (Hasan Özkan Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı Kitabı, Yaş Düzeltilmesi Davaları syf. 75) Verilen karar yaş tashihi ile ilgili olmayıp, kayıt tashihi ile ilgilidir.

Buna göre, ortada 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 120. maddesi kapsamında bir yaş tashihi bulunmamaktadır. O halde yaşlılık aylığı bağlanması ile ilgili emeklilik koşullarının oluşmasında mahkemece de tespit edilen bu yaşın dikkate alınmasında bir isabetsizlik yoktur.

Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki, yaşlılık aylığı bağlanması ile ilgili diğer koşullar Özel Dairece incelenmediğinden bu yönde inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçeyle, direnme kararı yerinde olup esasa yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 10. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 24.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmişti.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/21-15 **K:** 2009/49 **T:** 04.02.2009

DAVANIN YENİLENMESİ • HARÇ ÖDEME KOŞULU • HARCIN TAMAMLANMASI

(HUMK m. 409/1, 3, 4, 5)

Özet: *Dava dosyasının işlemden kaldırılmasından itibaren bir aylık süreyi geçirdikten sonra peşin harç ödemeden davayı yenileyen tarafa uygun bir süre verilerek harç tamamlanması yaptırılmalı, harç yatırılırsa davaya devam edilmeli, harcın yatırılmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki "**Kurum İşleminin İptali ve İstirdat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eyüp 1. İş Mahkemesi'nce davanın açılmamış sayılmasına dair verilen 30.01.2007 gün ve 2005/206 E.-2007/67 K. sayılı kararın incelenmesinin davacı şirket vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 03.03.2008 gün ve 2007/6079-2008/3411 sayılı ilamı ile;

(...Dava,davalı kurumca müfettiş raporuna istinaden davacıya eksik işçilik bildirilmesi nedeniyle 147.593.35.-TL. ek tahakkuk çıkarılması işleminin iptali talebine ilişkindir. Mahkemece dava dosyası 12.09.2006 tarihinde HUMK 409/1. maddesi uyarınca işlemden kaldırılmış, davacı vekili 18.10.2006 tarihinde verdiği ve aynı tarihte hakime havale ettirdiği dilekçesi ile davanın yenilenmesi talebinde bulunmuş, mahkemece HUMK 409/4. maddesince dosyanın işlemden kaldırılmasından itibaren bir ay geçtikten sonra yapılan yenileme taleplerinin harca tabi olduğu, harç yatırılmadığı sürece aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen üç aylık sürenin işlemeye devam edeceği, bu süre içinde harç yatırılmadığından davanın yenilenmiş sayılamayacağı gerekçesiyle aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HUMK'un 409/3. maddesi uyarınca dosyası işlemden kaldırılmış olan dava, işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde taraflardan birinin dilekçe ile başvurması üzerine yenilenebilir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre de dava işlemden kaldırıldıktan itibaren bir ay geçtikten sonra yenilenirse yeniden harç alınır ve bu harç yenileyen tarafından ödenir.

Davacı vekili üç aylık yasal süre içinde yenileme talebinde bulunmuş ise de, bir aylık süreyi geçirdiği halde harç yatırmamıştır. Harca tabi davalarda davanın açılma tarihi (Davanın yenilenme tarihi), harcın yatırıldığı tarihtir. Ancak harç nedeniyle yenileme dilekçesinin zamanında verilmediğinin kabulü için, mahkeme kalemince harcın istenmesine rağmen yatırılmadığının belgelenmesi gerekir. Bu olayda 25.10.1985 gün ve 5-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın kıyasen uygulanması gerekir. (Dairemizin 19.02.2007 tarih, 2006/4915-2184 sayılı kararı ile Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 27.03.2002 tarih, 1055-1423 sayılı kararları ile yansıyan görüş bu yöndedir.) Bu hususta davacı vekiline herhangi bir süre verilmeden ve mahkeme kalemince harcın istenmesine rağmen yatırılmadığı belgelenmeden doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru değildir.

Mahkemece yapılacak iş, süresinde verilen yenileme dilekçesi üzerine mahkemeye yatırılması gerekil harç hesap edilip yatırması için davacı vekiline önel verilmesi, verilen sürede harcın ikmal edilmesi halinde kaldığı yerden davaya devam etmek, harcın ikmal edilmemesi Halide ise, Harçlar Kanunu'nun 30 ve HUMK'un 409/5. maddesine göre davanın açılmamış sayılmasına karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle davanın süresinde açıldığı göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı şirket vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca, oturuma çağrılmış olan tarafların hiçbiri gelmediği veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri taktirde dava yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir, işlemden kaldırılmış olan dosya, işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde taraflardan birinin dilekçe ile başvurması üzerine yenilenebilir. Dava dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak bir ay geçtikten sonra yenilenirse yeniden harç alınır. Bu harç yenileyen tarafından ödenir ve karşı tarafa yüklenemez.

Dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektiren hallerden birinin varlığını (gerçekleştiğini) tespit eden mahkeme, dava yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektiren hallerden birinin gerçekleştiği anda,

dosya işlemden kaldırılmış sayılır. Mesela, iki tarafın da gelmediği (veya taraflardan birinin gelip de davayı takip etmeyeceğini bildirdiği) oturum tarihi,dosyanın işlemden kaldırılmış olduğu tarihtir. Mahkemenin dosyanın işlemden kaldırılmasına daha sonra karar vermiş veya işlemden kaldırma kararını daha sonra yazmış olması, dosyanın işlemden kaldırılması tarihi olarak kabul edilemez. (B.Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, 6. Baskı, Cilt 4, Sy 4088 vd)

Aynı şekilde, dosyanın işlemden kaldırıldığına dair kararın taraflara ayrıca tebliğ edilmesi halinde de, işlemden kaldırma kararının tebliğ edildiği tarih yenileme süresinin başlangıcına esas alınamaz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409. maddesinde düzenlenen yenileme süresinin başlangıcı;anılan maddede öngörülen ve dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektiren hallerden birinin gerçekleştirdiği oturum tarihidir.

Taraflardan biri,işlemden kaldırılmış olan dosyayı (üç ay içinde) yenileyebilir. Dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren bir ay içinde yenileme talebinde bulunan taraftan, hiçbir harç alınmaz. Dava, dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren bir ay geçtikten sonra (yani kalan iki aylık süre içinde) yenilenirse yeniden başvuru ve peşin harç alınır. (Z. Yılmaz, Medeni Usul Hukuku'nda Davanın Açılmamış Sayılması, Seçkin, 2001, Sy 204). Taraf, dosya işlemden kaldırıldıktan itibaren bir aylık süreyi geçirdikten sonra yenileme isteminde bulunduğu taktirde 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca yeniden harç ödemek zorundadır.

Dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren bir ay geçtikten sonra ve fakat üç ay içinde yenileme talebinde bulunulmuş, ancak harç yatırılmamış olması halinde; 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca; yargı harçları ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamayacağından, mahkemenin yenileme talebinde bulunana harç yatırması için uygun bir süre vermesi gerekir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1985 gün ve 1984/5 Esas 1985/1 sayılı kararında da açıklandığı üzere; harcın ödemesi talepte bulunanın tek başına yapacağı bir işlem olmayıp, yetkili görevlinin önüne gelen işlemi tamamlama görevinin sonucu, talepte bulunanla birlikte ortaklaşa yapılması gereken bir işlemdir (Hukuk Ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği madde 14). Talepte bulunanın harç yatırmak istediği halde görevlinin almadığını belgeleyip kanıtlaması olanaksız derecede güç olmasına karşılık,görevlinin almadığını belgeleyip kanıtlaması olanaksız derecede güç olmasına karşılık, görevlinin ilgiliden bu harcı istediğini ve fakat ilgilinin yatırmadığını dilekçeye düşeceği bir yazıyla veya düzenleyerek kanıtlaması daha kolay ve hatta görevi gereğidir.

Bu bağlamda uygulamada, taraflardan biri veya vekili hakim havalesini taşıyan yenileme dilkeçesini mahkeme kalemine ibraz ettiğinde; Hukuk

ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 14. maddesinin emredici hükmü uyarınca, ilgili kalem personeli tarafından dava dosyası incelenmeli ve dosyanın işlemden kaldırma tarihinden bir ay geçtikten sonra yenilendiğinin belirlenmesi halinde,yenileyen tarafça yatırılması gereken harç miktarı hesaplanarak bu miktarı mahkeme veznesine yenileyen tarafça yatırılması gereken harç miktarı hesaplanarak bu miktarı mahkeme veznesine yatırması için yazılan müzekkere yenileme talebinde bulunan tarafa verilmeli ve harcın yatırılması sağlanmalıdır. Açıklanan bu işlemler yönetmelik hükmüne aykırı olarak mahkeme kalemince yerine getirilmemiş ve yargılama sırasında harcın yatırılmadığı anlaşılmış ise, Mahkemece, Harçlar Kanunu'nun 7. maddesinde belirtilen harcın verilecek uygun bir kesin süre içinde yatırılması için yenileyene muhtıra tebliğ edilmelidir. Mahkemece verilecek süre içinde ilgilinin yenileme harcını yatırması halinde davaya kaldığı yerden devam edilmeli, harcın yatırılmaması halinde ise 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi ve HUMK'un 409/5. maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Kalem personeli ve yargıcın; Harçlar Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin emredici hükümlerinden kaynaklanan işlemleri yapmamaları nedeniyle harcın yatırılmaması sonucu davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gibi ağır neticeye davacının (yenileyenin) katlanmasını istemenin adalet ve hukuka güven ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 434/3. maddesi de açıklanan yorum ve ilkeler doğrultusunda benzer düzenleme içermekte, eksik harç yatırılması temyiz edene yükletilecek bir kusur ve yanılgı olarak görmeyip bunu verilecek ek süre ile çözmektedir.

Somut olay da açıklanan şekilde gelişmiş;davacının, dosyanın işlemden kaldırıldığı 12.09.2006 gününden itibaren bir ay içinde harçsız yenileme talebinde bulunması olanaklı iken, bu süreyi geçirdikten sonra, 18.10.2006 günü peşin harcı ödemeden davayı yenilediği saptanmıştır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına,dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında ki gerektirici nedenlere göre, açıklanan ilkeler doğrultusunda mahkemece yenileme talebinde bulunan davacıya harç yatması için uygun bir süre verilerek, verilen süre içinde ilgilinin yenileme harcını yatırması halinde davaya kaldığı yerden devam edilmeli, harcın yatırılmaması halinde ise şimdiki gibi davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1985 gün ve 1984/5 Esas, 1985/1 Karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.1985 gün ve 1983/4-652 Esas, 1985/267 Karar; 07.02.2001 gün ve 2001/20-100 Esas, 2001/108 sayılı kararlarında da bu hususun vurgulanmış olmasına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyul-

mak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 04.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9322 **K:** 2008/11648 **T:** 12.11.2008

USUL HUKUKU • GÖREVSİZLİK KARARI • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE • DAVANIN DEVAMI

(HUMK m. 193)

Özet: *Görevsizlik kararının kesinleştiği gün ile başvurma günü arasında on günden fazla süre geçtiğinden, görevli mahkemede görülen dava görevsiz mahkemede açılan davanın devamı sayılamaz.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı 26 sayılı parseldeki apartmanın ortak yerlerini davalıların projeye aykırı olarak inşaat yapıp işgal ettiklerini ileri sürerek, elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil istemiştir.

Davalı, taraf davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, haksız müdahelenin keşfen saptandığı gerekçesiyle, davalıların elatmasının önlenmesine, taşınmazın eski hale getirilmesine ve kısmen ecrimisile karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinden temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi isteğiyle sulh hukuk mahkemesine açılmış; Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararı temyiz edilmeksizin 6.4.2006 tarihinde kesinleşmiştir.

Bilindiği üzere; görevsizlik kararı veren mahkeme bu kararında dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir, dava dosyasını kendiliğinden (re'sen) görevli mahkemeye gönderemez. Dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesi ve davaya görevli mahkemede devam edebilmesi için görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 10 gün içinde davacının görevli mahkemeye başvurarak tebligat yaptırması gerekir.(HUMK'un 193. maddesi) 10 günlük süre hak düşürücü nitelikte olup, mahkemece re'sen gözetilmesi zorunludur.

Somut olayda görevsizlik kararı 6.4.2006 tarihinde kesinleştiği halde,

davacı vekili 5.5.2006 günü Sulh Hukuk Mahkemesince verdiği dilekçe ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi isteğinde bulunmuştur. Görevsizlik kararının kesinleştiği gün ile başvurma günü arasında 10 günden fazla bir süre geçtiğinden görevli mahkemede görülen dava görevsiz mahkemede açılan davanın devamı sayılmaz.

SONUÇ: Hal böyle olunca; HUMK'un 193. maddesi dikkate alınarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, işin esasının hükme bağlanması doğru değildir. Davalının, temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine,12.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY I. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2030 **K:** 2009/2654 **T:** 03.03.2009

MİRAS HUKUKU • MURİS MUVAZAASI • HOŞGÖRÜ SINIRI İÇİNDE KALAN İŞLEMLER

(TMK m. 683)

Özet: *Murisin sağlığında yaptığı temlikleri denkleştirme amacıyla gerçekleştirdiği, başka bir anlatımla yaşarken mal varlığını paylaştırma iradesiyle hareket ettiği anlaşılmıştır. Bu durumda, hoşgörü sınırları içerisinde kalacak şekilde bir mirasçıya biraz daha değerdeki taşınmazını vermesi mal kaçırma kastıyla hareket ettiğini göstermeyen bir davranış olarak kabul edilmelidir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakanı AH'ın kendisinden mal kaçırmak amacıyla 1 parsel sayılı taşınmazdaki 20 no'lu dairesini, 7 parsel sayılı taşınmazını ve 31 parsel sayılı taşınmazındaki 5 ile 10 no'lu dairelerin çıplak mülkiyetini davalıya satış suretiyle temlik ettiğini, temlikin muvaazalı olduğunu ileri sürerek, tapu iptal ve miras payı oranında tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalı, 7 parsel sayılı taşınmazın bedelini ödeyerek satın aldığını diğer üç parça taşınmazın miras bırakanın paylaştırma amacıyla kendisine temlik ettiğini bildirip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, taraflarca süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, suruşma günü olarak saptanan 3.3.2009 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden C L vekili ile yine temyiz eden M İ vekili geldiler, duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenelenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içereği ve toplanan delillerden; miras bırakanın çekişmeli taşınmazlarla ilgili olarak davalıya yapmış olduğu temliklerin mahkemece denkleştirme amacıyla gerçekleştirildiği, bir başka ifadeyle murisin mal kaçırma amaçlı olmayıp, yaşarken mal varlığını paylaştırmak iradesiyle hareket ettiği, ancak davacıya satış yoluyla yaptığı taşınmazların değerleri ile davalıya devrettiği taşınmazların diğerleri arasında farklılık bulunduğu kabul edilerek, değerler arasında orantı kurulmak suretiyle davanın kabulü cihetine gidildiği anlaşılmaktadır.

Gerçekten de miras bırakanın taşınmaz temlikindeki gerçek amacının mirascıdan mal kaçırmak olmadığı, davacıya da bir kısım taşınmazlarını verdiği, böylece mal varlığının mirascılar arasında paylaşmak istediği dosya kapsamıyla sabittir. Kaldıki bu olgu mahkemecede benimsenmiştir.

Davanın niteliği gözetildiğinde istek tenkis olmayıp iptal ve tescile ilişkindir. O halde, hoşgörü sınırları içerisinde kalacak şekilde bir mirasçıya biraz fazla değerdeki taşınmazını vermesi miras bırakanın mal kaçırma kastıyla hareket ettiğini göstermeyeceği gibi davanın kabulününde gerekçesi olamaz.

Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ve yasal olmayan gerekçelerle yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.

Öyleyse, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

SONUÇ: Davalının temyiz itirazları yerinde olup kabulü ile hükmün açıklanan nedenlere hasren HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, 19.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi'nin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden davalı vekili için 625.00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşı taraftan alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 3.3.2009 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY I. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1864 **K:** 2009/2711 **T:** 04.03.2009

TAŞINMAZ HUKUKU • TAŞINMAZDA DAVACININ MUVAFAKATI İLE OTURULMASI DURUMU • DAVAYLA MUVAFAKATIN GERİ ALINMASI • ELATMANIN ÖNLENMESİ • AİLE KONUTU*

Özet: *Taşınmazda oturmasına rıza gösterilen davalının, davacının gelini olduğu ve davacının oğlu olan eşiyle boşanma davası bulunduğu ve eşlerin birlikte yaşamadığı dikkate alınarak, davanın açılmasıyla muvafakatin dava ile geri alındığı kabul edilmeli ve elatmanın önlenmesine karar verilmelidir.*

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içereğinden ve toplanan delillerden; çekişme konusu 1186 ada 1. parsel sayılı taşınmazdaki mesken niteliğindeki 5 no'lu bağımsız bölümün kayden davacıya ait olduğu, davalının kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı bulunmamakla beraber ikamet etmek suretiyle çekişmeli bağımsız bölümü kullandığı anlaşılmaktadır.

Davacı, davalının gelini olduğunu, oğlu ile birlikte oturmasına dair verdiği izne dayalı olarak taşınmazı kullandıklarını, ancak oğlunun gelini ile aralarının açılması nedeniyle oğlunun, davalı aleyhine aynı yer mahkemesinde açtığı boşanma davası nedeniyle oğlunun çekişmeli yeri terk ederek davalı ile ayrı yaşadıklarını, davalının kullanılamsına muvafakatının olmadığını, bu nedenle taşınmazı terk etmesi için ihtar çekmesine rağmen davalının tasarrufunu sürdürdüğünü ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

Hemen belirtilmelidir ki, davacı kayır maliki olup, Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Taraflar arasında bir kira ilişkisinde bulunmamaktadır. Esasen davalı ile birlikte davacının oğlunun taşınmazı muvafakata dayalı olarak tasarruf ettikleri dosya kapsamı ile sabittir.

Dava açılmış olmakla muvafakatın geri alındığının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının davalıya ihtar çekerek taşınmazı boşaltmasını istediğide

---

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

sabittir. Öte yandan, davalının taşınmazın aile konutu olduğu yolundaki savunmasına kayıt maliki davacı ile davalının (ve eşiyle) arasında hukuki bir ilişki kurulmadığına göre davacıyı olayda 6570 Sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmünün uygulama yeri bulunmadığı da açıktır.

O halde, davalının taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Diğer taraftan, davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olmasının davacının mülkiyet hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanmasının haklı ve geçerli nedeni olarak da kabul edilemez.

SONUÇ: Hal böyle olunca; elatmanın önlenmesi isteğiyle birlikte davacının, davalıya gönderdiğini ileri sürdüğü ihtarnamenin mevcudiyeti halinde, ihtarnamenin tebliği tarihi gözetilmek suretiyle belirlenecek ecrimisile hük-medilmesi; aksi halde muvafakatın dava açılmakla geri alındığının kabulü ile elatmanın önlenmesine, ancak ecrimisil isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir. Davacının temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 04.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, dava reddedilmiştir.

Somut olayda, davacı kayıt maliki davalı onun gelinidir. Davacının dava dışı oğlu ile davalı arasında boşanma davası görülmekte olup, henüz sonuçlanmamıştır. Çekişmeli bağımsız bölüm davalı ile eşine aile konutu olarak kullanılmak üzere özgülenmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinden kaynaklanan tasarruf yetkisi ancak yasal nedenlerle sınırlanabilir. Ancak, yasal olarak eşler bir arada (birlikte) yaşarlar.

Ortak haneyi (ortak konutu) eşlerden birinin terk etmiş olması konutun bu özelliğini değiştirmez.

Olayda, nizalı yerin karı koca tarafından bu şekilde kullandığı tartışmasızdır. Aile konutu kavramından çok yasal olarak bir arada yaşama durumunda bulunan kişiler onay verildiğinde bu onayın birlikte yaşayan (yaşaması gereken) kişilerin bir bölümü yönünden geri alınıp alınmayacağı önem kazanmaktadır. Bu tür bir davranış dürüstlük kuralıyla bağdaştırılmamalıdır.

Kaldı ki, halen evlilik birliği devam etmektedir. Tüm bu nedenlerle mahkemenin davanın reddine ilişkin kararının doğru olduğunu ve onanması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun bozma kararına katılamıyoruz.

Erdal Sanlı
Üye

Emin Seçkin
Üye

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/15942 **K:** 2005/2081 **T:** 15.02.2005

AİLE HUKUKU • BOŞANMADA MADDİ MANEVİ TAZMİNAT • MAL TALEBİNE YÖNELİK DAVA • DAVA HARCI

(TMK m. 4, 174/1-2, 186; BK m.42, 43, 44, 49)

Özet: *Boşanma sonucunda eşinin maddi desteğini yitiren ve daha az kusuru bulunan kadın yararına bir miktar tazminata hükmedilmelidir.*

Boşanmaya yol açan olaylardan dolayı kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf manevi tazminata da hükmedilmelidir.

Boşanmanın eki niteliğinde olmayan eşya talebine yönelik davada nisbi harç alınmalıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan mukamesi sonunda mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün nafakalar, tazminatlar, otomobil bedeli ve eşyalarına yönünün temyizen mürafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün duruşmayı temyiz eden vekili ve temyiz eden karşı taraf vekili geldi. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davalı tanık beyanlarına geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Delil listesinde gösterilmeyen günlük defterinin birazına davacı karşı çıkmıştır.Bu nedenle boşanmaya neden olan olaylarda eşine hakaret ve beddua eden, evden kovan koca tamamen kusurludur.

a) Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngürmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu

eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir, O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK. Md, 4 BK. md. 42 ve 44) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

b) Türk Medeni Kanunu'nun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır yada eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. 4 BK. 42, 43, 44, 49) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

3- Davacının Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi dışında istemiş olduğu otomobil ve ev eşyalarından kaynaklanan dava boşanmanın eki niteliğinde değildir. Bu nedenle davacı maktu harcı yatırdığından dava değerine göre peşin nisbi harç ikmal ettirilmeden (Harç Kanunu md. 30-32) davaya devamla kesin hüküm oluşturacak şekilde bu konudaki taleplerinin reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2/a-b ve 3. bentte gözterilen nedenlerle, davacı yararına BOZULMASINA, temyize konu diğer hususların 1. bentte gösterilen nedenle ONANMASINA, duruşma için takdir olunan 400.-TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, aşağıda yazılı harcın davalıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna, temyiz peşin harcını yatıran davacıya geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 15.02.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/20744 **K:** 2007/16917 **T:** 04.12.2007

AİLE HUKUKU • DAVALARIN FARKLI OLAYLARA DAYANMASI • DERDESTLİK SAVI

Özet: *Davacı kadının açtığı boşanma davasında da taraflar aynı ise de; dayanılan maddi olay farklıdır. Bu nedenle derdestlikten söz edilemez.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan 27.11.2007 günü duruşmalı temyiz eden Karolin ve temyiz eden Ohannes ile vekili geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı-davalı kadının 15.07.2005 tarihinde açmış olduğu boşanma davasının tarafları aynı ise de; dayanılan maddi olay farklıdır. Bu nedenle derdestlikten söz edilemez. Mahkemece davanın tefrikine karar verilmediği de gözönüne alınarak bu davanın da esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 500.00.-TL. vekalet ücretinin Ohannes'ten alınıp Karolin'e verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 04.12.2007 (Salı)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/10632 **K:** 2008/9294 **T:** 25.06.2008

USUL HUKUKU • AVUKATIN MAZERET DİLEKÇESİ VERMESİ DURUMUNDA MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

Özet: *Pul ekli olarak verilen mazeret dilekçesi hakkında bir karar vermeden hüküm kurulması yanlış olmuştur.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı vekili 14.2.2007 tarihli celse için; 13.2.2007 tarihli pul ekli mazeret dilekçesi vermiştir. Davalı vekilinin mazeret talebi hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 25.06.2008 (Çrş.)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/17038 **K:** 2008/12729 **T:** 07.10.2008

AİLE HUKUKU • BOŞANMA DAVASINDAN SONRA BİRLİKTE OLMA • DAVANIN REDDİ

Özet: *Boşanma davası açıldıktan sonra tarafların birlikte tatile gittikleri anlaşıldığına göre; tatile gidilmeden önce yaşanan olayların davacı tarafından affedildiği ya da hoşgörüyle karşılandığı düşünülerek davanın reddine karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen mürafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden Rıfat vekili ve karşı taraf Deniz vekili geldi. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Tarafların boşanma davası açıldıktan sonra birlikte tatile gittikleri dosya içindeki belgelerden anlaşılmaktadır. Birlikte tatile gidilmesi önceki olayların davacı tarafından affedildiğini en azından hoşgörüyle karşılandığını gösterir. Hoşgörülen ve affedilen olaylara dayanılarak da boşanma kararı verilemez. O halde davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, duruşma için takdir olunan 550.00.-TL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12559 **K:** 2007/14065 **T:** 08.10.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • HAKSIZ İŞGALDEN DOĞAN DAVA • GÖREVLİ MAHKEME • YILLIK KİRA GETİRİSİNE GÖRE DEĞERLENDİRME YAPILMASI

(HUMK m. 8/1-2)

Özet: *Mülkiyet hakkına dayanılarak açılmış olan haksız işgalin sonlandırılması davasında; taşınmazın yıllık kira getirisi dikkate alınarak mahkemenin görevi belirlenmelidir.*

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı (tereke temsilcisi), mülkiyeti murise ait olan taşınmazda; davalının, haksız işgalci olduğunu iddia ederek; tahliyesini talep etmiştir.

Davalı, dava konusu taşınmazda; kiracı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dava konusu taşınmazda; davalının, fuzuli şagil durumuna düştüğü gerekçesiyle, taşınmazdan tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Davada, taraflar arasında geçerli bu kira sözleşmesi bulunmadığından bahisle, davalının taşınmazdan tahliyesi istenilmiştir.

HUMK'un 8/2 maddesinde davanın değerine bakılmasızın Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğu dava ve işler sayılmıştır. Dava bu niteliği itibariyle anılan maddede açıklanan işlerden hiçbirisine dahil değildir.

HUMK'un 8/1. maddesinde de; değer veya miktarı (dava tarihi itibariyle) 5.490.-TL'yi geçmeyen davalara Sulh Hukuk Mahkemesi'nde bakılacağı öngörülmüştür.

Somut olaylarla ilgili alınan bilirkişi raporunda dava konusu mecurun aylık kira gelirinin 1.000.-TL. olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, (mecurun yıllık kira geliri dikkate alındığında)

Davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılması gerekmektedir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup res'en dikkate alınması icab eder.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın yıllık kira getirisi gözetilerek, davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılmak üzere dava dilekçesinin

görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, esasa ilişkin hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve şimdilik diğer yönlerin incelenmesine mahal olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 8.10.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/15161 **K:** 2007/17546 **T:** 20.11.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • MÜŞTEREK MÜLKİYET • TAŞINMAZIN KİRALANMASI • ECRİMİSİL

Özet: *Somut olayda taşınmazın 1/3 payının davacı adına kayıtlı olduğu, taraflar arasında müşterek mülkiyet ilişkisi bulunduğu ve davalıların taşınmazı üçüncü kişilere kiraladığı anlaşıldığına göre, davacının ecrimisil isteği kabul edilmelidir.*

Dava dilekçesinde fazlaya ilişen haklar mahfuz tutularak 1.000.-TL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalıların müşterek mülkiyete konu taşınmazı üçüncü kişilere otel olarak kiraya vererek kullandırıldığını ileri sürerek müvekkilinin 1/3 hissesi karşılığı fazlaya ilişen haklarını mahfuz tutarak 1000,00.-TL ecrimisilin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın davacı ve davalılar tarafından birlikte kiraya verildiği ve daha sonra da taşınmazın şufa hakkını kullanan davacı tarfından satın alındığı gerekçesi ile davanın reddi cihetine gidilmiş,

hüküm süresinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmazda taraflar 1/3 hisse maliki olup müşterek mülkiyet hükümlerine tabidir. Somut olayda tüm paydaşlar tarafından yapılan kira sözleşmesinden sonra, davalı iki paydaş tarafından dava dışı kişilere taşınmazın kiraya verildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda dava konusu taşınmazın tapuda 1/3 payının davacı adına kayıtlı olduğu ve davalılar tarafından 12.11.2002 tarihinde dava dışı kişilere kiraya verilerek kullandırıldığı tüm dosya kapsamı ile sabittir.

Açıklanan nedenlerle davacının bu tarihten sonrası için ecrimisil isteyebileceği düşünülmeksizin yazılı nedenlerle karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz,temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.11.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9589 **K:** 2008/10043 **T:** 03.06.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • SİTE YÖNETİMİ • SİTENİN TEMSİLİ

Özet: *Tüzel kişilik olmasa da, mevcut yönetim planına göre oluşturulan kat malikleri kurulu yöneticiliğinin siteyi temsile yetkili olduğu kabul edilmelidir.*

Dava dilekçesinde 3.361,05.-TL. için yapılan ilamsız icra takibine vaki haksız itirazın iptali takibin devamı % 40 icra inkar tazminatının faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın husumet yönünden reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dava dilekçesinde,davalının ortak gider borcunu ödemediğini ileri sürerek 3361,00.-TL. için yapılan ilamsız icra takibine yapılan haksız itirazın

iptali ile takibin devamı ve % 40 icra inkar tazminatının tahsili istenilmiştir.

Mahkemece, avacı "*Kibele Sitesi Yöneticiliğinin*" tüzel kişiliği olmadığından husumet yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Dava konusu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesine göre kiralayan, "*Kibele Konutları Kat Maliklerini temsilen Kibele Sitesi Yöneticiliğidir.*"

Kaldı ki; yönetim planında öngörülen görevlerin yapılması konusunda yönetim kurulu tüm kat maliklerini temsil edebilir. Site yöneticisi de, yönetim planı hükümlerine göre, bu davada, kat maliklerinin vekili sıfatıyla avukat tutmak suretiyle dava açıldığı ve takip edildiği gözönünde bulundurularak işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın husumet nedeniyle reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 3.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/16084 **K:** 2008/19944 **T:** 20.11.2008

KİRA TESPİTİ DAVASI • UYGULANACAK YÖNTEM

Özet: *Kira tespiti davasında; tarafların tüm delilleri, emsal kira sözleşmeleri dosyaya alın-malı, bilirkişi tetkikatında gerek dava konusu yer ve gerekse emsal gösterilen yerler incelenmeli, kira parasını etkileyen tüm nitelikler karşılaştırılmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parası dikkate alınmalı ve sonuçta, hak ve nesafete uygun şekilde tarafların bekledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmelidir.*

Dava dilekçesinde kira parasının 1.8.2007 gününden başlayarak aylık, net: 5.000-TL. olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 4.096.07-TL. olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada,1.8.2007 tarihinde başlayan döneme ilişkin kira parasının tespiti istenilmiş; mahkemece hak ve nesafet uygulamasına göre aylık 4.096.07-TL. kira parasına hükmedilmiştir.

Dava konusu taşınmaz; İstanbul Yenibosna Meraşal Fevzi Çakmak Mahallesi'nde 360 m^2'lik bodrum katta imalat yapılan ve 58 m^2 zemin kata sahip pastanedir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tesbite dayanak olarak incelenen emsal kira sözleşmelerinin uygun bulunmadığı açıklanmış, ancak bu yönde re'sen emsal araştırması yapılmamıştır.

18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı YİBK ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre "*hak ve nesafet*" ilkesi uyarınca hakim bu sınırlamayı yapar-ken, öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmeleri aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınmalı, bilirkişi marifetiyle kiralanan taşınmaz ve taraf emsalleri tek tek görülüp incelenmeli, böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, kira süreleri vb.) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırılmalı, emsal kira bedellerinin niçin uygun emsal olup olmadığı somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parası belirlenmeli, hakimce bu kira parası dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafete, özellikle tarafların kira sözleşmesinden bekledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmelidir.

Mahkemece yukarıda açıklanan yönleri içermeyen genel ifadeli bilirkişi raporuna itibar edilerek eksik incelemeyle hüküm kurulması usul ve yasaya YİBK'ya ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Bu itibarla açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/21288 **K:** 2009/1413 **T:** 05.02.2009

TELEFON ABONELİĞİ • ABONELİĞİN SONA ERMESİ • KONUŞMA ÜCRETİ

Özet: *Telefonun abonelik sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemlerdeki konuşmalardan dolayı tahakkuk ettirilen konuşma ücretlerinin eski aboneye iade edilmesi gerekir.*

Dava dilekçesinde 1.307.00.-TL. alacağın fazi ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı dava dilekçesinde, işyerinde bulunan telefon abone sözleşmesinin 05.05.2004 tarihinde iptal edilmesi ve diğer davalıya abonelik tesis edilmesine rağmen davalı Türktelekom A.Ş tarafından faturaların kendisine ait banka hesabından tahsil edilmesi nedeniyle 1.307,00.-TL. borcu olmadığı halde ödeme yaptığını ileri sürerek sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davalı Recep yönünden davanın açılmamış sayılmasına ve davalı Türktelekom A.Ş'nin ise faturaları tahsil etmesi durumunun söz konusu olmadığı gibi davacının banka hesabından düzenli ödeme talimatı bulunması nedeniyle ödemelerin yapıldığı gerekçesi ile davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm, süresinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda, dava konusu edilen alacak (0212) 212 ..... no'lu telefonun görüşme bedeline ilişkindir. Yine, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden söz konusu telefonun davacı adına olan abone sözleşmesinin 05.05.2004 tarihinde sona erdiği ve söz konusu telefonun 06.07.2005 tarihinde Recep adına tahsis edildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu alacak ise söz konusu telefonun Recep adına tahsisinden sonraki döneme ilişkin olup görüşme bedelinin de ancak bu kişiden tahsili istenebilir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, itibar edilmeyen gerekçeler ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 5.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7592 **K:** 2008/3205 **T:** 13.03.2008

MAHKEME KARARININ BOZULMASI • İCRANIN DURMASI • ESKİ HALE İADE • ÖDENEN PARANIN GERİ ALINMASI

(İİK m. 40)

Özet: *Bir ilamın bozulması halinde icra işlemleri olduğu yerde durur ve ayrıca yeni bir hükme gerek kalmaksızın icra eski hale getirilir. (İİK m. 40) Bu nedenle bozulan ilam sebebiyle ödenen paranın geri alınması için ayrıca yeni bir dava açmaya gerek yoktur.*

YARGITAY KARARI

Davacı Hakkı vekili Avukat Nevzat Atasoy tarafından, davalı aleyhine 23/03/2007 gününde verilen dilekçe ile istirdat talebinde bulunması üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 09/05/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava dilekçesinde, davalı tarafından açılan dava sonucunda aleyhe karar verildiği; temyiz yasa yoluna başvurulduğu ve tehiri icra kararı da alındığı; ancak, tehiri icra kararının icra dosyasına sunulmaması nedeniyle davalının talebi üzerine ilama konu tazminat miktarının ödendiği; temyiz sonucunda kararın bozulduğu gerekçesiyle, ödenen miktarın istirdadı talep edilmiş ve mahkemece de istem kabul edilmiştir.

İİK'in 40. maddesine göre, ilamın bozulması icra işlemlerini olduğu yerde durdurur ve ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline getirilir. Dava konusu edilen sorunun çözümü, Yasa'da açıkça düzenlenmiş olup; davacı tarafından bu yola başvurulması gerekir. Şu durumda, eldeki davanın açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Hukuki yarar, dava koşulu niteliğinde olup; mahkemece, kendiliğinden (re'sen) gözetilmelidir. Açıklanan nedenlerle, hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın,yukarıda gösterilen nedenle BOZULMASINA; bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 13/03/2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12770 **K:** 2008/7874 **T:** 09.06.2008

ISLAH DİLEKÇESİYLE ARTTIRILAN MİKTAR • ZAMANAŞIMI DEFİ

Özet: *Islah dilekçesine karşı ileri sürülen zamanaşımı def'i doğrultusunda ıslahla istenen bölümün zamanaşımına uğradığı gözetilerek hüküm kurulmalıdır. Zira, davanın açıldığı tarihteki davacı talebi zamanaşımının kesilmesi bakımından ıslahla arttırılan miktara sirayet edemez.*

YARGITAY KARARI

Davacı İbrahim vd.leri vekili tarafından, davalı Salim vd.'leri aleyhine 27/04/2000 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 03/07/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlerle, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, dava kabul edilmiştir.

Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna göre, bakiye miktar için 14/03/2006 tarihli ıslah dilekçesi ile talepte bulunulmuştur. Davalılar ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı savunmasında bulunmuşlardır. Olay tarihi 20/09/1999 günü olup, iki kişi yaralanmıştır. Türk Ceza Kanunu'na göre eylem 5 yıllık ceza zamanaşımına tabidir. Öte yandan davacının yaptığı harcamalarda 1999 yılına aittir. Şu durumda ıslah'la istenen miktarın zamanaşımına uğradığı gözetilerek o kısımla ilgili talebin zamanaşımı yönünden reddi gerekirken, kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenle BOZULMASINA, diğer temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09/06/2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14659 **K:** 2008/11595 **T:** 09.10.2008

MANEVİ GİDERİM • BİLİRKİŞİ RAPORU • AĞIR ELEŞTİRİ • KARŞI AÇIKLAMA • KİŞİLİK HAKLARI

Özet: *Taraf avukatının ağır sözlerle ifade ettiği eleştiriye karşı " hukuk ve nezaket kurallarını aşmıştır.....saldırgan beyanlarda bulunmaktadır... büyük çirkinlik göstermektedir" şeklinde açıklamalar içeren ek bilirkişi raporunda kişilik haklarının ihlal edildiği kabul edilemez. Zira; davacı avukat kendi kusuruyla bu açıklamalara sebebiyet vermiştir.*

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 25/11/2006 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 18/9/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, savunma sınırı aşılarak kişilik haklarına saldırı sebebi ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacı avukat olup, takip ettiği bir dosyada davalı bilirkişi olarak görev yapmıştır. Davalının hazırladığı bilirkişi raporuna karşı davacı verdiği dilekçede "*rapora bilirkişi raporu demek hata olur... ya rapor yazmayı bilmiyor yada kendisini hakim zannediyor... verdiği ve vereceği tüm raporları reddediyorum*" şeklinde açıklamada bulunmuş, davalı da mahkemenin talebi üzerine hazırladığı ek raporunda davacı hakkında "*hukuk ve nezaket kurallarını aşmıştır... saldırgan beyanlarda bulunmaktadır... büyük çirkinlik göstermektedir*" şeklinde karşı açıklamalar yapmıştır.

Davalının ek rapordaki açıklaması, davacının dilekçesindeki açıklamaları karşısında kişilik haklarını ihlal eder nitelikte kabul edilemez. Davacı kendi kusuru ile anılan açıklamalara sebebiyet vermiş olduğundan davanın tümden reddi gerekirken mahkemece farklı gerekçe ile davanın kısmen kabulü doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 9/10/2008 günüde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8616 **K:** 2007/12817 **T:** 12.11.2007

KAMULAŞTIRMA HUKUKU • DEĞER TESPİTİ • İŞLEVSEL RANT

(2942 SK m. 10)

Özet: *Değer tespitinde bina ve zemin bedeline hükmedilmesi gerekirken "işlevsel rant" adı altında ilave yapılması isabetsiz olmuştur.*

Taraflar arsındaki 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Alınan raporlar değer biçme yöntemi bakımından yasa hükümlerine uygundur.

Kamulaştırılan taşınmaz ile emsalin üstün ve eksik yönleri belirlenip kıyaslaması yapılarak zeminine; resmi birim fiyatları esas alınıp, yıpranma payı da düşülerek binalara değer biçilmesinde yöntem itibariyle bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak; Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesine göre; bilirkişi kurulunca yukarıda belirtilen şekilde tespit edilen bina ve zemin bedeline hükmedilmesi gerekirken, bu bedele işlevsel rant adı altında ilave yapılarak fazlaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Davacı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine 12.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10333 **K:** 2008/12961 **T:** 20.11.2008

İCRA HUKUKU • KİRA BORCU • ÖDEME EMRİ • YASAL KOŞULLAR

(İİK m. 269/1; BK m. 260)

Özet: *Borçluya gönderilen ödeme emrinde yasanın belirlediği ödeme ve itiraz süreleri gösterilmemiştir. Bu ödeme emri usül ve yasaya uygun olmadığından hukuki sonuç doğurmaz.*

İcra Mahkemesi'nce verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, ödenmeyen kira borcu nedeniyle tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine itiraz ve ödeme olmaması nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulü ile davalının tahliyesine karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı alacaklı tarafından ödenmeyen 2007/9-10-11. ayların kirasının tahsili amacıyla 14.11.2007 tarihinde icra takibi başlatılarak örnek 13 ödeme emri davalıya 22.11.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı borçluya gönderilen örnek 13 ödeme emrinde ödeme ve itiraz sürelerinin gösterilmediği anlaşılmaktadır. Bu ödeme emri İİK. 269/1 maddesi göndermesi ile uygulanması gereken BK. 260. maddesine uygun değildir. Usulüne uygun olarak düzenlenmeyen ödeme emri hukuki sonuç doğurmaz. Hukuki sonuç doğurmayan ödeme emrine dayanarak tahliyeye karar verilemez. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekirken, bu husus gözardı edilerek yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenle BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 20.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11227 **K:** 2008/14286 **T:** 29.12.2008

İCRA HUKUKU • KİRA ALACAĞI • İCRA İNKAR TAZMİNATI

Özet: *Kira sözleşmesinde kira miktarı belli ve muayyendir. Bu alacağın bir bölümünün icra yoluyla talep edilmesi mümkündür. Alacak miktarı belli ve muayyen olduğuna göre icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.*

Mahalli Mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazin iptali davasına dair karar davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, itirazın iptali ve icra tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece itirazın iptaline, takibin devamına, icra tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından icra tazminatına hasren temyiz edilmiştir.

Davacılar vekili, dava dilekçesinde, davalının 25.09.2002 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli akdi gereğince kiracı olduğunu, davalı kiracının kiraları ödememesi üzerine başlatılan icra takibine itiraz üzerine takibin durduğunu belirterek haksız itirazın iptaline ve icra tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, akdin davalı tarafça haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece itirazın iptaline, uyuşmazlık yargılamayı gerektirdiğinden icra tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Davaya ve hükme esas alınan 25.09.2002 başlangıç tarihli kira sözleşmesi hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira akdinin, özel şartlar bölümünün 3. maddesinde; kira bedellerinin yıllık ödeneceği ve yıllık kira bedelinin 14.000 USD olduğu düzenlenmiştir. Kira sözleşmesindeki kira miktarı belli ve muayyendir. Davacı takip talebinde 28.000 USD ödenmeyen kira alacağından şimdilik 1.000 USD'lik kısmının tahsilini istemiştir. Alacağın bir bölümünün talep edilmesi başka bir ifadeyle kısmi dava açılmış olması halinde hüküm altına alınan kısım üzerinden icra inkar tazminatı verilmesine engel teşkil etmez. Uyuşmazlık konusu alacağın mevcudiyeti ve miktarı yargılamayı gerektirir nitelikte değildir. Ayrıca alacak likittir. Bu durumda mahkemece, davacı lehine inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile icra tazminatı talebinin reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının inkar tazminatına ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün inkar tazminatına hasren BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 29.12.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAIRESI

E: 2008/1366 **K:** 2008/2014 **T:** 06.05.2008

ZAMANAŞIMI SÜRESİ • TÜZEL KİŞİLER • YÜKLENİCİNİN İŞ SAHİBİYLE BİRLİKTE SORUMLULUĞU • ZARARIN TANIMLANMASI

(BK m. 51/2, 55)

Özet: *Tüzel kişiler için zamanaşımı, o kurumun veya tüzel kişinin yetkili organının zararı ve zarar sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren başlar.*

İş sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşmede iş sahibine yükleniciyi denetlemek ve ona talimat vermek yetkisi tanındığına göre, meydana gelen zarardan iş sahibi ile birlikte yüklenici de sorumludur.

Hukukumuzda benimsenen fark teorisine göre zarar; mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumuyla zarar verici olay meydana gelmeseydi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi taraflarca istenilmiş olup; temyiz istemlerinin süresinde olduğu anlaşılmakla; dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibariyle tacir yada tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliğine ve özellikle iddia ve savunmanın kıymetlendirilmesi yönünden bilgilerine başvurulan ve hükme dayanarak yapılan uzman bilirkişi raporunun niteliğini, içeriği ve dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışımına ilişkin hükümde gösterilen gerçeklere, tüzel kişiler yönünden Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi hükmünde yazılı 1 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için o tüzel kişi veya kurumun dava açma konusunda emir vermeye yetkili organı tarafından zararın ve zarar sorumlusunun

öğrenilmiş olmasının zorunlu bulunmasına, yasal olarak yapılmış bir yetki devri sözkonusu olmadıkça daha alt birimlerin bu arada şube müdürlerinin zararı ve zarar sorumlusunu öğrenmelerinin zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli olmasına, iş sahibi davalı İGDAŞ ile yüklenici davalı arasında düzenlenen sözleşmede iş sahibine yapılan işi kontrol ve denetleme, yükleniciye emir ve talimat verme yetkisinin tanınmış olması nedeniyle iş sahibi davalının meydana gelen zarardan dolayı Borçlar Kanunu'nun 55 ve 51/2 maddeleri hükmüne göre müteselsil sorumluluğu bulunmasına göre davacı tarafın tüm, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının REDDİNE,

2- Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve soruşturma, toplanan deliller hüküm vermeye yeterli değildir.

Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olay meydana gelmeseydi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararla zarar denkleştirmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir.

Toplanan delillerden davalıların yaptıkları doğalgaz hattı döşeme işi sırasında ve 01.01.2003 tarihinde İnönü 30/4 B sokakta bulunan davacı tarafa ait atıksu kanalında hasar meydana getirildiği anlaşılmaktadır. Davacı taraf görülen dava ile atıksu hattının deplase edilmesi nedeniyle 07.02.2003 tarihinde işi yapan firmaya imalat bedeli olarak ödediği 6.883.074.016-TL. bedeli davalılardan istemiştir.

Hattın güzergahının değiştirilerek deplase edilmesi davacı tarafın kendi ihtiyacı doğrultusunda gerçekleştirdiği bir tasarruftur. Az yukarıda açıklanan gerçek zarar ilkesine göre davacı tarafın davalıların fiili ile arasında uygun illiyet bağı bulunmayan ve davalıların fiilinin doğrudan sonucu olmayan yeni hat nedeniyle fazladan yaptığı bu giderlerin tamamını davalılardan isteyemeyeceği, ancak zarar gören hattın eski haline getirilmesi için gereken onarım bedelini yada onarım mümkün değil ise eski hat ile aynı özellikte ve aynı uzunlukta olmak üzere hattın yeniden yapılma bedelini isteyebileceği, bu durumda da eski hat ile yeni hat bedeli arasındaki eski yeni farkının hesaplanacak bedelden düşülmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece benimsenen bilirkişi kurulu raporunda zarar gören eski atıksu hattının onarılarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı, onarılabilecek ise eski hale getirme bedelinin ne olacağı, eski hale getirme mümkün değil ise eski hattın aynı özellikte ve aynı yere yeniden yapılması için ne kadar harcama gerektiği açıklanmadığı gibi mahkemece

de bu hususlar bilirkişi kuruluna sorulup saptanmamış, yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek hüküm verilmiştir. Yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

O halde dosya yeniden bilirkişi kuruluna verilerek bilirkişi kurulundan az yukarıda açıklanan kurallar doğrultusunda davacı tarafın gerçek zararının hesaplanması için gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınmalı, bilirkişi raporunun davanın niteliğine ve dosya içeriğine uygun düzenlenip düzenlenmediği bizzat hakim tarafından da incelenip denetlenmeli, davalıların haksız fiil kurallarına göre sorumlu tutulabileceği gerçek zarar miktarı duraksamasız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir hüküm verilmelidir.

SONUÇ: Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmaksızın, yetersiz bilirkişi raporu benimsenerek eksik araştırma ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davalı tarafından temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harçlarının istek halinde davalılara iadesine, 06.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4096 **K:** 2008/4718 **T:** 06.11.2008

MUHDESAT • ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • AİDİYETİN TESPİTİ DAVASI • KAÇAK YAPININ DURUMU

Özet: *Muhdesatın aidiyetinin tespiti davasında, taşınmaz üstündeki yapının kaçak yapı olması davnın reddini gerektirmez.*

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından istenilmekle, temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

Dava taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın mülkiyetinin tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece bina nitelikli muhdesatın kaçak yapı niteliğinde olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş isede varılan sonuç davanın niteliğine, yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

Ortaklığın giderilmesi davasına bakan mahkemece taşınmazın üze-

rinde bulunan muhdesatla birlikte satışına karar verileceği, kaçak niteliğindeki binanın henüz yıkılmadığı, taşınmazın satılması halinde kaçak yapı niteliğindeki muhdesat nedeni ile taşınmazın satış değerinde az veya çok artma olacağı, davanın eda nitelikli bir dava olmadığı gözetildiğinde muhdesat aidiyetinin tesbitine ilişkin davalarda taşınmazın kaçak yapı olmasının red nedeni olamayacağı kuşkusuzdur.

SONUÇ: Hal böyle olunca mahkeme taraflarca gösterilen ve gösterilecek tüm delillerin toplanması, davacı tarafın davaya konu muhdesatın tek başına kendi adına ve hesabına meydana getirip getirmediğinin belirlenmesi ve sonucuna göre bir hüküm verilmesi gerekirken davanın niteliğiyle bağ-daşmayan yersiz gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde davacı tarafa iadesine, 6.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2000/18836 **K:** 2000/18033 **T:** 04.12.2000

İŞ HUKUKU • SÖZLÜ YARGILAMA • İLK OTURUMA KADAR İLERİ SÜRÜLEN İSTEMLER*

Özet: *Sözlü yargılamanın uygulandığı İş Mahkemesi'nde, dava dilekçesine yazılmamış olan faiz talebinin davanın ilk oturumunda talep edilebilmesi mümkündür.*

YARGITAY KARARI

Davacı ilk davada ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte faiz isteminde bulunmuştur. Bu dava ile birleştirilen ek davada ise aynı alacaklar için faiz yürütülmesini dilekçesinde belirtmemiştir. Ancak yargılamanın ilk oturumunda ek dava içinde faiz isteminde bulunmuştur.

Mahkeme ek davaya konu istekler için faiz yürütmemiştir.

İş mahkemelerinde kural olan sözlü yargılama usulüdür. Sözlü yargılama usulünün geçerli olduğu uyuşmazlıklarda taraflar ilk oturumda iddia veya savunmalarını tutanağa geçirirler. bu işlemden sonra iki taraf anlaşmadıkça iddia ve savunmalarını değiştiremezler. Somut olayda da davacı vekili ek davanın ilk oturumunda isteği konusunda beyanda bulunurken açıkça kıdem ve ihbar tazminatına faiz uygulanmasını talep etmiştir. Bu sistem ilk oturumda gerçekleştiğine göre, dilekçede yer almayan bu hususun iddianın genişletilmesi olarak değerlendirilmesi hatalıdır. Mahkemece ek davaya konu kıdem ve ihbar tazminatına faiz yürütülmemesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 4.12.2000 gününde oybirliği ile karar veridi.

(*) Gönderen: Av. Erol BOYLAN

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 8.5.2003 tarihli Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararı'na bakınız.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/32884 **K:** 2005/36570 **T:** 21.11.2005

İŞ HUKUKU • HİZMET AKDİNİN ZORUNLU NEDENLE FESHEDİLMESİ • GEÇERLİ FESİH*

(4857 SK m. 20/3, 25/1)

Özet: *İş Kanunu'nun 25/1. maddesinde belirlenen zorunlu nedenlerden dolayı işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.*

YARGITAY KARARI

Davacı, işyerinde kaza geçirdiğini uzun süre raporlu olması nedeniyle işverence 4857 Sayılı Kanun 25/1. a maddesi uyarınca iş akdinin feshedildiğini ancak bu maddenin kendisine uygulanamayacağını iddia ederek feshin geçersizliğine işe iadesine, boşta geçen süre ücretine ve tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kendi kusuru nedeniyle işyerind kaza geçirdiğini uzun süre raporlu kalıp işe devam edemediğini bu nedenle hizmet aktini İş Kanunu 25/1. madde uyarınca feshettiklerini belirtilmiştir.

Mahkeme 4857 Sayılı İş Kanunu'nda 25/1. maddesindeki kaza tabirinin işyerinde meydana gelen kazaları öngörmeyip işyeri dışında meydana gelen kazaları ifade ettiğini, feshin haksız olduğunu belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermiştir.

Dosya içerisinde bulunan fesih yazısı ve diğer belgelerden davacının hizmet akdinin 4857 Sayılı İş Kanunu 25/1. maddesi gereğince rapor sürelerinin 17. maddedeki bildirim sürelerini 6 hafta aşması nedenine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi işyerinde geçirdiği iş kazası nedeniyle 25.12.2003-16.05.2004 ve 31.8.2004-2.6.2005 tarihleri arasında raporlu olup çalışmamıştır. Geçirmiş olduğu bu kazanın iş kazası olması sonuca etkili değildir. Dosya içeriğinde feshin Kunun'un 25/1. maddesindeki koşullara uygun düştüğü anlaşılmakta olup davalı işveren derhal fesih yetkisine sahip olduğu halde bir müddet bu yetkisini kullanmayarak davacının ikinci kez aldığı raporun sona ermesini de beklemiştir. Bu nedenle fesih geçerli nedene dayanmakta olup davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

(*) Gönderen: Av. Bülent ÜNLÜ

4857 Sayılı Kanun'un 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Çorlu İş Mahkemesi'nin 15.9.2005 gün 2005/360 E. 2005/498 K sayılı kararı bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davanın reddine,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari ücret tarifesi uyarınca hesaplanan 350.-TL. vekalet ücretinin davacıdan tahsili ile davalıya verilmesine,

5- Yargılama giderlerinin davacı üzerinde bir bırakılmasına, davalı tarafından yapılan 20.-TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak 21.11.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12932 **K:** 2007/13055 **T:** 25.04.2007

İŞ HUKUKU • PARÇABAŞI ÜCRET • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • ÜCRETİN VE HİZMET SÜRESİNİN TESPİTİ*

Özet: *Parça başı ücret durumunda fazla çalışma ücretleri hesaplanırken, fazla çalışma asıl ücretinin parça başı ücretle alındığı kabul edilerek, sadece % 50 zamlı kısım hesaplanmalıdır.*

Hizmet süresi tartışmalı ise S.S.K. kayıtları celp edilmeli, ücret tartışmalı ise emsal ücret bilgisi celp edilmelidir.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

(*) Gönderen: Av. Mustafa KESKİN

2- Taraflar arasında davacının çalıştığı süre tartışmalıdır. Davacı tanıkları işe giriş tarihi konusunda bir beyanda bulunmamışlardır. Davalı ise davacının imzasını taşıyan işe giriş bildirgesindeki tarihte işe girdiğini iddia etmektedir. Davacı vekilinin beyan ettiği sigortalılık numarasına göre davacının S.S.K. kayıtları celbedilmeden eksik inceleme ile davacı iddiasındaki işe giriş tarihinin kabulü hatalıdır.

3- Davacının aldığı ücret de taraflar arasında tartışmalıdır. Davacı tanık dinletmiş, davalı imzalı ücret bordrosu fotokopisi sunmuştur. İlgili meslek kuruluşlarından davacının yaptığı iş, kıdemi ve çalıştığı tarihlerde bildirilerek davacının alabileceği ücret belirlenerek sonuca göre karar verilmelidir.

4- Mahkemenin karara dayanarak yaptığı bilirkişi raporuna göre davacı parça başı ücret almaktadır. Parça başı ücret alındığı durumlarda yapılan fazla çalışmalarda fazla çalışma asıl ücretinin parça başı ücretle birlikte alındığı kabul edilmektedir. Sadece % 50 zamlı kısmın hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken tüm fazla çalışma kısmına yapılan ücret hesaplamasına itibaredilerek hüküm kurulması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.4.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/32752 **K:** 2007/19457 **T:** 18.06.2007

İŞ HUKUKU • MECBURİ HİZMET SÜRESİ • BELİRSİZ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ*

Özet: *Hizmet sözleşmesinde işçinin en az çalışacağı mecburi hizmet süresi belirlenmiş olup, bu süreye istinat edilerek hizmet sözleşmesinin de "belirli süreli sözleşme" olduğu sonucuna varılamaz.*

(*) Gönderen: Av. Levent PELEN

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı davalı ile belirli süreli hizmet akti imzaladıklarını, davalının süre bitmeden istifa ederek ayrıldığını, sözleşmede düzenlenen cezai şart sözleşmeyi önelsiz feshettiği için ihbar tazminatını ve ücreti peşin ödendiğinden hak etmediği ücretin tahsilini talep etmiştir. Davalı ihbar önelinde çalışma isteğinin kabul edilmediğini istenilen alacaklardan yaptığı fazla çalışmanın takas edilmesi gereğini savunmuştur. Mahkemece davanın belirli süreli sözleşme ile çalıştığı kabul edilerek ihbar tazminatının reddine takas definin ilk itirazlardan olduğu ve zamanında yapılmadığı için reddine, ücret ve cezai şart alacağının tahsiline karar vermiştir.

Dosyada bulunan hizmet sözleşmesinin 6. maddesinde "*personel banka tarafından verilecek eğitim bitim tarihinden itibaren 2 yıl bankada çalışmayı kabul eder*" hükmü bulunmaktadır. Sözleşmede bahsedilen sürenin eğitim giderlerinin tahsili amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Esasen iş sözleşmesi asgari süreli hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Anılan sözleşmelerde işçinin en az çalışacağı süre belirlenmekte olup sözleşmenin belirli süreli olduğunun kabulü mümkün değildir. Bu nedenle davacının ihbar tazminatı isteğinin belirli süreli sözleşme kabul edilerek reddi bozma sebebidir.

3- Davalı işçi cevap dilekçesinde fazla çalışma yaptığını tesbit edilecek miktarın alacaklardan takas ve mahsup edilmesi gerektiğini savunmuştur. Davalı cevap süresi içinde takas def'ini ileri sürdüğü halde bu talebin dikkate alınmaması da doğru değildir. Ancak hizmet sözleşmesinde ücretin fazla çalışma ücretlerini de kapsadığına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Dosya içinde fazla çalışma ile ilgili tanık ifadelerinden başka delil bulunmadığından tanık ifadelerinin incelenmesi sonucunda davacı tanıklarının kesin süre belirtmediği davalı tanıklarından Ruhan Gülaçtı' nın talebe göre Cumartesi günü çalışıldığını beyan ettiği görülmektedir. Bu durumda hizmet sözleşmesindeki düzenleme ve tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde davalının fazla çalışma yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle fazla çalışma ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile takas definin reddi hatalıdır.

4- Davalı peşin alınan aylık ücretin hakedilmeyen bölümünün ödendiğine dair 9.10.2004 tarihli banka dekontu sunduğu halde anılan alacaklar ilgili araştırma yapılmadan ödenmediği gerekçesiyle kabulü de eksik incelemeye dayalı olduğundan kararın bu nedenlede bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harvının istek halinde ilgiliye iadesine 18.6.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/39961 **K:** 2007/37561 **T:** 10.12.2007

İŞ HUKUKU • MEVSİMLİK İŞÇİ • İZİN ÜCRETİ*

Özet: *İşçinin "mevsimlik işçi" olarak hizmet verdiği çalışma dönemleri izin ücreti alacağı hesaplamasına dahil edilmemelidir.*

YARGITAY KARARI

Davacı dilekçesinde; çalıştığı süre içerisinde yıllık izinlerinin bir kısmını kullanmadığını belirterek izin ücreti alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı; davacının bir dönem mevsimlik işçi olarak çalıştığını bu döneme ilişkin yıllık izin hakkının bulunmadığını savunmuştur.

Mahkemece; davacının davalı kurumda başlangıçta belirsiz süreli akitlerle ve dah sonra sürekli olarak tütün işleme işinde çalıştığı, davacının çalışma sürelerine bakıldığında tütün işleme işinin yılın belli aylarında veya mevsiminde yapılmadığı, elde tütün bulunduğu sürece yılın 12 ayında da yapılabileceği, davacının çalıştığı sürelere bakıldığında da her yılın değişik aylarında çalıştığı bu nedenle tütün işleme işinin niteliği gereği mevsimlik iş ve davacının çalışmasının mevsimlik işçi statüsünde olduğunun kabulü mümkün olmayıp belirsiz süreli akitlerle yapılan bir aralıklı çalışmadan söz edilebileceği gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının tüm çalışma sürelerine bakıldığında niteliği itibarı ile mevsimlik iş olan tütün işleme işinde bir dönem 4-5-6-7-8-9 ay civarında çalışmasının bulunduğu daha sonra bu çalışma süresinin 11 ay ve üzerine çıktığı anlaşılmaktadır.

Dosya içeriğine göre yapılan işin niteliği dikkate alındığında davacının ilk çalışma dönemi mevsimlik iş olarak kabul edilmeli ve izin ücreti hesabına dahil edilmemelidir. Davalının da kabulünde olduğu üzere ikinci çalışma dönemi için izin ücreti alacağı hesabı yapılarak sonuca gidilmelidir.

(*) Gönderen: Av. Sermin Yüksel

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/29379 **K:** 2007/37689 **T:** 11.12.2007

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • BORDROLARDAKİ AÇIKLAMALAR • GÜNDE 12 SAAT ÇALIŞAN İŞÇİ • ARA DİNLENMESİ

Özet: *Hizmet sözleşmesi devam ederken bordrolara "fazla mesai yapmadım" şeklinde not düşülmesi geçersiz olup işçiyi bağlamaz. Zira bordroda fazla mesai ücreti tahakkuku yoktur.*

Günde 12 saat çalışan işçinin ara dinlenme süresi 1,5 saat olmalıdır.

Davacı ve karşı davalı, kıdem tazminatı, izin, fazla çalışma, hafta tatili gündeliklerinin, davalı ve karşı davacı ihbar tazminatı alacağı-nın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle asıl davada kısmen gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karşı davanın reddine ilişkin hüküm süresi içinde temziyen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalı avu-katınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.12.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. Hüsnü ile karşı taraf adına Av. İbrahim geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi çalıştığı süre içinde fazla çalışma yaptığını ileri sürerek ödenmeyen fazla çalışma ücretlerini talep etmiştir. Mahkemece, Aralık 2001 ve sonraki dönemlere ait bordrolarda davacının fazla çalışma yapmadığına dair yazılı ifadenin yer aldığı ve işçi tarafından imzalı olan bordrolar karşısında 2001 Aralık sonrası için fazla çalışma ücretine hak

kazanılamayacağı gerekçesiyle belirtilen dönem sonrası için istek kabul edilmemiştir.

Davacının imzasını taşıyan Aralık 2001 ayı ve sonrasına ait aylık ücret bordrolarında "*fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım*" ibaresi yazılıdır. Ancak bahsi geçen bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yer almamaktadır. Taraflar arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada ücret bordrolarına eklenen bu tür ifadelerin geçerli olmadığı kabul edilmelidir. Davacı işçi, bahsi geçen dönem içinde fazla mesai çalıştığını kanıtlaması durumunda zamlı olarak karşılığını talep edebilmelidir. Somut olayda da davacının işyerinde günde 12 saat esasına göre 2 vardiya olarak çalıştığı sabit olmuştur. Böyle olunca bir kısım bordrolara değer verilerek Aralık 2001 tarihinden fesih tarihine kadar olan dönem için fazla çalışma ücreti hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

3- Davacı işçi, işyerinde günde 2 vardiya olarak ve 12 saat çalıştığını ileri sürerek fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece günde 1 saatlik ara dinlenmesi düşülerek haftada 21 saat fazla çalışma kabul edilmiş ve istek hüküm altına alınmıştır. Günde 12 saatlık çalışma düzeninde günde 1 saatlik ara dinlenmesi azdır. Günde 1,5 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma ücreti hesaplanmalı ve buna göre sonuca gidilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 500.-TL. duruşma avukatlık parasının davacıya, davacı yararına takdir edilen 500.-TL. duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/35913 **K:** 2008/12011 **T:** 12.05.2008

İŞ HUKUKU • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ • PERFORMANS DEĞERLENDİRİLMESİ*

(4857 SK m. 11, 17, 18, 20/3; BK m. 338/1)

Özet: *Belirli iş sözleşmesinden bahsedilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli sözleşmenin yapılması için objektif*

(*) Gönderen: Av. Cuma Arif DEMİR

nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile iş ilişkisinin başladığı tarihte ilişkinin sona ereceği tarih belli değil ise belirsiz süreli sözleşmeden bahsedilir. Sözleşme açık bir şekilde belirli süreye bağlanmamış olsa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa belirli süreli sözleşmeden bahsedilir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli neden oluşturması için objektif ölçütlerin belirlenmesi gerekir.

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, fesih geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını iş sözleşmesinin de "*Beklenen performansı gösteremediği, bankacılık mesleğinin gerektirdiği dikkar ve özeni göstermediği, şubeye yeterli müşteri sağlayamadığı, yapılan tüm uyarılara rağmen kendini geliştiremediği gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17-18. maddeleri uyarınca ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek*" feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı ile davacı arasında bir yıllık sözleşme imzalandığı ve ilk yenilenme süresi içinde iş sözleşmesinin feshedildiği, davacının yaptığı işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığı, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş güvencesi kapsamında kalmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde "*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gini objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı neden dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar*" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir.

Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı alarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korumamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur. (BK mad. 338/1)

Salt süreye bağlı iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira, 11. madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11. maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkanı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "*... gibi objektif koşullara bağlı olarak*" ifadesine yer verilmiştir.

Türk Hukuk Mevzuatı'nda, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğrenciler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenler, müdür, ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olmasıve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş aktinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süre niteliğini koruyabilmeleri için herbirinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. ve 2. fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğini, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerine aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine 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 işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalı-

şanların performansının değerlendirileceği Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

Dosya içeriğine göre, davacı ile davalı banka arasında 09.12.2004 tarihinde bankacılığın icrası ile ilgili her türlü görevde çalıştırılmak üzere bir yıllık iş sözleşmesi imzalandığı, feshedilmediği takdirde aynı süre ile yenileneceğinin belirtildiği anaşılmaktadır. Davalı banka bankacılık faaliyet yapmakta olup, yaptığı iş süreklilik taşımaktadır. Davacı ile süreli bir iş için sözleşme yapılmadığı gibi, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması nedeni ile iş ilişkisi kurulmuş değildir. Kısaca davacı ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren objektif ve yenilenmesini gerektiren esaslı bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki, işçiye ihbar tazminatı ödenmiştir. İhbar tazminatının ödenmesi iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulüdür. Mahkemece yazılı gerekçe ile istemin reddi hatalıdır.

Diğer taraftan, davalı işverenin performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, bu konuda davacıya önceden bildirimde bulunmadığı, bu nedenle davalı işverenin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedeni kanıtlayamadığı sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü gerekir.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

3- Davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yapmış olduğu 490.000-TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerine bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500-TL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgiliye iadesine,

Kesin olarak 12.5.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/21896 **K:** 2008/22106 **T:** 25.07.2008

İŞ HUKUKU • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ • SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN DEVAMLILIĞI İLKESİ*

Özet: *Bir iş yerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, o toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.*

YARGITAY KARARI

Davacı, 8.10.2003 tarihinde iş akdinin feshedildiğini fark ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer alacaklarının ödenmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, 1.1.2001 - 31.12.2002 dönemi yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi'nden sonra 11.3.2003 tarihli iş sözleşmesi imzalandığını, bu sözleşme hükümlerine göre hak ve alacaklarının ödendiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, yürürlüğü sona eren TİS.'nden sonra imzalanan hizmet sözleşmesi ile çalışmaya devam ederken, 8.10.2003 fesih tarihinde TİS.'nden yararlanıp yararlanamayacıdır.

Taraflarca sunulan belgelere göre 1.1.2001-31.12.2002 dönemi yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi'nden sonra, Toplu İş Sözleşmesi yenilenmemiş, 11.3.2003 tarihli hizmet sözleşmesi imzalanmıştır. 8.10.2003 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek iş akti sona erdirilmiştir.

Mahkemece kabul edilen alacaklar TİS.'nden kaynaklanmakta olup bir kısmı iş sözleşmesinin sona erme sebebine, bir kısmı da yeni iş sözleşmesinin imzalandığı 11.3.2003 tarihine kadar olan çalışmasına ilişkindir.

İş bu sözleşmenin sona erme sebebine bağlı olan alacakları yönünden 11.3.2003 tarihli iş sözleşmesi fesih tarihinde yürürlükte olduğundan bu sözleşmeye göre belirlenmeli, 11.3.2003 tarihine kadar hak ettiği alacakları ise 2822 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi gereği 1.1.200131.12.2002 dönemi TİS. taraflar arasında hizmet akdi olarak devam ettiğinden TİS.'ne göre belirlenmelidir.

(*) Gönderen: Av. Yener GÜRAN

Bu hususlar gözetilerek dava konusu alacakların yeniden belirleneceği ek rapor alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1888 **K:** 2008/25058 **T:** 25.09.2008

İŞ HUKUKU • İŞ AKDİNİN KARŞILIKLI MUTABAKATLA FESHİ • MAKUL YARAR KOŞULU • YAZILI BİLDİRİM VE SAVUNMA ALINMASI KOŞULLARI

Özet: *Hizmet sözleşmesinin karşılıklı mutabakatla feshedilmesi halinde ilk önce Borçlar Hukuku'nda düzenlenen irade fesadı bakımından olay incelenmelidir.*

İkinci olarak, tarafların böyle bir sözleşme yapmalarında makul bir yarar olup olmadığı araştırılmalıdır.

Tarafların hizmet sözleşmesinin bozulması için düzenledikleri bu yeni sözleşmeyle, ihbar ve kıdem tazminatlerının, iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen süreye ilişkin hakların karar altına alınması mümkündür.

Anlaşmayla sona eren iş sözleşmesi sonucunda işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesinde işçinin makul bir yararı bulunmamaktadır. Zira iş akdini fesheden işveren zaten ihbar ve kıdem tazminatını ödeyecektir.

Yazılı bir bildirim yapılmadan ve performans düşüklüğüne dayanılmasına karşın işçinin savunması alınmadan gerçekleştirilen feshin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacının talebi üzerine anlaşma ile sona erdiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bir ayağından özürlü olan davacının sağlık sorunları nedeniyle birkaç defa ameliyat olduğunu, sağlık sorunları ve yoğun çalışmayı gerektiren işin özelliği sebebiyle işini yürütemez hale geldiğini, bunda işverenin herhangi bir kabahatinin bulunmadığını, davacının başka bir bölümde çalışmayı talep ettiğini, ancak sağlık durumu, yaşı, vasıfsız bir işçi olması ve işyerinin beş yıldızlı bir otel oluşu dikkate alındığında davacıya daha rahat bir pozisyon bulma olanağının artık kalmadığı, işverence iş sözleşmesinin zorunlu olarak feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale oalara belirtilmiştir. (Yargıtay 15. HD. 2.10.1995 gün, 1995/2259 E, 1995 / 5181 K.)

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez. (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99)

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu'nun hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukuku'nu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukuku'nda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunan makul bir yararın olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 Sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 Sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararın olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında İşsizlik Sigortası'ndan da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukuku'nda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını yada tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirilmeye gidilmelidir.

Somut olayda sakat statüsünde çalışan davacının performansının düşük olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedilmek istendiği, ancak iş güvencesi hükümlerinin getireceği külfetlerden kaçınmak amacıyla iş sözleşmesinin anlaşma suretiyle sona erdirildiğine dair belgenin davacıya imzalattırıldığı, davacıya anlaşma karşılığında ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ve son aya ilişkin ikramiyesinin ödendiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Ancak iş sözleşmesi feshedilecek işçiye zaten ihbar ve kıdem tazmi-

natı ile diğer işçilik alacaklarının ödenmesi yasa gereğidir. Davacının söz konusu tazminat ve alacakların ödenmesi için iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesini istemesinde somut olay bakımından makul bir yararı bulunmamaktadır. Mahkemece iş sözleşmesi davalı işverence feshedildiği kabul edilmesine rağmen feshin davacının yaşı, vasıfsız olması, sağlık durumu ve işin özelliği nedeni ile zorunlu nedene dayandığı belirtilmiştir. Ancak, zorunlu nedenlerle de olsa iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshi halinde aynı Kanunun 19. maddesinde belirtilen şekli koşulların yerine getirilmesi gerekir. Davacının iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadan ve performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen fesihten önce savunması istenmeden feshedilmiş olduğundan geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Beyoğlu 2. İş Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsununa,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığında,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürülükte olan tarifeye göre 500-TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan (30)-TL. yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiye iadesine, kesin olarak oybirliği ile 25.9.2008 tarihinde karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/29283 **K:** 2008/27243 **T:** 14.10.2008

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI

• İŞE İADE DAVASI SONUCU İŞE BAŞLAMAYAN İŞÇİNİN DURUMU (4857 SK m. 21/5)

Özet: *İşe iade davası sonucunda kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on gün içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak gereklidir. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur.*

İşe iade için başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmayan işveren; boşta geçen süreye ait 4 aylık ücretleri ve mahkemece takdir edilen iş güvencesi tazminatını ödemek zorundadır.

İşe iade başvurusunun ardından işverenin daveti üzerine işe başlamayan işçi; boşta geçen süreye ilişkin 4 aylık ücretleri ve iş güvencesi tazminatını işverenden talep edemez.

YARGITAY KARARI

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak ihbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçeri bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edil-

melidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerrli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirilmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılmaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alınması halinde ise, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatını ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü yada eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmesi durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Bahsi geçen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla faiz olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

SONUÇ: Somut olayda işçinin işe başlatılması için işverene başvurusunu içeren ihtarname 9.5.2006'da tebliğ edilmiş, davalı ise işçiyi 31.5.2005 tarihli ihtarnamesi ile işe davet etmiştir. İşe davet yazısı 3.6.2005'te davacının vekiline, 6.6.2006'da ise davacının adreste olmaması nedeni ile mahalle muhtarına tebliğ edilmiştir. Davacının işverene bir aylık başlatma süresi içinde müracaat etmeyip 10.6.2005 tarihinde başvurması nedeni ile işverence yapılan fesih, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/30495 **K:** 2008/30353 **T:** 04.11.2008

İŞ HUKUKU • YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANILMASI • YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANDIRILMAMASI • YILLIK ÜCRETLİ İZİN ÜCRETİ • ZAMANAŞIMI

(4857 SK m. 17, 27, 35)

Özet: *Davacı işçi, fazla mesai ücreti, izin ücreti, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

İş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık ücretli izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

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 ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. İşçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise işe başlat-

mama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

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.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplarine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da, iş sözleşmesinin feshinden itibaren başlar.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal yada arttırılmış bildirim önelleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin fesih anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret için değerlendirilmemiş ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 31.1.2006 gün 2005/ 29619 E, 2006/ 1833 K.) O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden taktiri indirim yapılması doğru değildir.

Yine kullandırılmayan izin ücretleri yönünden hesaplama, 4 aya kadar olan boşta geçen sürenin bitim tarihindeki ücret üzerinden yapılmalıdır. Esasen sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden ödenmesi gerektiği 59. maddenin amir hükmü olsa da, burada bir çeşit askı hali sözkonusudur. Zira tazminata esas alınan sürede 4 aya kadar boşta geçen sürenin ilavesiyle belirlenmektedir. 4 aylık sürenin dışında kalan boşta geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmekte ve işçinin çalışmış gibi değerlendirildiği 4 aya kadar süre sonundaki ücret hesaplamalarda dikkate alınmaktadır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olamaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesi işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanılmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Somut olayda, davacının muhasebe müdürü olarak yıllık izin defterini düzenlediği ve davacının yıllık izinlerini kullandığı, iş sözleşmesinin feshinden sonra yıllık izin defterinin davacıyla ilgili bölümünün yırtılmış şekilde tespit edildiği savunulmuştur.

Davalı tanıkları izin defterinin davacı tarafından düzenlendiğini beyan etmişlerdir.

Davalı cevap dilekçesinde yemin deliline dayandığı da gözetilerek, yemin teklifi hakkının olduğu hatılatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Bu nedenle yıllık ücretli izin alacağı yönünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 4.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8385 **K:** 2008/32006 **T:** 24.11.2008

İŞ HUKUKU • İŞE İADE • İŞE ALMA VE İŞTEN ÇIKARMA YETKİSİ OLAN İŞVEREN VEKİLİNİN İŞE İADE DAVASI

(4857 SK m. 18)

Özet: *Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.*

Yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ile

yardımcıları olduğuna göre, işletmenin bütününü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri oluşturmaktadır.

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının genel müdür yardımcısı olarak çalışması nedeniyle işveren vekili olduğunu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih nedenlerinin somut olarak açıkça belirtilmediği ve feshin son çare olması ilkesinin uygulanmadığı, davacının genel müdür yardımcısı olarak idari ve mali işlerden sorumlu çalışmış olmasının işveren vekili olduğu anlamına gelemeyeceği gerekçesi ile davanın kabulüne karar vermiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiye 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 ünvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve iş-

ten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününü sevk ve idare edenlerin 18. madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak,birlikte aranır. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanununun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

Dosya içeriğine göre davacının genel müdür yardımcısı olarak çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilen düzenleme gereği davacı işveren vekili yardımcısıdır. Davacının genel müdür yardımcıları arasındaki işbölümünden dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmış olması yada işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmaması verılan sonucu değiştirmez. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1 - Yerel Mahkeme'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararın **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Davanın **REDDİNE**,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 78.40.-TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500.-TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 24.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/34230 **K:** 2008/32558 **T:** 01.12.2008

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA • DİNLENME ARASI • HAFTA TATİLİ ÜCRETİ • FAZLA MESAİ ÜCRETİ ÖDENEN AYLAR*

(4857 SK m. 46)

Özet: *Fazla çalışma süresi hesaplanır-ken; 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenmesi düşünülmelidir.*

Nöbet esasıyla çalışan ve haftanın herhangi bir günü 24 saat çalışmayan işçi hafta tatilini kullanmış olacağından hafta tatili ücretine hak kazanamaz.

İhtirazi kayıtsız fazla mesai ödenmiş olan aylar hesaplamada dikkate alınmaz.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2 - Davacı davalıya ait müdürlük ve santral binalarına 7 gün, yılın 365 günü koruma güvenlik görevlisi olarak çalıştığını iddia edrek hafta tatili alacak isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece istek gibi hüküm kurulmuştur.

Dosyada bulunan Kapsamdışı Personel Yönetmeliği'nin 12/B maddesinde vardiyalı veya nöbet esasına göre çalışan işyerlerinde haftalık çalışma süresinin 6 gün olduğu, aynı personelin ücret ve fazla çalışma esaslarını düzenleyen yönetmeliğin 14/b maddesinde de haftalık iş süresi 6 gün ve 45 saat uygulanan işyerlerinde hafta tatilinin 7. gün olduğu yazılıdır.

Dosyada bulunan davacının da dayandığı dava konusu döneme ait çizelgelerde davacının 2 veya 4 gün çalıştıktan sonra 1 gün çalışmadığı görülmektedir.

1475 Sayılı Yasa'nın 41. ve 4857 Sayılı Yasa'nın 46. maddelerinde altı işgünü çalışan işçiye yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat hafta tatili verileceği hükmü yer almaktadır.

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

Bu durumda nöbet esasına göre çalışan davacı haftanın herhangi bir günü 24 saat çalışmaması halinde hafta tatilini kullanmış olacaktır. Anılan isteğin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

3- Davacının davalıya ait bine ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarında yarım saat, 14 saate kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda birbuçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

4- Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre fazla mesai alacağı ihtirazi kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplanamaz. Hükme esas alınan raporda toplam alacaktan ödenen fazla mesailer indirilerek kalanının kabulüne karar verilmiştir. Davacının bu ödemelere itirazı yoktur. Bu durumda fazla mesai ücreti ödenen ayların hesaba dahil edilmemesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Dairemizin 2006/32261 Esas, 2007/18990 karar sayılı kararı ve kökleşmiş uygulaması da bu şekildedir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 1.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9747 **K:** 2009/891 **T:** 02.02.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • GEÇERLİ FESİH • İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ • ÖZEL HAKEM ŞARTI

Özet: *İşe iade davalarında feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.*

İşveren öncelikle feshin biçimsel koşullara uyduğunu, daha sonra esas yönünden de feshin geçerli olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür.

Hizmet akdinin feshedilmesinden önce düzenlenen özel hakem şartı geçersizdir.

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, tıbbi satış temsilcisi olan davacı ile imzalanan sözleşmede tahkim şartına yer verilerek, uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesinin kararlaştırıldığını, iş mahkemesinin görevli olmadığını, davanın süresinde açılmadığını, ayrıca davacının işvereninin J. Ltd. Şirketi olduğunu, davalı şirketin bordro işvereni olup alt işveren statüsünde olduğunu, davacının iş sözleşmesinin fesih yazısındaki nedenler olan "*Dahili Hastalıklar Birimi'nin*" aktif promosyonda olan ürünü Pamet satış teşkilatında organizasyon değişikliği yapma gereği hasıl olması, yasal düzenlemeden kaynaklanan bu değişiklik sonucu fazla sayıda personel ihtiyacına gerek kalmamasını, bu personel arasında performans kriterlerinin dikkate alınması sureti ile asıl işverenin istemi ile feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesine davalı tarafından haksız ve sebepsiz olarak son verildiği, davacının davasını kanıtladığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesinde yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'un 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nede-ni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/ 20517 Esas, 2008/ 12483 Karar sayılı ilamı) Mahkemece bu hükümlere aykırı olarak karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "*feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.*" İşveren ispat yükünü

yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/ 29752 Esas, 2008/ 7448 Karar sayılı ilamımız.)

Diğer taraftan dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, feshiten önce sözleşmelere konulan veya ayrıca düzenlenen tahkim şartı içeren hükümler geçersizdir. (Yargıtay 9. HD. 26ç.05.2008 gün ve 10997-12660 sayılı ilamı)

SONUÇ: Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, iş sözleşmesinin kurulduğu sırada sözleşmede özel hakem şartına yer verildiği, fesihten önce düzenlenmesi nedeni ile geçersiz olduğu, iş mahkemesinin görevli olduğu, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshedildiği, ancak ispat yükü kendisinde olan davalının bu nedenleri somut olarak kanıtlayamadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından sonuç itibarı ile doğru olan kararın bu gerekçelerle ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 02.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/1389 **K:** 2003/4062 **T:** 08.05.2003

SÖZLÜ YARGILAMA YÖNTEMİ
• SÖZLÜ YARGILAMA YÖNTEMİNDE İLK İTİRAZLAR*

(506 SK m. 41; İŞ MK. m. 7)

Özet: *Sözlü yargılmanın uygulandığı İş Mahkemesi'nde ilk itirazların ilk oturuma kadar bildirilmesi gerekir. Bu sürenin uzaması mümkün değildir.*

YARGITAY KARARI

Davacı, icra takibine yapılan itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde yetkisizliğe karar vermiştir.

Hükmün, Davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Sosyal Sigortalar Kurumu vekili, davalı işverenin 15.01.1997 tarihinde Kemal'i işe aldığını, işe girerken sağlık raporu alınmadığını, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması sonucu hastalanan sigortalıya geçici iş göremezlik ve tedavi gideri olarak, toplam 222.730.918 lirasının tahsili için icra takibi yaptıklarını, davalının takibe itiraz ettiğini, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, İzmir İş Mahkemesi'nin yetkili olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmiştir. Ancak, davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Kanun'un 41. maddesidir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine göre İş Mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Aynı kanunun 15. maddesinde ise, bu yasada açıklık bulunmayan hususlarda Hukuk Usul Mahkemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanır. Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun 478. maddesinde, sözlü usülde ilk itirazların herhalde ilk oturumda bildirilmesi gerekli olup, bu konuda hakimin taraflara önel tanımasına ve dolayısıyla yasa gereğince kesin olan süreyi bertaraf etmesine olanak yoktur. Bu davada davalıya dava dilekçesi 20.12.2001 tarihinde tebliğ edilmiş ilk celse tarihi 14.03.2002 de davalı duruşmaya gelmemeiş, 2. oturumda da

---

(*) Gönderen: Av. Erol BOYLAN
Dergimizin bu sayısında yayımlanan 4.12.2000 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

bulunmamaış, 3. oturumda (09.07.2002 de) davalı vekili yetki itirazında bulunmuştur. Yukarıda sözü edilen yasanın öngördüğü sürenin geçmesinden sonra yapılan yetki itirazlarının kabulü usule ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.

O halde SSK vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli, karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 08.05.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/19982 **K:** 2007/9212 **T:** 04.06.2007

506 SAYILI YASANIN 10. MADDESİ İLE 26. MADDESİNDEKİ DÜZENLEME ARASINDAKİ FARK • RÜCU DAVALARINDA GELİRLERDEKİ ARTILARIN İSTENMESİ DURUMU

(506 SK m. 10, 26; BK m. 43-44)

Özet: *Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirle ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücuan ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde istediği hüküm altına almıştır.

Mahkemece yapılacak iş, işverinin %100 kusurlu olduğu kabul edilerek ilk peşin değerli gelirden BK'nın 43. ve 44. maddeleri uyarın-ca hakkaniyet indirimi yapılarak Kurumun rücu alacağına hükmetmek gerekir.

BK'nın 43. ve 44. maddelerine göre hakkaniyet indirimindeki yöntem ise Sigortalının müterafik kusurunun bir miktarının işverenin kusurunu eklemek, işveren kusursuz ise ilk bağlanan gelirin peşin değerinden %50'den az olmamak üzere indirim yapılarak Kurumun rücu alacağına hükmedileceği ve kesinleşen ilk rücu dosyasına yapılan hakkaniyet indiriminin esas alınacağı unutulmamalıdır.

YARGITAY KARARI

Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, davalılardan A. Tur. Tes. ve Tic. A.Ş. Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz istediğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava; iş kazasından doğan rücuan tazminat istemine ilişkin olup, yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 10.maddesidir. Somut olayda 506 sayılı Kanun'un 9. ve 10. maddesindeki koşulların oluştuğu ve zararlandırıcı sigorta olayında sigorta olayında sigortalının %40 kusurlu olduğu dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10. maddesinde, sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmememsi halinde meydana gelen iş kazası yada meslek hastalığı nedeniyle sigortalının uğradığı tüm zararlar Kurumca karşılanır, ancak "*yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen süreye göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı, 26. maddede yazılı sorunluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir (m.10/son) hükmü*" yer almaktadır. Görüldüğü gibi, işverene rücu edilebilmesi için, 26. maddede olduğu gibi özel bir kusur koşulu öngörülmemiş, işverenin kusursuz olması halinde dahi sorumlu tutulmuş, yine işverenin sorumlu olacağı tazminatın üst sınırı bakımından 26. maddede öngörülen "*sigortalının işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı*" olduğuna ilişkin ibare de 10. maddeye alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "*sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...*" bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir. 26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile Kurumun rücu hakkının yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı yada hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında ilk peşin değerli gelirin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Tazmin sorumlusunun sigortalıya veya hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödemenin Kurumun rücu hakkından düşülmesine imkan yoktur. Zira Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra kurumun rücu hakkı kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dönüşmüştür.

Dairemiz, Anayasa Mahkemesi'nin iptali kararından önceki görüşüne göre, 10. maddeye dayanan rücu davalarında da tıpkı 26. maddede olduğu gibi bağlanan gelirlerdeki artışın tavan zararla sınırlı biçimde işverenden istenebileceği, bir bakıma 26. maddede öngörülen halefiyet ilkesinin 10. maddeye kıyasen uygulanabileceği kabul edilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinde açıkça gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceği belirtilmiştir.

506 sayılı Kanunu'nun 10. maddesinde 26. maddede öngörülen "*sigortalının veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere*" ibaresi de yer almamıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 26. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında artışlar istenemeyeceğine göre, böyle bir ibare bulunmayan 10. maddeye dayanan rücu davalarında da gelirlerdeki artışların istenemeyeceği açıktır.

Mahkemece yapılacak iş; işverenin %100 kusurlu olduğu kabul edilerek ilk peşin değerli gelirden Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca hakkaniyet indirimi yapılarak Kurumun rücu alacağına hükmetmek gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddelerine göre hakkaniyet indirimindeki yöntem ise, sigortalının müterafik kusurunun bir miktarını işverenin kusuruna eklemek, işveren kusursuz ise ilk bağlanan gelirin peşin değe-rinden %50'den az olmamak üzere indirim yapılarak Kurumun rücu alaca-ğına hükmedileceği ve kesinleşen ilk rücu dosyasında yapılan hakkaniyet indiriminin esas alınacağı unutulmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı A. Tur. Te. ve Tic. A.Ş. vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılardan A. Tur. Tes. ve Tic. A.Ş.'ye iadesine 04/06/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/16941 **K:** 2008/11204 **T:** 22.09.2008

İŞ HUKUKU • YARGITAY AŞAMASINDA FERAGAT • YAPILACAK İŞLEM[*]

(1086 SK m. 95)

Özet: *Yerel mahkemece verilen karardan sonra Yargıtay aşamasında da feragat mümkündür.*

Ancak bu aşamada dahi feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğundan, vaki feragat hakkında bir karar verilmek üzere hüküm bozulmalıdır.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 02.05.2002-10.06.2004 tarihleri arasında geçen ve SSK'ya bildirilmeyen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı avukatı ve diğer davalı Döner 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.

Mahkemece verilen karar davalı kurum ve Döner vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olup, dosya temyiz incelemesi yapılmak üzere gönderildikten sonra, davacı vekili, davalı hakkındaki davasından feragat ettiğine ilişkin dilekçe sunmuştur. HUMK'un 95. maddesine göre davadan feragat kati bir hükmün sonuçlarını doğurur. Ancak, mahkemece bir karar verilip, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davadan feragat edildiğinden ve bu aşamada dahi feragat hakkında karar vermek yetkisi mahkemeye ait bulunduğundan, vaki feragat hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davadan feragat hakkında bir karar verilmek üzere hükmün BOZULMASINA, 22.09.2008 günüde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/82 **K:** 2008/2196 **T:** 25.02.2008

TİCARET HUKUKU • KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAK • KOOPERATİF ÜYESİ TARAFINDAN ÖDENEN PARALARIN İADESİ • FAİZ İŞLETİLMESİ YÖNTEMİ

(1163 SK m. 17/1-2; BK m. 101, 104)

Özet: *Kooperatif ortaklığından ayrılan üye ödediği paraları çıkarıldığı yılın bilançosunun genel kurulca kabulünden bir ay sonra isteme hakkına sahiptir.*

Burada kanundan doğan bir muacceliyet durumu gerçekleştiğinden, ayrıca ihtara gerek olmadan faiz işleyecektir.

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 2. Sulh Mahkemesi'nce verilen 26.06.2006 tarih ve 2005/1624-2006/713 Sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Adem Özdemir tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği düşünülüp, görüşüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı kooperatifin üyeliğinden çıkartılarak daha önceden ödediği diğer ödemelerin vaat edilmesine rağmen ödenmediğini, davalı aleyhine yapılan icra takibini de davalının işlemiş faize itiraz ettiğini ilei sürerek, itirazların iptaline, takibin devamına, % 40 inkar tazminatı ödenmesine, karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davacının kooperatifin üyesi iken aidat borcunu ödememesi sebebiyle ihraç edildiğini, iadesi gereken alacak için davacının adresine çıkartılan tebligatın adreste ikamet eden bir kişinin bulunmaması sebebiyle yapılamadığını, temerrüt şartı gerçekleşmediğinden faiz istenemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının faiz alacağının bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, itirazın iptalini takibin devamına, davalının faize itiraz etmesi ve bununda hesaplamayı gerektirir nitelikte bulunması sebebiyle icra inkar tazminatına hükmedilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, kooperatif ayrılma payı alacağının tahsili istemine ilişkindir. 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun 17/1. ve ana sözleşmenin 15. maddeleri hükümleri gereğince davacı, kooperatife ödediği paralarının iadesini ortaklıktan çıkarıldığı yılın bilançosunun genel kurulunca kabulünden bir ay sonra isteme hakkına sahiptir. Anılan kanunun 17/2. maddesi uyarınca ödemelerin geciktirilmesi hakkında karar alınmış olsa dahi yine aynı tarihte alacak muaccel olacaktır. Zira, bu muacceliyet kanundan doğmakta olup, ayrıca BK'nın 101. maddesi kapsamında muacceliyet için ihtara gerek yoktur.

Bu durumda, mahkemece, ihraç kararının kesinleştiği yıla ait bilançonun görüşüldüğü genel kurul tarihinden bir ay sonra davacının alacağının muaccel hale geldiği gözetilerek, işlemiş faizin buna göre belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bu nedenle hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.

2- Diğer taraftan, takibin devamına karar verilirken amir hüküm niteliğindeki BK'nun 104. maddesi hükmü dikkate alınmadan yazılı şekilde faize faiz uygulanması sonucu doğuracak şekilde karar vermesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle de davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 ve 2 numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 25.02.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6809 **K:** 2008/7565 **T:** 09.06.2008

TİCARET HUKUKU • KAMBİYO SENEDİ • KEŞİDE YERİ • ŞEKİL KOŞULU • İDARİ BİRİM ÖLÇÜTÜ

(TTK m. 692/5, 693/son)

Özet: *Keşide yerinin gösterilmesi kambiyo senedinin mecburi şekil koşuludur. Ugulamada keşide yerinin "idari bir birim" olarak gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İdari birim olmayan keşide yerleri, yasanın öngördüğü keşide yeri olarak kabul edilmez.*

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 06.03.2008 tarih ve 2008/115 D. İş sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

İhtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekili, ihtiyati hacze dayanarak yapılan "*çek*"in kambiyo senedi niteliği taşımadığını, zira keşide yeri olarak "*Merter*"in gösterildiğini ileri sürerek, kararın kaldırılmasını itirazen talep etmiştir.

Alacaklı vekili, itirazın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dosya kapsamına göre, itirazın İİK.'in 265. maddesinde sayılan nedenlerden olmadığı gerekçesiyle, itirazın reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekili temyiz etmiştir.

Dava, ihtiyati haciz kararının kaldırılması istemine ilişkin olup, İİK.'in 265. maddesinde borçlunun kendisi dinlenilmeden verilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkesine ve teminata karşı itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan madde de sayılan itiraz sebepleri şekli nitelikte olup, sınırlıdır.

Uyuşmazlık, keşide yeri "*MERTER*" olarak gösterilen çekin kambiyo senedi niteliği taşımadığına ilişkin itirazın İİK.in 265. maddesi kapsamında olup olmadığını noktasında toplanmakta olup, mahkemece, itiraz anılan yasa kapsamında bulunmadığı sonucuna varılarak itirazın reddine karar verilmiştir.

TTK'nın 692. maddesi çek'in unsurlarını, 693. maddesi ise, unsurlara ilişkin noksanlıkların doğuracağı hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre keşide yeri TTK'nın 692/5. maddesi ve kendi uyarınca çekte bulunması gereken unsurlardandır. Aynı Yasa'nın 693/son maddesi uyarınca da keşide edildiği yer gösterilmeyen bir çek, keşidecinin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde keşide edilmiş sayılır.

Öte yandan, poliçede de olduğu gibi çek'te de keşide yerinin belli ve mümkün bir yer olması yeterli olmasına rağmen, yasada öngörülmemekle beraber, uygulamada, keşide yerinin "*idari bir birim*" olarak gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İdari birim olmayan keşide yerleri, keşide yeri olarak kabul edilmez ve bunun sonucunda da çekte keşide yeri gösterilmemiş sayılır. Dolayısıyla, böyle bir senet yasal olarak çek kabul edilemez.

(Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku 5. Baskı, Ankara 2004, sh29)

Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekilinin itirazının ilke olarak İİK'in 265. maddesindeki ihtiyati haczin dayandığı sebepler kapsamında olduğu nazara alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın ihtiyati hacze itiraz eden yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın istediği halinde temyiz edene iadesine, 09.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8441 **K:** 2008/10218 **T:** 18.09.2008

TAZMİNAT HUKUKU • HAVA PERSONELİ • HAKSIZ FESİH • HAKSIZ REKABET • TAZMİNAT İSTEME OLANAĞI

(BK m. 314)

Özet: *Pilot olarak çalıştıracağı personele özel eğitim sağlayan ve harcamalar yapan işverenin, personelin haklı bir sebep göstermeden iş akdini feshedip başka bir şirketle çalışmaya başlaması halinde, makul bir tazminat talep edebilme hakkı doğar.*

Ancak, bu tazminattan personelin yeni çalıştığı şirket sorumlu tutulamaz.

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 7. Asliye Hukuk Mahkemesin'nce verilen 28.06.2006 tarih ve 2005/190-2006/195 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dilendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalı Turan'ın pilot olarak yetiştirilmek üzere müvekkili şirket tarafından işe alındığını, ancak uçuş eğitimini tamamlamak üzere

iken haklı bir sebep olmaksızın istifa ederek rakip firma olan diğer davalı THY'de işe başladığını, müvekkilinin zaman, emek harcayıp, yüklü eğitim giderleri yapmak sureti ile yetiştirdiği davalı Turan'ın haklı bir sebep olmaksızın işten ayrılarak diğer davalı tarafından işe alınmasının müvekkilini zarara uğrattığını ileri sürerek, iyi niyet ve sadakat ilkelerine aykırı olarak haksız rekabet yaratacak şekilde davranıldığının tespitine, fazlaya ait hakları saklı kalmak kaydı ile, davalı Turan için yapılan 29.551,00 Euro eğitim masrafı ve bu şahsın lisans ile elde ettiği kazanım nedeni ile 2.000,00.-TL.'nin faizleri ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesine talep ve dava etmiştir.

Davalı Turan vekili, müvekkilinin pilot olup, pilot olarak davacı şirkette işe başladığını, davacının müvekkilinin pilot olarak yetiştirdiği yönündeki iddialarının doğru olmayıp, tazminat taleplerinin dayanağının bulunmadığını, taraflar arasında yazılı olarak yapılmış bir sözleşme de olmadığından davacının iddialarının temelsiz kaldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı THY A.O. vekili, davalı Turan'ın davacı şirketten istifa etmesinde müvekkilinin herhangi bir müdahalesinin bulmadığını, ayrıca anılan davalının zaten "*ticari pilot lisansı*" sahibi bulunması nedeniyle de davacı tarafından yetiştirilmesini söz konusu olmadığını, davacının ileri sürdüğü istemlerin muhatabının münhasıran diğer davalı olması gerektiğini, olayda haksız rekabetin de söz konusu olmadığını savunarak, davanın müvekkili yönünden husumet ve esastan reddine istemiştir.

Mahkemece; iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davacı ile davalı Turan arasında yazılı olarak yapılmış herhangi bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığı, davalının aradaki ilişkiyi feshederek başka yerde işe başlaması nedenine dayalı olarak davacının yaptığı istemlerin yasal dayanağının olmadığı, haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek bir unsurun da olayda bulunmadığı gerekçesiyle davanın davalı THY, A.O. yönünden husumet yokluğu nedeni ile, diğer davalı Turan yönünden ise sabit bulunmaması nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekile temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışıp, değerlendirilmesin usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin davalı THY, A.O.'na yönelik yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacı vekilinin diğer davalı Turan'a yönelik temyiz itirazlarına gelince; dava, davalı Turan Aydın'a yapılan eğitim masrafları ile bu şahsın lisans ile elde ettiği kazanım karşılığının tahsili istemine ilişkindir. Davacı taraf davada, davalı Turan'ın pilot olduğu, pilot olarak istihdam edilme

üzere işe alındığı, bu nedenle anılan davalıya özel eğitim verildiği, ancak davalının eğitiminin bitimine az bir süre kalmış iken haklı bir nedene dayalı olmaksızın davacıya istifasını sunarak işten ayrıldığı, diğer davalı Kurum'da işe girdiği, davalının bu tutumu nedeniyle kendisine yapılan eğitim masraflarının karşılıksız kaldığı, oysaki eğitim masraflarının davalının pilot olarak kendi şirketlerinde çalışacağı inancıyla yapıldığını, bu nedenle davalının istifası sonucu zarara uğradığını iddia etmektedir.

Taraflar arasında yapılmış yazılı bir hizmet akdi bulunmamaktadır. Ancak, davalı Turan'ın davacı nezdinde 26.01.2005 tarihinde işe başladığı, 03.05.2005 tarihinde verdiği istifa dilekçesi ile de işten ayrıldığı dosyada mevcut işe giriş bildirimi ve istifa dilekçesi ile anlaşılmış olduğu gibi esasen anılan taraflar arasında hizmet ilişkisinin varlığı yargılamanın hiçbir aşamasında taraflarca inkar edilmemiştir. Bu durumda dava ile davalı Turan arasında hizmet akdinin kurulmuş bulunduğu çekişmesizdir. Konuya ilişkin Borçlar Kanunu'nun 314. maddesinde hilafına bir lüküm bulunmadıkça, hizmet akdinin hususi bir şekle tabi olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre hizmet akdinin varlığı ve geçerliliği için yazılı şekil şart değildir. Bu itibarla, davacı ile davalı Turan arasında bir hizmet akdinin kurulmuş olduğu ve bu akit gereğince davacının davalı Turan'ı pilot olarak kendisine ait havayolu şirketinde çalıştırmak amacını taşıdığı, buna yönelik olarak anılan davalının eğitimi için harcamada bulunduğu ancak bu davalının haklı bir sebep göstermeden davacı ile olan hizmet akdini feshettiği ve diğer davalı şirkette işe başladığı anlaşılmıştır. Hava yolu ile taşımacılık sektörünün içinde bulunduğu koşullar, pilot yetiştirmenin zorluğu ve yetişmiş bir pilotu kaybetme sonucu uğranan zarar ile sektörün kendisine özgü özellikleri ve sorunları dikkate alındığında davalı Turan'ın kendisine verilen eğitimi haklı bir nedene dayanmaksızın karşılıksız bırakması taraflar arasında mevcut hizmet akdinin amacına, davacının bu hizmet akdinden beklediği yarara aykırı bulunduğu gibi, tüm hukuki ilişkiler için geçerli bulunan Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına uygun davranma zorunluluğuna da aykırıdır. O halde mahkemece, davacının davalı Turan'ı kendisine ait havayolu şirketinde pilot olarak istihdam edeceği inancıyla yaptığı eğitimine yönelik masraflar ile bunun karşılıksız bırakılması nedeniyle uğradığı zararın karşılığı olarak makul bir tazminatın hüküm altına alınması gerekirken, davalı Turan'a yönelik davanın yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru görüşmemiş kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin davalı THY A.O.'na yönelik temyiz itirazlarının reddine; (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin davalı Turan'a yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile kararın anılan yönden davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 18.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14125 **K:** 2008/12111 **T:** 03.11.2008

TİCARET HUKUKU • KOOPERATİF ORTAKLIĞI • DAVACI ORTAĞA OTURMAYA UYGUN KONUT TESLİM ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ KOOPERATİFİN YERİNE GETİRMEMESİ DURUMU • KOOPERATİF İLE ÜYELERİ ARASINDAKİ DAVALARA TÜKETİCİ MAHKEMESİNDE DEĞİL ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNDE BAKILACAĞI KURALI

(4077 SK m. 3/c)

Özet: *Dava, kooperatif ortaklığı nedeniyle tahsis ve teslim edilen konutun ayıplı inşa edildiği iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, davalı kooperatifin ortağa oturmaya müsait konut teslim etme borcunu gereği gibi yerine getirip, getirmediği noktasında toplanmaktadır. Mahkemenin kabulünün aksine, davanın 4077 sayılı yasa hükümlerine göre değil, 1163 sayılı yasa hükümleri çerçevesinde incelenip, sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu durum karşısında, mahkemenin görevli olduğu kabul edilip, tarafı kanıtları toplanarak işin esasına girilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.*

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Sarıyer 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 19.04.2007 tarih ve 2006/481-2007/116 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ve davalı Mesa Maslak Evleri Site Yönetim Kurulu vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmak, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin ortağı bulunduğunu, davalı şirketin de davalı kooperatifin konutlarını inşa eden firma olduğunu, bu davalılar arasında yapılan sözleşme uyarınca kooperatife düşen konutlara dair kur'a çekiminin yapıldığını, müvekkiline konutunun teslim edildiğini, diğer ortakların da konutlarına yerleştiklerini, hatalı inşaat nedeniyle kendisine teslim edilen konutun hasara uğradığını, davalı yönetimin

de üzerine düşeni yapmadığını ileri sürerek, 10.000,00.-TL. değer kaybı, 5.000,00.-TL. kira kaybı ve diğer zararlar ile 7.740,000.-TL. hasar bedelinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddine savunmuşlardır.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davacının kendisine tahsis edilen konutta hatalı inşaat olduğunu ileri sürdüğü, 4077 sayılı Yasa'nın 4822 sayılı Yasa ile değişik 3/c maddesi ile konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarında bu Yasa kapsamına alındığı, tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle, dava dilekçesinin görev nedeniyle reddine, süresi içinde müracaat olduğunda dosyanın görevli İstanbul Tüketici Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

1- Dava, Kooperatif ortaklığı nedeniyle tahsis ve teslim edilen konutun ayıplı inşa edildiği iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, davalı kooperatifin, davacı ortağa oturmaya müsait konut teslim etme borcunu gereği gibi yerine getirip, getirmediği noktasında toplanmaktadır. Mahkemenin kabulünün aksine, davanın 4077 sayılı Yasa hükümlerine göre değil, 1163 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde incelenip, sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu durum karşısında, mahkemenin görevli olduğu kabul edilip, taraf kanıtları toplanarak işin esasına girilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

2- Bozma neden ve şekline göre, davalı Mesa Maslak Site Yönetimi vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili ile davalı Mesa Maslak Site Yönetimi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenle mümeyyiz davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 03.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8791 **K:** 2008/12112 **T:** 03.11.2008

SİGORTA HUKUKU • RÜCUAN TAZMİNAT • SİGORTALI ARACIN BAŞKA ARACA ÇARPMASI İLE KARŞI ARAÇTA TAŞINAN EMTİADAKİ HASARDAN SORUMLULUK • TRAFİK VE İHTİYARİ MALİ MESULİYET SİGORTASININ SORUMLULUK KAPSAMI

Özet: *Dava, taşıma sigorta poliçesine dayalı rücuan tazminat istemine ilişkindir. Davalıların işleten, trafik ve ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı oldukları araç ile davacının taşıma rizikolarına karşı sigortaladığı emtiayı taşıyan aracın kazaya karıştığı , bu kaza sonucu sigortalı taşınan emtianın hasara uğradığı, davacının sigorta ettirene ödeme yaptığı, ödediği tazminatın rücuan tahsili için iş bu davayı açtı hususları uyuşmazlık konusu değildir.*

Ancak, gerek karayolları mali sorumluluk gerekse ihtiyari mali sorumluluk sigortası genel şartlarında açıklanan ve sigorta teminatı dışında kaldığı belirtilen taşınan eşya sgortalı araçta taşınan eşyayı ifade etmektedir. Sigortalı aracın başka bir araca çarpması halinde karşı araçta taşınan eşyayı kapmamaktadır. Trafik ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacısı karşı araçta taşınan eşyada meydana gelen hasardan limitlere kadar sorumludur.

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Sarıyer 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 11.09.2006 tarih ve 2005/287-2006/284 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların işleten, sürücü, trafik ve ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı bulundukları aracın müvekkilinin taşıma sigorta poliçesiyle sigortaladığı emtiaları taşıyan araca çarptığını, sigorta ettirene tazminat ödendiğini, davalı sürücünün tam kusurlu olduğunu, rücu koşullarının bulduğunu ileri sürerek, 7.997,55 USD'nin faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta şirketi, genel şartlar uyarınca eşya zararın trafik sigortası kapsamında olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunmalar, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, meydana gelen kazada davalı sürücünün tam kusurlu olduğu, davacıya sigortalı emtianın hasara uğradığı, zararın tespit edildiği davalı sigorta şirketinin ise zarara neden olan aracın trafik ve ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı bulunduğu, genel şartlar uyarınca taşınan eşyalarda meydana gelen zararın teminat dışı olduğunun düzenlendiği, bir sorumluğunun olmadığı gerekçesiyle, davalı sigorta şirketi hakkındaki davanın reddine, diğer davalı hakkındaki davanın kimsen kabulüne, 7.394,87 USD'nin tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşıma sigorta poliçesine dayalı rücuan tazminat istemine ilişkindir. Davalıların işleten, trafik ve ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı oldukları araç ile davacının taşıma rizikolarına karşı sigortaladığı emtiayı taşıyan aracın kazaya karıştığı, bu kaza sonucu sigortalı taşınan emtianın hasara uğradığı, davacının sigorta ettirene ödeme yaptığı, ödediği tazminatın rücuan tahsili için iş bu davayı açtığı hususları uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece yazılı gerekçe ile davalı sigorta şirketi hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, gerek karayolları mali sorumluluk gerekse ihtiyari mali sorumluluk sigortası genel şartlarında açıklanan ve sigorta teminatı dışında kaldığı belirtilen taşınan eşya, sigortalı araçta taşınan eşyayı ifade etmektedir. Sigortalı aracın başka bir araca çarpması halinde karşı araçta taşınan eşyayı kapmamaktadır. Trafik ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacısı karşı araçta taşınan eşyada meydana gelen hasardan limitlere kadar sorumludur. Bu durum karşısında, anılan sigorta genele şartlarındaki düzenlemelere yanlış anlam verilerek yazılı gerekçe ile davalı sigorta şirketi hakkındaki davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 03.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13984 **K:** 2009/83 **T:** 12.01.2009

KİRACILIK SIFATININ TESPİTİ • KİRACILIK SIFATININ TESPİTİ DAVASINDA HUKUKİ YARAR ÖLÇÜTÜ

Özet: *Tespit davasının açılmasında hukuki yarar bulunması gerekir. Tespit davası ile istenen sonuç eda davası ile elde edilecekse, tespit davası açılmasına gerek yoktur.*

Kiracılık sıfatının tespitini amaçlayan davada öncelikle böyle bir davanın açılmasında hukuki yarar olup olmadığı araştırılmalıdır.

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy Asliye 10. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 28.11.2007 tarih ve 2007/547-2007/177 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Muktedir Lale tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgele okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait taşınmazda otel işletmecisi olarak kiracı sıfatı ile bulunduğunu, bu durumun taraflar arasındaki 01.08.2007 tarihli protokol ile kararlaştırıldığını, davalının eski kiracısı ile uyuşmazlığına ilişkin icra dosyasında anılan protokoldeki imzayı inkar ettiğini, oysa müvekkili şirketin anılan protokol tarihinden önce bile taşınmazda kiracı olduğunu ileri sürerek, protokol gereğince kiracılık sıfatının ve kiracılık sıfatının hangi tarihten itibaren başladığının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, duruşmada davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; dosya kapsamına göre, eda davası açılması gereken hallerde tespit davası açılamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, kiracılık sıfatının ve bu sıfatın hangi tarihten itibaren başladığının tespiti istemlerine ilişkin olup, mahkemece, davacının dayandığı hiçbir kanıt getirtilip değerlendirilmeden salt yukarıda yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir.

Tespit davasının konusu yalnız hukuki ilişkiler olabilir ve hukuki ilişkinin var olup olmadığının hemen tespitinde davacının hukuki yararı bulunmalıdır. Tespit davası ile istenen hukuki korunma eda davası ile tamamen elde edilebilecekse o zaman davacının ayrı bir tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur.

Yukarıda belirtilen ilkeden hareketle somut olaya dönüldüğünde, davacının kiracılığı konusunda davalının çekişmeyi devam ettirmesi, hukuki yarar bulunması koşulu ile kiracılık sıfatının tespitinin dava yolu ile dahi istenmesinin mümkün bulunması, esasen iş bu davanın eda hükmünü de içerir ve bir tespit davası nitelinde olması karşısında, mahkemece, öncelikle davacının dayandığı protokol ve icra takip dosyası getirtilerek, iddianın ileri sürülüş biçimi de nazara alınarak, davacının işbu davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken anılan bu yönlerden eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 12.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14765 **K:** 2005/18762 **T:** 03.10.2005

İCRA HUKUKU • İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİ • İTİRAZIN KALDIRILMASI • İCRA HAKİMİNİN GÖREV ALANI

(İİK m. 68, 150/a-1)

Özet: *İpoteğin paraya çevrilmesi için yapılan takibin itiraz aşamasında, alacaklının sunacağı belgelerin İİK'in 68. maddesinde olması halinde uyuşmazlık İcra Hakimliği'nde çözümlenecektir.*

Hesap ekstrenize göre tespit edilmiş alacağın tahsil edilip edilmeyeceğinin tartışılması yargılamayı gerektiren bir durumdur.

Mahkemece uyulan Dairemizin 30.05.2003 tarih ve 2003/9671 E.-12581 K. sayılı bozma ilamında, taraflar arasında (kesin borç ipoteği bulunmadığı) belirlendikten sonra; (İİK.'in 150/a maddesi gereğince ödeme emrine itiraz hakındaki aynı kanunun 62-72. maddeleri hükümlerine uyularak Mahkemece itiraz konusunda bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Aynı maddede ipotek, bir cari hesap veya işleyecek kredinin teminatı olarak verildiği takdirde merciinin sözleşme ve bununla ilgili belge ve makbuzları İİK.'in 68. maddesindeki esaslara göre inceleyeği hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda, Merciice öncelikle taraflar arasında cari hesap veya işleyecek kredi gibi bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, varsa itirazın kaldırılması istemi yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde çözümlenmelidir.) sözcüklerine yer verilmiştir.

Bu durumda, itirazın kaldırılması aşamasında, alacaklının sunacağı (belge ve makbuzların) İİK.'in 68. maddesinde sayılanlardan olması zorunludur. Bu kural İİK.'in 150/a-1. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda alacaklının, borçlunun imzasını taşıyan ve yukarıda açıklanan içerikte bir belge sunamadığı ve borç miktarının sadece hesap ekstresi nazara alınarak tesbit edildiği anlaşılmış olduğundan alacağın tahsil edilip edilmeyeceğinin yargılamaya muhtaç olduğu sonucuna varılmaktadır. O halde, itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.'in 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 03.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13958 **K:** 2008/17597 **T:** 16.10.2008

TEBLİGAT HUKUKU • USULSÜZ TEBLİGAT • BORÇLUNUN ŞİKAYETİ • YARGILAMA YÖNTEMİ

Özet: *Tebligatın usulsüz olduğuna ilişkin borçlu şikayeti maddi vakıalara dayandırılmıştır. Bu nedenle, duruşma açılıp karşı tarafa davetiye gönderilerek inceleme yapılmalıdır.*

YARGITAY KARARI

Borçlu vekili İcra Mahkemesi'ne başvurarak ödeme emrinin tebliğ tarihinin düzeltilmaesini istemiştir. Adı geçen maddi vakıalara dayanarak tebligatın usulsüzlüğünü ileri sürmüştür. Olayın özelliği ve şikayetin mahiyeti nazara alınarak duruşma açılıp karşı tarafada davetiye çıkarılıp usulen taraf teşkili sağlanarak ileri sürülen maddi vakıaların incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir. (HGK.'nın 22.10.2003 tarih ve 2003/12 - 600 E. - 2003/606 K. sayılı kararı)

O halde eksik inceleme ile yazılı şikayetin reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 16.10.2008 gününde oybirliğiylr karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/16022 **K:** 2008/19125 **T:** 04.11.2008

İCRA HUKUKU • ÇEKE DAYALI TAKİP • KEŞİDE YERİ • YETKİ KURALI

Özet: *Çekin akdin yapıldığı yer olarak kabul edilen keşide yeri icra dairesinde takibe konulabilmesi için borçlunun takip zamanında orada bulunması zorunlu değildir.*

YARGITAY KARARI

İcra takibinin dayanağı olan çeklerin Bakırköy'de keşide edildiği görülmektedir. Çeke dayalı takiplarin borçlunun ikametgahının bulunduğu yerdeki genel yetkili icra dairesinde, muhatap bankanın bulunduğu yer ödeme yeri sayıldığından buradaki icra dairesinde ve ayrıca aktin yapıldığı yer olması çekin keşide edildiği yer icra dairesinde başlatılması mümkündür.

Ayrıca, İİK.'in 50/1. maddesi ikinci cümlesine göre, çekin akdin yapıldığı yer (keşide yeri) icra dairesinde takibe konulabilmesi için, borçlunun takip zamanında orada bulunması zorunlu değildir. HUMK'un 10. maddesinde yer alan bu şart; İİK.'in 50/1. maddede öngörülmemiştir.

Bu nedenlerle, alacaklının takibini çeklerin keşide edildiği yer olan Bakırköy İcra Dairesi'nde başlatılmasında yasaya aykırılık bulunmamamaktadır. O halde mahkemece, yetki itirazının reddine karar verilip borçlunun diğer itirazlarının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Bakırköy İcra Dairesi'nin yetkisizliği yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 4.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17679 **K:** 2008/21152 **T:** 28.11.2008

ÇEKTE ZAMANAŞIMI SÜRESİ • İBRAZ SÜRESİ

Özet: *Çekin zamanaşımı süresi hesaplanırken ibraz süresinin bittiği tarihten itibaren süre hesabı yapılmalıdır.*

YARGITAY KARARI

TTK'nın 726. maddesine hükmüne göre, "*hamilin keşideci ve diğer çek borçlularına karşı haiz olduğu müracaat hakları ibraz süresinin bitiminden itibaren 6 ay geçmekle zamanaşımına uğrar.*" Somut olayda çekin keşide tarihi 29.08.2008 olup, 10 günlük ibraz süresinin eklenmesi ile bu süre 09.03.2008 tarihinde sona ermektedir. İcra takibi 05.03.2008 tarihinde yapıldığına göre, ibraz süresinin bittiği tarih itibariyle zamanaşımı süresi dolmamıştır. Çekin keşide tarihinden önce ibraz edilmiş olması yasanın

açık hükmü karşısında duruma etkili değildir. Borçlunun zaman-aşımı itirazı yerinde olmadığından itirazın reddi yerine kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 28.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17833 **K:** 2008/21352 **T:** 01.12.2008

İCRA HUKUKU • BİRDEN FAZLA BORÇLU • TAKİPTE YETKİ KURALI • İKAMETGAH KAVRAMI

(HUMK m. 9/2)

Özet: *Borçlu birden fazla ise, bunların birinin ikametgahı İcra Dairesinde takip yapılabilir. Bu kural "ikametgah" kavramı ile sınırlı olarak uygulanır. Özel yetkiden doğan durumlarda söz konusu kural uygulanamaz.*

YARGITAY KARARI

5766 Sayılı Kanunla Değişik 492 Sayılı Harçlar Kanunu'na ekli yargı harçları ile ilgili 1 sayılı tarifenin A bendine ilave edilen IV numaralı bölüm uyarınca temyiz başvurularında harca tabi davalarda daha önce alınmakta olan matbu temyiz harcına ilaveten 60,00.-TL. temyiz başvurusu harcının alınması zorunlu olduğu ve başvurunun da 6.6.2008 tarihinden sonra olmasına rağmen temyiz başvuru harcı alınmadığı anlaşılmış ise de bu hususun mahallinde giderilmesi mümkün bulunduğundan dosyanın bu hususta işlem yapılmak üzere geri çevrilmesine gerek olmadığına oy birliği ile karar verilip temyiz incelemesine geçildi;

İİK.'in 50. maddesi yollaması ile uygulanan HUMK'un 9/2. maddesi 1. cümlesine göre; davalı birden fazla ise bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde de takip yapılabilir ve bu durumda diğer borçlular yetki itirazında bulunamazlar. Ancak anılan hüküm yalnız borçlulardan birinin ikametgahındaki (onun için genel yetkili) icra dairesinde takip yapılması hali içindir. Borçlulardan biri için özel yetkili bir icra dairesinde takip yapılması halinde HUMK'un 9/2. maddesinin 1. cümlesi hükmü uygulanmaz.

Somut olayda alacaklının icra takibi yaptığı. dava dışı Haydar ve G. Ürünleri Ltd. Şti.'nin adresleri Güneşli-Bağcılar olup, anılan yasal düzenleme gereği bu mülki birimlerin bağlı bulunduğu Bakırköy İcra Dairelerinde takip yapılmış olasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Borçlu tarafından aksine kanıtta sunulamamış olduğundan yet-ki itirazının reddi yerine yazılı şekilde kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 60.-TL başvuru harcının alınmasına, 01.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17837 **K:** 2008/21353 **T:** 01.12.2008

İCRA HUKUKU • İLAMSIZ TAKİP • BORCA İTİRAZ

(İİK m. 62)

Özet: *İlamsız takibe karşı yapılacak olan itiraz icra dairesine bildirilmelidir. İcra Mahkemesi'ne yapılan itiraz sonuç doğurmaz.*

YARGITAY KARARI

Davacı alacaklı, keşide yeri bulunmayan 6.500.-TL. tutarlı senetle ilgili olarak ilamsız icra takibine başvurmuş ve ödeme emri borçluya 3.7.2006 tarihinde tebliğ edilmiştir.

İİK.'in 62. maddesi gereğince borçlu, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde itirazlarını icra dairesine bildirmek zorundadır. Alacaklı tarafından genel haciz yoluyla yapılan takipte borçlunun imza itirazını icra dairesi yerine, doğrudan icra mahkemesine sunması hukuki sonuç doğurmayacağından mahkemece istemin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde takibin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 01.12.2008 günüde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17839 **K:** 2008/21355 **T:** 01.12.2008

İCRA HUKUKU • TEMİNAT SENEDİ • YARGILAMA YÖNTEMİ*

Özet: *Takip konusu senedin teminat senedi olarak verildiği anlaşıldığından, senedin tahsilinin yargılamayı gerektirdiği yolunda hüküm kurulmalıdır.*

YARGITAY KARARI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği düşünüldü:

Borçlu süresinde İcra Mahkemesi nezdinde yaptığı itirazında takip konusu senedin teminat senedi olduğunu davalı ile aralarındaki 21.12. 2005 tarihli protolol gereği davalıya verildiğini, protokol koşullarını yerine getirdiği halde senedin haksız olarak takibe konulduğunu ileri sürerek takibin iptalini istemektedir.

Alacaklı vekili 14.03.2008 tarihli cevabında; davacının sözleşme kurallarına uymaması nedeniyle çekişmeli senedi takibe koyduklarını belirtmişlerdir. Senedin teminet senedi olduğu alacaklı vekilince de kabul edildiğine göre dava dilekçesi içeriğinden borçlunun borcu kabul iradesi bulunmadığından takip konusu senedin tahsilinin gerekip gerekmediği yargılamayı gerektirdiğinden, açıklanan nedenle borçlu itirazının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 01.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/19086 **K:** 2008/22655 **T:** 22.12.2008

İCRA HUKUKU • NAFAKA BORCU • ASKERDE BULUNAN KOCANIN SORUMLULUĞU*

Özet: *Askerde bulunan kocanın nafaka ödeyip ödeyemeyeceği belirlenirken, salt askerlik olgusuna dayanmamalı ve kocanın gelirinin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.*

YARGITAY KARARI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Mahkemece 12.12.1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı gerekçe gösterilerek şikayet reddedilmiş ise de, söz konusu kararın sonuç kısmında Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerine atıfta bulunularak "*mecburi askerlik görevini yapan ve başka hiçbir geliri ve serveti olmayan kocanın nafaka ile sorumlu tutulamayacağı...*" belirtilmiştir. Nafaka alacaklısı, eş, borçlu kocanın Limited Şirketi olduğunu ekonomik durumunun iyi olduğunu düzenli gelirinin bulunduğunu belirttiğine göre mahkemece usulüne uygun olarak duruşma açılıp tarafların beyanları alınarak ve deliller toplandıktan sonra söz konusu konusu İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nda vurgulandığı üzere, nafaka borçlusu kocanın başka bir geliri ve serveti olup olmadığı yöntemince araştırılarak oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile dosya üzerinden yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenler İİK. 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Erol ZEYBEKOĞLU / Antalya Barosu

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/21366 **K:** 2009/1493 **T:** 27.01.2009

İCRA HUKUKU • HACZİN KALDIRILMASI • İCRA MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI

Özet: *Borçlunun şikayetini kabul ederek maaş haczi yapılamayacağına karar veren İcra Mahkemesi alacaklıya ödenen paraların iadesine karar veremez.*

YARGITAY KARARI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Haczin kaldırılmasından önce alacaklıya ödenen paraların iadesi yargılamayı gerektirir. Bu nedenle icra mahkemesi şikayetin kabulünden sonra maaş haczi yapılamayacağına karar vermesi ile yetinmesi gerekirken, ayrıca önceden yapılan kesintilerin de geri verilmesi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 27.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/21383 **K:** 2009/2233 **T:** 27.01.2009

TÜRK GEMİ SİCİLİ • GEMİ MÜLKİYETİ • MENKUL MAL SAYILAN YABANCI BAYRAKLI GEMİ

(İİK m. 23/4, 134/2, 136)

Özet: *Türk gemi siciline kayıtlı olmayan gemi menkul hükmündedir. Bu gemilere menkul malların satışına ilişkin kurallar uygulanır.*

İhalenin feshine ilişkin uyuşmazlık da aynı şekilde çözümlenir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

İKK.'in 23/4 maddesine göre (taşınmaz) tabiri, gemi siciline kayıtlı olan gemileride kapsar. Aynı kanunun 136. maddesinde (taşınmaz malların satışına ait olan hükümler, gemi siciline kayıtlı gemiler hakkında da tatbik olunur. Bu hükümlerde geçen tapu sicili tabiri gemi sicilini ifade eder.) kuralına yer verilmiiştir. Ayrıca TTK'nın 866 ve 867. maddelerinde açıklandığı üzere yukarıdaki hükümlerin Türk Gemi Siciline kayıtlı oaln gemiler hakkında uygulanır.

Feshi istenen ihalenin konusu Comoros bayraklı M/V Best Line Gemisi Türk Gemi Siciline kayılı olmaması sebebiyle menkul niteliğinde olup, ihale menkul malların satışına ilişkin hükümlere tabidir. Menkul ihalelerinde de uygulanan İİK'in 134/2. maddesinde ihalenin feshini isteyebilecek ilgililer sınırlıolarak sayılmıştır. Bunlar; satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerdir.

Somut olayda fesih talebinde bulunan K. Finances INC. satışı yapılan gemi içinde yükü olduğunu, bir miktar navlunu peşin verdiğini ve bu nedenle gemi üzerinde kanuni rehin hakkı olduğunu iddia eden 3. kişi olup icra takibinin tarafı olmadığı gibi, pey sürmek suteriyle ihaleye iştirak da etmemiştir. Öte yandan şikayetçinin iddia ettiği rehin hakkı nedeniyle yaptığı bir icra takibi ve böyle bir takipte yapılmış bir satış talebi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla satış isteyen alacaklı sıfatı da mevcut değildir.

Şikayetçinin başvurusu üzerine lehine verilen Bandırma 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 30.04.2008 tarih ve 2008/31D. iş - 31 D. iş sayılı ihtiyati tedbir kararı da adı geçene İİK.'nun 134. maddesinde sayılan alacaklı yada ilgili sıfatını kazandırmaz. Kaldı ki bu maddeye göre şikayetçinin ihalenin feshini isteyebilmesi için alacaklı olması yeterli olmayıp, alacaklının ayrıca ihale konusu menkul hakkında ihale tarihinden önce satış talebinde bulunması zorunludur.

Bu nedenlerle ihalenin feshi davası açmasına yasal imkan yoktur. Mahkemece istemin aktif husumet yokluğundan reddi gerekirken işin esası incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 27.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/23217 **K:** 2009/3984 **T:** 26.02.2009

TEBLİGAT HUKUKU • TÜZEL KİŞİYE TEBLİGAT • USULSÜZ TEBLİGAT • İHALENİN FESHİ

Özet: *Tüzel kişilere tebligat yetkili temsilcilerine yapılır. Tebliğ alacak yetkili kişi o sırada işyerinde bulunmuyor ise, tebliğ evrakı işyerinde bulunan memur veya müstahdeme verilir ve bu husus tebligat belgesinde açıklamalı olarak belirtilir.*

Bu kurallar uygulanmadan gerçekleştirilen tebligat usulsüzdür.

Satış ilanının borçluya usulsüz olarak tebliğ edilmiş olması başlı başına ihalenin feshi sebebidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Şikayetçi borçlu adına çıkarılan satış ilanı tebliği, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun tüzel kişilere tebligatı düzenleyen 12.-13. maddelerine ve Tüzüğün 18. maddesine uygun olarak yapılmamıştır. Anılan Kanunun 12. maddesine göre; hükmi şahıslara tebligat selahiyetli mümessillerine, bunlar birden ziyade ise yalnız birine yapılır. Aynı Kanunun 13. maddesine göre de; tebliğ yapılacak bu kişiler herhangi bir sebeple mutad iş saatlerine iş yerinde bulunmadıkları veya o sırada evrakı bizzat alamayacakları bir halde oldukları takdirde, ancak o zaman, tebliğ arada hazır bulunan memur veya müstahdemlerinden birisine yapılır. Tebligat Tüzüğü'nün 18. maddesinde selahiyetli kişilerin bulunmadığının tebligat belgesinde gösterilip, bunun açıklanması lüzumu hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda, tebligat belgesinin incelenmesinde; anılan yasa hükümlerine uyulmadığı belirlendiğinden, tebligat işlemi usulsüzdür. (HGK.'nın 22.6.1988 tarih ve 1988/12-266)

Dairemizin süreklilik arzeden içtihatlarına göre, borçluya satış ilanının usulsüz tebliğ edilmesi başlı başına ihalenin feshi sebebidir.

Açıklanan nedenlerle Mahkemece istemin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlular vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 26.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/24018 **K:** 2009/4303 **T:** 03.03.2009

İCRA HUKUKU • BORCUN TASFİYESİ • KISMİ ÖDEMELER • MAHSUP YÖNTEMİ

(İİK m. 168/5)

Özet: *Senedin vade tarihinden sonra yapılan kısmi ödemelerin önce borcun ferilerinden mahsup edilmesi gerekir. Söz konusu kısmi ödemelerin asıl alacaktan mahsup edilmesi isabetsiz olmuştur.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı vekili tarafından 10.06.2007 keşide tarihli çeke dayalı olarak 16.500.00.-TL. asıl alacak ve fer'ilerinin tahsili için kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, örnek 10 nolu ödeme emrinin borçluya tebliği üzerine adı geçen vekilinin İİK'in 168/5. maddesinde öngörülen yasal 5 günlük süre içinde İcra Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda çeke karşılık 3.478.00.-TL. ödeme yapıldığını ileri sürerek takibin kısmen iptalini talep ettiği görülmüştür.

Borçlunun ödeme iddiasına dayanarak yaptığı, belgelerin incelenmesinde;978.00-TL.'lik ödemenin 25.06.2007, 2.500.00.-TL'lik ödemenin 28.06.2007 tarihinde yapıldığı ve çekin keşide tarihinden sonra olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, ödemelerin BK'nın 84. maddesine

göre ödeme tarihleri dikkate alınmak suretiyle borçtan mahsup edilip, takip tarihi itibariyle alacaklının talep edebileceği alacak miktarı belirlenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, anılan madde hükmüne aykırı olarak kısmi ödemeleri asıl alacaktan mahsup ederek hesaplama yapan bilirkişi raporu hükme esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İKK 336 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 03.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/24020 **K:** 2009/4299 **T:** 03.03.2009

İCRA HUKUKU • BORÇLUNUN İTİRAZ VE ŞİKAYET HAKLARI • UYUŞMAZLIĞIN DEVAM ETMESİ

Özet: *Borçluya ödeme emri tebliğ edilmese dahi, alacaklının uyuşmazlığı ve takibi sürdürme iradesi mevcut bulunduğu sürece borçlunun şikayet ve itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçluların vekilleri tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Tarafların iddia ve savunmalarında, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre borçlu Adnan vekilinin temyiz itirazlarının **REDDİNE**;

2- Borçlu M. Makina Kimya Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Borçlu M. Makina Kimya Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne çıkarılan örnek 10 numaralı ödeme emri bila tebliğ dönmüştür. Borçluya "*ödeme emri tebliğ edilmese*" bile alacaklının anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesi mevcut bulunduğu sürece borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmemesi şikayet ve itirazda bulunmasına engel teşkil etmez. Her ne kadar borçluya ödeme emri tebliğ edilmemişse de alacaklı vekilinin yargılamaya katılarak itirazın

nedenini talep ettiği ve bu nedenlerle, anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesinin mevcut bulunduğu görülmektedir. O halde mahkeme borçlu şirketin itirazının esdasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde itiraz hakkı doğmadığı nedeniyle reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu M. Makina Kimya Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda 2. maddede yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 03.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8257 **K:** 2007/14408 **T:** 29.11.2007

BORÇLAR HUKUKU •
HAVALE İLE YAPILAN ÖDEMENİN BİR BAŞKA BORÇ İÇİN YAPILDIĞININ İSPAT YÜKÜMÜ • SENEDE MAHSUBEN HAVALE

Özet: *Taraflar arasında senetten doğan borç ilişkisi bulunmakta olup, davacı taraf davalıya gönderdiği havalenin söz konusu borç için yapılan ödeme olduğunu iddia etmiş, davalı taraf ise bu ödemenin başka bir ilişki sebebiyle gerçekleştiğini savunmuştur. Bu durumda yapılan ödemenin başka bir borç ilişkisi için gerçekleştirildiğini davalı taraf ispatlamakla yükümlüdür.*

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile ortaklığının tasfiyesi nedeniyle oluşan borcunun karşılığı olarak imzalayarak davalıya verdiği 15.04.2002 tanzim, 05.07.2002 vade tarihli ve 16.750 dolar bedelli senede mahsuben kısmen banka havalesi yoluyla, kısmen de elden olmak üzere toplam 16.736 dolar ödeme yaptığı halde davalı yanca hiç ödeme yapılmamış gibi senet bedeli üzerinden icra takibi başlatıldığını, icra tetkik merciinde yaptığı itiraz üzerine 6.633,5 doların, senet borcuna mahsuben gönderildiğinin kabul edildiğini, ancak 9.1.2002 ve 22.8.2002 tarihli havale bedelleri ve 1420 dolarlık elden ödemeye yönelik talebinin kabul edilmediğini, oysa bu ödemelerin de aynı senede mahsuben yapıldığını, böylece icra dosyasına 15.150,00.-TL. mükerrer ödeme yapmak zorunda kaldığını ileri sürerek bu miktarın tahsilini istemiştir.

Davalı, elden ödeme yapılmadığını, 9.1.2002 tarihli ödemenin senedin tanzim tarihinden önceki başka bir borca ait olduğunu, diğer ödeme makbuzunda da bu senede atıf olmadığını, davacı ile aralarındaki başka bir borç ilişkisi nedeniyle yapılmadığını savunarak davanın reddine dilemiştir.

Mahkemece, 1420 dolarlık elden ödemenin belgesi bulunmadığı, yemin de teklif edilmediği, 9.1.2002 tarihinin senedin tanzim tarihinden öncesine

ait olduğu ve 22.8.2002 tarihli ödeme makbuzunda açıklama bulunmadığı, davalı yanca başka bir hukuki ilişkiye ait olduğu savunulduğu, böylece davacının iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, icra takibine konu 15.4.2002 tanzim, 5.7.2002 vade tarihli ve 16.750 dolar bedelli senede mahsuben 22.8.2002 tarihli havale ile 2.230 dolar ödeme yaptığını iddia etmiş, davalı bu ödemenin taraflar arasındaki başka bir hukuki ilişki nedeniyle yapıldığını savunmuştur. Mahkemece davacının iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle bu kalem istek yönünden de davanın reddine karar verilmiş ise de, takip konusu senet 15.4.2002 tanzim ve 5.7.2002 vadeli olup, havale ise 22.8.2002 tarihlidir. Davacı, davalı ile arasında ödeme yapmasını gerektirecek başka bir hukuki ilişki olmadığını bildirdiğine göre, bu ödemenin takip konusu senet dışında başka bir borç için yapıldığını ispat yükü davalıya düşer. Bu itibarla davalıya savunması doğrultusunda varsa delillerini bildirmek üzere süre verildikten sonra, bildirilen deliller toplanıp değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılgı sonucu ispat yükünün davacıda olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: 1. bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent gereğince temyiz olunan kararın davacı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 29.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12384 **K:** 2008/2091 **T:** 14.02.2008

KAPICILIK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVA • İŞ MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI

(4857 SK m.1; 5521 SK m.1)

Özet: *Kapıcılık ilişkisinden doğan davaya İş Mahkemesi'nde bakılmalıdır.*

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Taraflar arasındaki ilişki, hizmet (kapıcı) sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 Sayılı Kanunların 1. maddeleri hükümleri gereğidir. Bakırköy'de ayrıca İş Mahkemesi bulunduğuna göre bu husus gözetilerek dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken mahkemece işin esasına girişilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu yönlerin gözden kaçırılması bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine 14.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14545 **K:** 2008/3803 **T:** 18.03.2008

HEKİMİN HATALI AMELİYAT İLE ÖLÜME NEDEN OLMASI • HEKİMİN KUSURU • ÖZEN BORCU • VEKALET İLİŞKİSİ*

(818 SK m. 386, 390-2, 321-1, 394-1)

Özet: *Hastaya yapılan tedavi ve uygu-*

(*) Gönderen: Özen BURCU

lanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip, bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden rapor olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar murislerinin 15.03.2006 tarihinde genel cerrah olan davalı Doktor tarafından, diğer davalıya ait hastanede laproskopik safra kesesi ameliyatı olduğunu, hatalı ameliyat ve sonrasında gerekli tedavi ve bakımın yapılmaması sebebi ile 03.04.2006 tarihinde vefat ettiğini, murislerinin basit bir ameliyat sonrası ölmesi nedeniyle duydukları üzüntü karşılığı her biri için ayrı ayrı 25.000,00.-TL. manevi tazminatın olay tarihinden yasal faizi ile davalılardan alınmasını istemişlerdir.

Davalılar ameliyatta herhangi bir kusurunun olmadığını, hastanın başka hastalıkları da olduğunu, ölüm olayı ile ameliyat arasında illiyet bağı bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, Adli Tıp Raporu gereğince davalıların kusurlu olduğu kabul edilerek davanın kısmen kabulüne her bir davacı için 1.000,00.-TL. manevi tazminatın davalılardan alınmasına, islahla maddi tazminat istenemeyeceğinden bu talebin reddine karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Davacılar, davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından gerçekleştirilen hatalı ameliyat nedeniyle murislerinin öldüğünü ileri sürerek, duydukları üzüntüler nedeniyle manevi tazminat talebinde bulmuşlardır. Uyuşmazlık, uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktorun herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalının vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK: 386, 390 md)

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK:390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp bilimini kurallarına gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerin alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini gözönünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Somut olayda, davacılar murisinin davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından safra kesesi ameliyatı olduğu, ameliyat sonrası tam olarak sağlığına kavuşamaması nedeniyle başka hastanelerde müdahalelerde bulunulduğu ve 03.06.2006 tarihinde vefat ettiği dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 20.12.2006 tarihli raporunda sonuç olarak "*Rıfat Servi'nin 15.03.2006 tarihinde doktor Yunus tarafından yapılan laproskopik kolesistektomi ameliyatı sırasında mide ön ve orta yüzde perforasyon, ileumda seroza yaralanması koledok tam kesisi meydana gelmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı oybirliği ile müteala olunur.*" Denilmiş, mahkemece de bu rapora itibar edilerek hüküm kurulmuş ise de anılan rapor, hastaya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu raporu dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, hastanın gerek davalı hastanede gerekse sonradan götürüldüğü diğer hastanelerde yapılan ameliyat ve tedavilerine ilişkin tüm bilgiler, ameliyat ve tabela kağıtları, varsa çekilen filmler, sonografik inceleme raporları, epikriz ve Adli Tıp Raporu birlikte gönderilip, üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak, genel cerrahi konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıların murisine uygulanan tedavi ve

ameliyatta davalı doktora atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorun az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre davacıların temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın BOZULMASINA, ikinci bentte açıklanan nedenle davacıların temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 18.3.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/157 **K:** 2008/5802 **T:** 29.04.2008

HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA • İŞ MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI

(4857 SK m. 1; 5521 SK m.1)

Özet: *Şirkette çalışan davalının zimmetine geçirdiği iddia edilen davada, taraflar arasında hizmet sözleşmesi ilişkisi bulunduğu ve hadiseye İş Mahkemesinin bakacağı dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmelidir.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılama sonunda ilamla yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Davacı, şirketlerinde çalışan davalının, şirket adına tahsil ettiği parayı zimmetine geçirdiğini, bu alacağın tahsili iiçin başlattıkları icra takibine haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların İş Mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 Sayılı Kanunların 1. maddeleri gereğidir. Bakırköy'de ayrıca İş Mahkemesi bulunduğuna göre bu husus gözetilerek dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken mahkemece işin esasına girişilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu yönlerin gözden kaçırılması bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 29.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1958 **K:** 2008/6943 **T:** 20.05.2008

BORÇLAR HUKUKU • ADALET VE NESAFET KURALLARI • CEZAİ ŞART • TAKDİRİ İNDİRİM

(BK m. 161/Son; HUMK m. 433/II)

Özet: *Olayın şartları, tarafların durumu, kusur gibi etkenler dikkate alınarak cezai şartın fahiş olup olmadığı irdelenmeli ve adalet ve nesafet kuralları da gözetilerek cezai şarttan takdiri indirim yapılmalıdır.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, komisyoncu olduğunu, davalı ile aralarında 28.8.2002 tarihinde bir müşteri temsilciliği sözleşmesi kendiliğinden iki ay uzadığını bu süre içerisinde davalının taşınmazı kendisinin sattığını, sözleşmenin 2. maddesi gereğince ödenmesi gereken bedelin tahsili için başlattığı icra taki-ben vaki itirazın iptalini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, itirazın iptali ile, takibin 6.750,00.-TL. asıl alacağın takip tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte devamına, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Mahkeme kararını temyiz eden davalının temyiz dilekçesinin davacı tarafa 24.1.2008 tarihinde tebliğ edildiği ve davacının katılma yoluyla kararı temyiz ettiğine dair dilekçenin 6.2.2008 tarihinde verildiği anlaşılmaktadır. HUMK'un 433/II maddesi uyarınca katılma yolu ile temyiz talebinde bulunan tarafın 10 günlük süre içinde temyiz dilekçesini vermesi zorunlu olup, davacı tarafın yasal 10 günlük süre geçtikten sonra katılma yoluyla kararı temyiz ettiği anlaşılmakla davacının temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

2- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

3- Davacı, davalı ile emlak komisyonu sözleşmesi yaptığını, sözleşmenin aynı şartlarda iki ay uzadığını, taşınmazın bu süre içinde davalı tarafından satıldığını, bu nedenle sözleşmenin 2. maddesine dayanarak başlattığı icra takibine vaki itirazın iptali istemi ile eldeki davayı açmıştır. Takibin içeriğinden davacının sözleşmenin ikinci maddesine dayandığı ve sözleşmenin bu maddesinin cezai şartı içerdiği anlaşılmaktadır. Öyle olunca taraflar cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, BK. 161/son maddesi hükmüne göre, hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranış ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak adalet ve nesafet kurlarına uygun olarak tespit edilmelidir. Mahkemece cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı, tenkisinin gerekip gerekmediği tartışılmamış ve bu yönde bir araştırma yapılmamıştır. O halde sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no'lu bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz dilekçesinin reddine, (2) no'lu bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 3 no'lu bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde taraflara iadesine, 20.05.2008 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/7253 **K:** 2008/14202 **T:** 28.11.2008

USUL HUKUKU • ÖZEL YETKİ ANLAŞMASI • YETKİLİ MAHKEME • YASANIN BELİRLEDİĞİ YETKİLİ MAHKEME

(HUMK m. 9, 10)

Özet: *Tarafların yetki sözleşmesi yaparak kendi aralarında özel yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olmaları, usul yasasında belirlenmiş olan genel ve özel yetkili mahkemenin yetkisini kaldırmaz.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, davalının avukatı olduklarının 14.12.2002 ve 20.10.2003 tarihli sözleşmeler gereği davalının Asliye hukuk ve Kadastro Mahkemesi'ndeki davalarının takip ettiklerini, karar aşamasına gelindiğinde davalının kendilerini haksız olarak azlettiğini, sözleşme gereği ücretin tamamına hak kazandıklarını, tahsili amacıyla yapılan icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile inkar tazminatını talep etmişlerdir.

Davalı, icrada yetkiye, borca ve faize itiraz ettiğini, takibin ikametgahı olan Bakırköy İcra Dairesi'nde yapılması gerektiğini savunarak davanın reddine dilemiştir.

Mahkemece, sözleşmede davalı adresinin Kadıköy olarak belirtilmesinin yetkili yer mahkemesi tayininde esas alınamayacağına ve borçlunun İcra Dairesi'ne yaptığı yetki itirazının doğru olduğuna dayanılarak yetki itirazının kabulü ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- HUMK'un 9. maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı kanunun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edildiği veya davalı yada vekilinin dava tarihinde orada bulunması kaydıyla, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir ki bu da özel yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Öte yandan yine aynı kanunun 22. maddesinde tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir

mahkemenin yetkisin kabul edebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların sözleşmede yetkili mahkemeyi karalaştırmış olmaları, HUMK'un 9. maddesi uyarınca genel yetkili bulunan mahkemelerin yetkilerini kaldırmaz. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, hem genel ve hem de özel yetkili mahkemede açılabilir. (Bkz. HGK. 5.11.2003, 2003/13-640-627 sayılı kararı)

Somut olayda davalının ikametgahı İstanbul'da bulunduğundan ve sözleşme gereği İstanbul Mahkemelerinin ve icra dairelerinin yetkili olacağı kabul edilmiş olduğundan İstanbul Mahkemeleri yetkilidir. Bu durumda icra takibinin yapıldığı ve eldeki davanın açıldığı İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi davaya bakma yetkisine sahiptir. O halde mahkemece davanın yetkili mahkemede açıldığı gözetilerek işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2- Bozma sebebine göre davalının temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarda 1.bentte açıklanan nedenlerden dolayı temyiz edilen hükmün davacılar yararına BOZULMASINA, 2. bent gereğince davalının temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 14,00.-TL. temyiz harcının istek halinde hem davacıya hem de davalıya iadesine, 28.11. 2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1158 **K:** 2009/2582 **T:** 27.02.2009

USUL HUKUKU • SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DAVA • YETKİ KURALI • SÖZLEŞMENİN KANITLANMASI KOŞULU*

(1086 SK m. 9, 10; Bk m. 73/1)

Özet: *Sözleşmeden doğan davalarda akdin ifa yeri mahkemesi de yetkilidir. Buna para borçlarında alacaklının ikametgahı mahkemesi de dahildir. Ancak bu kural uyuşmazlığa konu olmayan sözleşmelere ilişkin davalarda uygulanabilir. Sözleşme ilişkisi kanıtlanmadan söz konusu usul kuralı devreye sokulamaz.*

(*) Gönderen Av. Murat TOPÇUOĞLU

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamla yazılı nedenlerden dolayı mahkemesinin yetkisizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Davacı, davalıların avukat olarak davasını takip ettiklerini, icrada tahsil ettikleri parayı uhdelerinde tutarak kendisine vermediklerini ileri sürerek 6.075,00.-TL.'nin faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, yetki itirazında bulunmuşlardır.

Mahkemece, genel yetki kuralı uyarınca Fatih Mahkemesi'ne yetkisizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Kural olarak HUMK'un 9. maddesi gereği her dava açıldığı tarihteki davalının ikametgahı mahkemesinde açılmalıdır. Ancak HUMK'un 10. maddesince sözleşmeden doğan davalarda akdin ifa edileceği yer mahkemesinde açılacak davada yetkilidir. Bu bağlamda BK. 73. maddesine göre para alacağı aksi kararlaştırılmamış ise alacaklının ikametgahında ödenmesi gerekir. Bu yetki kuralının ancak niza konusu olmayan sözleşmeden doğan alacak davalarında uygulanacağına dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar arasında vekalet sözleşmesinin varlığı kanıtlandığı takdirde HUMK. 10. ve BK. 73/1 maddesine göre alacaklının ikametgahındaki icra dairesinde takip yapılabilir ve dava açılabilir. Dairemizin istikrarlı uygulaması da bu yöndedir. Mahkemece, İşin esasına girilerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hülüm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 27.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3347 **K:** 2008/8347 **T:** 24.06.2008

İNANÇ SÖZLEŞMESİ • KANITLAMA YÖNTEMİ • GEÇERSİZ NEDENLE ÖDENEN PARANIN İADESİ*

Özet: *İnanç Sözleşmesi'nin varlığı ancak yazılı delil ile kanıtlanabilir.*

Davacının gönderdiği havalenin kanıtlanamayan ya da geçerli olmayan bir sözleşmeye ilişkin olduğu anlaşılırsa, gönderilen paranın iade edilmesine karar verilmelidir.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 06.10.2006 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali ve tescil, kademeli istek ise tazminat istenmesi üzerine yapılan muhakeme sonunda; davanın reddine dair verilen 25.12.2007 günlü hükmün Yargıtayca, duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, tayin olunan 24.06.2008 günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden avukat ile karşı taraftan davalı vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. İş karara bırakıldı. Bilahare doya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünül-dü:

KARAR

Dava, inanç ilişkisine dayalı mülkiyet aktarımım ikinci kademedeki istek ise, dava konusu taşınmazın alımında davalı adına yapılan ödeme tutarı 39.000,00.-TL.'nin tahsili istemiyle açılmıştır.

Davalı,davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava reddedilmiştir.

Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan onların hak ve boçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, yönetilme ve inanana iade şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir.

5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği gibi; inanç sözleşmesi, inanılana bir hakkın kullanılmasında davranışla-

---

(*) Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu Antalya Barosu

rını, inananın tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla; inanan inanılan namına yapılacak bir işlemden sonra, taşınmazın mülkiyetinin ona (inanana) geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.

İnanç sözleşmesi anılan İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır.

Somut olayda; yanlar arasında inanç ilişkisini kanıtlayan yazılı delil bulunmadığından, davacının teklif ettiği yemin de davalı tarafından eda edildiğinden, mülkiyet aktarımım isteminin reddedilmesine usul ve yasaya aykırılık yoktur.

1-Yapılan yargılamaya toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yarinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Davacının ikinci kademedeki yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerince istirdatı istemine yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Taşınmazın davalıya tapuda satış tarihi 21.11.2005'dir. Davacı bu tarihten önce 18.11.2005 tarihinde T.C İş Bankası Şaranpol Şubesi'nden, Nazmi ve Meryem ortak hesabına 39.000,00.-TL. havale yapmıştır. Davalıya tapuda satış yapan Selma davacının havale yaptığı kişilerle aynı soyadı taşımaktadır. Havale tarihi ile taşınmazın satış tarihlerine bakılırsa, yapılan havalenin bir nalamı olması gerekir. Mahkemece, bu saptama üzerinde durulmamış, davacının alacak istemine ilişkin talebi bir gerekçe gösterilmeksizin reddolunmuştur.

Mahkemece yapılması gereken iş; davacının isticvabı suretiyle havalenin nedenini kendisine açıklatmak, gerekirse havale yapılan kişiler de isticvap olunmak, bu kişiler arasında taşınmaz satım ilişkisi bulunup bulunmadığının bu ilişkinin hangi nedenle kurulduğunu, aralarında başka bir ilişki olup olmadığını açığa kavuşturmak, davacının yaptığı havale davalı-nın satın aldığı çekişme konusu bağımsız bölüm için yapılmışsa, bu mikta-rın davalıdan tahsiline karar vermek olmalıdır.

İkinci kademedeki isteğin, eksik inceleme ve araştırmayla reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklana nedenlerle davacının temiyiz itirazlarının REDDİNE, hükmün 2.bent uyarınca BOZULMASINA, 550,00.-TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, peşin istek halinde yatırana iadesine, 24.06.2008 günüde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/519 **K:** 2008/5886 **T:** 06.05.2008

YARGITAY BOZMASINDAN SONRA KURULAN YENİ HÜKÜM • KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI • TÜKETİCİ MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI*

Özet: *Yargıtay bozmasından sonra ilk hükmü temyiz etmemiş olan taraf lehine hüküm kurulmaz.*

Zira, bu aşamada diğer taraf yararına kazanılmış hak meydana gelmiştir.

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine 23.0.32001 gününde verilen dilekçe ile kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istenmesi üzerine yapılan muhakeme sonunda; davanın reddine dair verilen 11.04.2007 günlü hükmün Yargıtayca, duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, tayin olunan 06.05.2008 günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili ile karşı taraf Recep vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. İş karara bırakıldı. Bilahare dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davalı arsa maliki yüklenicinin edimlerine yerine getirmediğini ve arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesinde yükümlediği iskan koşulunu tamamlamadığını, yükleniciye devredilmesi gereken 13 adet bağımsız bölümden 12 adedinin tapusunu devredildiğini, dava konusu bağımsız bölümün eksiklikler nedeniyle teminat olarak tutulduğunun savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı yüklenici yargılamaya katılmamış, savunmada bulunmamıştır. Mahkemece ,yapıdaki eksik ve ayıplı işler tutarından davacı payına düştüğü bilirkişilerce saptanan 36.092.400,000.-TL. davalı arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmiş, istek birlikte ifa kuralı doğrultusunda hüküm altına alınmıştır.

(*) Gönderen: Av. Erol ZEYBEKOĞLU / Antalya Barosu

Hükmü, davacı temyiz etmiş, temyiz edilen hüküm Dairemizin 03.05.2005 tarih 2005/405-4223 sayılı ilamı ile görev noktasından bozulmuştur.

Bozmaya uyulduktan sonra dosyanın gönderildiği Tüketici Mahkemesi istemi tescili talep edilen bağımsız bölüm teminat dairesi olup, 27.01.1997 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde bu dairenin tescili iskan koşuluna bağlandığından dava reddedilmiştir.

Hükmü davacı temyiz etmiştir.

Davalılar arasındaki 27.01.1997 günlü biçimine uygun düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi taraflarına karşılıklı hak ve borç yükleyen iki taraflı sözleşme türündendir. Bu sözleşmede yüklenicinin edimi sözleşmesine, amacına ve fen sanat kurallarına uygun bir bina meydana getirerek akidi olan arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin edimi ise teslim edilen yapıya karşılık bedel olarak yükleniciye kararlaştırılan oranda arsa payı devretmekten ibarettir. Kuşkusuz yüklenicinin tesliminden sonraki borcu ayıba karşı tekeffül borcu olarak devam eder. Somut uyuşmazlıkta; yüklenicinin edimlerini bütünüyle yerine getirmediği 19.11.2002 günü asıl ve 12.04.2004 günlü ek raporda saptandığı üzere ortak alanlarda ve arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde 36.092.400,000.-TL. eksik ve ayıp iş bıraktığı sabittir. Gerçekten, 27.01.1997 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin "*Tapu Verme şekli*" başlıklı bölümün 7. maddesinde "*inşaatın tüm ince işleri bitirilip genel iskan raporu alınarak arsa sahibine teslim edildiğinde ve uygunluğu kabul ettiğinde bir bağımsız bölüm tapusu verilecektir*" hükmü bulunmaktadır.

Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılarak görülen dava sırasında mahkemece eksik ve ayıplı işlere bilirkişinin saptadığı 36.092.400,000.-TL. davalı arsa sahibine ödenmek üzere davacıya depo ettirilmiş, buna karşılık dava konusu 15 numaralı bağımsız bölümün davacı adına tesciline karar verilmiştir. Arsa sahibinin mahkemenin depo ettirdiği meblağı kabul etmesi ve bu konuda yapılan işlemler ile hükmü temyiz etmemesi demek 27.01.1997 günlü sözleşmesinin kendisi bakımından ifa ile sonuçlandığını, benimseyip kabul etmesi demektir. Kısaca Asliye Hukuk Mahkemesi'nde kurulan hükmü temyiz etmeyen davalı arsa sahibi bakımından sözleşme ifa ile sonuçlanmış, usul hukuku açısından davacı yararına kazanılmış bir hak meydana gelmiştir.Böyle olunca; bozma kararına uyan görevli mahkemenin davacı yararına oluşan kazanılmış hakkı ihlal ederek ilk hükmü temyiz etmeyen taraf yararına ve davacı taraf aleyhine hüküm tesisi olanağı yoktur.

Bu anlatımlardan sonra mahkemece yapılması gereken iş; bilirkişilerin 19.11.2002 günü asıl ve 12.04.2004 tarihli ek raporlarında saptadıkları

eksik ve ayıplı işler bedeli 36.092.400,000.-TL.'yi depo edildiği tarihten sonra vadeli mevduata uygulanan banka mevduat fiaizi ile birlikte yeniden davacıya depo ettirmek bulunacak bu tutarı davalı arsa sahibine ödemek ve çekişme konusu 15 numaralı bağımsız bölüm mülkiyetini davacıya aktarmak olmalıdır.

Mahkemece, davacı yararına oluşan kazanılmış hak göz ardı edilmek suretiyle istem yazılı olduğu şekilde reddedildiğinden, hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı yararına temyiz olunan hükmün BOZULMASINA, 550.00.-TL. Yargıtay duruşma vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 06.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1015 **K:** 2008/3098 **T:** 09.05.2008

MEDENİ HUKUK • BORÇLAR HUKUKU • MUVAZAALI SATIŞ • DANIŞIKLI İŞLEM SONUCU YAPILAN İŞLEMİN İPTALİ • İYİ NİYET KURALI

(4721 SK m. 1023-1024, 818 SK m. 18)

Özet: Asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. Öte yandan, bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Böyle bir tescil yüzünden aynı hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hüküm davalılar vekillerince temyiz edilmiş davalı Mustafa vekili tarafından duruşma istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili avukat Serap ile davalı Mustafa vekili geldi. Davalılar Gülkadın vs. vekili gelmedi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okundu işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, Zeytinburnu 1. Noterliği'nin doğrudan düzenlediği ve bir kısım davalıların miras bırakanı İzzet ile Ayşe'nin arsa sahibi; davacı Ali'nin ise, yüklenici sıfatlarıyla imzaladıkları 01.08.1996 tarihli ve 5434 yevmiye numaralı "*Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı Sözleşmesi*" gereğince, davacının, Zeytinburnu İlçesi, Telsiz Mahallesi'nde bulunan; 2620 ada ve 10 parsel sayılı olarak tapuya tescilli taşınmaza "*arsa payı karşılığı*" inşaat yapmayı yüklendiğini; ancak anılan sözleşme yanları arasında geçerliliğini ve yürürlülüğünü koruduğu halde, arsa sahiplerince muvazaalı olarak sözleşme konusu taşınmazın davalı Mustafa'ya kayden temlik edildiğini ileri sürerek, Mustafa adına olan tapu kaydının iptaliyle İzzet, mirasçıları adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Mustafa vekili, özetle, müvekkilinin emlak işleriyle uğraşan Serkan vasıtasıyla ve (315.000,00.-TL) bedelle taşınmazı satın aldığını, diğer davalıları tanımadığını ve satım işleminin muvazaalı olmadığını ve iyiniyetli olarak taşınmazı iktisap ettiğini ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Diğer davalılar ise, temlikin danışıklı olmadığını, gerçek bedelli satış olduğunu bildirerek davanın reddini talep etmişlerdir.

Mahkemece, davanın kabulüne ve Mustafa adına tapuya kayıtlı uyuşmazlık konusu (1) parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptaliyle veraset ilamındaki hisseleri oranında İzzet Sümen mirasçıları adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmiş ve verilen karar davalı taraf vekillerinde temyiz edilmiştir.

Dava, Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi hükmüne dayalı olarak açılmış olup; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan tapulu taşınmazın, arsa sahipleri davalılar tarafından diğer davalı Mustafa'ya kayden yapılan temlikinin muvazaalı olması sebebiyle Mustafa adına olan tapu kaydının iptaliyle arsa sahibi miraçılar adına tapuya tesciline karar verilmesi istemine ilişkindir.

Yüklenici davacı ile arsa sahipleri arasında yapılan, yukarıda tarih ve sayısı belirtilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan (10) numaralı parselin, arsa sahibi davalılarca 02.08.2004 tarihinde diğer davalı Mustafa'ya resmi şekilde satıldığı ve taşınmazın davalı Mustafa adına tescili olduğu, tapu kayıtları ve resmi akit tablosu kapsamlarıyla sabit bulunmaktadır. Davacı yüklenici, tarafları arasında geçerliliğini koruyan fesih olunmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifasını imkansız kılmak amacıyla ve muvazaalı olarak davalı Mustafa'ya temlikinin yapıldığını ileri sürmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde, hakkında bazı hükümler konulmuş olan muvazaa iki şekilde olabilir: Taraflar, aralarında hüküm ve sonuç doğuracak herhangi bir sözleşme yapmak istemezler, fakat görünüşte bir sözleşme yapmak üzere irade beyanında bulunurlar. Böyle bir sözleşme tarafların iradelerine dayanmadığından geçersizdir. Bu durumda "*mutlak MUVAZAA*" SÖZ KONUSU OLUR. Nisbi muvazaa ise, yanların gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları bir sözleşmeyi görünüşteki bir sözleşme ile gizlemeleri halidir. Bu halde de, görünüşte yapılan sözleşme, hiçbir zaman geçerli olmaz ve asıl sözleşme kural olarak geçerli olur. Ancak, gerçekten yapılmak istenen sözleşme, şekle bağlı bir sözleşme ise, o zaman o sözleşme dahi geçersiz olur.

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince; tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan

üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Aynı Kanunun 3. maddesi uyarınca da, kanunun iyiniyetli hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. Öte yandan, bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Böyle bir tescil yüzünden aynı hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir (TMK. md. 1024).

Yukarıda özetle açıklana hukuksal çerçeve kapsamında somut olayın değerlendirilmesine gelince; dosya kapsamındaki deliller değerlendirildiğinde, üçüncü kişi durumundaki davacının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan tapulu taşınmazın davalı Mustafa'ya yapılan temlikinin danışıklı olduğunu; bu kapsamda mutlak ya da nispi muvazaa sebebiyle geçersizliğini, tescilin yolsuzluğunu ve yasal karinenin aksine Mustafa'nın taşınmazı iktisabında iyiniyetli olmadığını ve tüm bu sebeplerle taşınmazın mülkiyetini kazanamadığını yasal delillerle kanıtlayamadığı sonucuna varılmaktadır. Buna göre temlik işleminin danışıklı olarak yapılmış olduğu, davacı yanca yasal delillerle kanıtlanamadığı halde; davanın reddi yerine, mahkemece yazılı şekilde davanın kabulü ile davalı Mustafa adına olan tapu kaydının iptaline ve İzzet Sümen mirasçıları adına tesciline karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeplerle davalı taraf vekillerinin temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın davalılar yararına BOZULMASINA 550,00.-TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı Mustafa'ya verilmesine, ödedikleri tem-yiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalılar geri verilmesine, 09.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/8085 **K:** 2007/6635 **T:** 26.10.2007

PROJEYE AYKIRI İNŞAAT • TARAFLARIN KARŞILIKLI OLARAK PROJEYE AYKIRI İNŞAATA MUVAFAKAT ETMESİ

Özet: *Dava konusu inşaatın, projesine uygun yapılmadığı ve bu yüzden ilgili belediyece 21.12.2000 tarihin de yapı tatil tutanağı düzenlenip 19.04.2001 de de inşaatın projeye aykırı ve kaçak kısımlarını yakılmasına karar verilmiştir. Her iki tarihten önce davacı arsa sahiplerince imzalanan ve imzası inkar olunmayan 05.03.1999 tarihli sözleşmede inşaatın projesine aykırı yapılmasına muvafakat verilmiş ve bu durumun kendi lehlerinde olduğu kabul edilmiştir... bu belgeler karşısında her iki tarafında da inşaatın kaçak yapılmasına göz yumduğu ve bu yüzden doğacak zararları kabullendikleri sonucuna varılmaktadır. Davanın reddine gerekir.* (Bknz. İBD, 2009/3)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki taraf vekillerince vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlık 18.06.1997 tarihli inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacılar arsa sahipleri davalı ise yüklenicidir. Davada arsa sahibi olan davacılar inşaatın projesine uygun hale getirilmesini, gecikmeden doğan zararın tazmininin talep ve dava etmişler mahkemece gecikmeden doğan kira alacağının tahsiline, diğer istemlerin is reddine 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 davacı arsa sahiplerinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalı Selahattin'in temyiz itirazlarına gelince;

Dava konusu inşaatın projesine uygun yapılmadığı ve bu yüzden ilgili belediyece 21.12.2000 tarihinin de yapı tatil tutanağı düzenlenip, 19.04.2001'de de inşaatın projeye aykırı ve kaçak kısımlarının yıkılmasına karar verilmiştir. Her iki tarihten önce davacı arsa sahiplerince imzalan ve imzası inkar olunmayan 05.03.1999 tarihli sözleşmede inşaatın projesine aykırı yapılmasına muvafakat verilmiş ve bu durumun kendi lehlerinde olduğu da kabul edilmiştir. Yine 09.01.2002 tarihli taahhütnamede arsa sahipleri inşaatın bu şekilde yapılması nedeniyle yükleniciden bir hak talep etmeyeceklerini açıklamışlardır. Bu belgeler karşısında her iki tarafın da inşaatın kaçak yapılmasına göz yumduğu ve bu yüzden doğacak zararları kabullendikleri sonucuna varılmaktadır. Esasen Belediyenin kaçak kısımların yakılmasına ilişkin kararının idare mercilerce resen infazı gerekeceğinden mahkemece yerinde olmayan tüm dava reddedilmek üzere kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ : Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davacıların temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 26.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1420 **K:** 2009/1294 **T:** 09.03.2009

TAŞINMAZ HUKUKU • ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • SÖZLEŞMEYE AYKIRI İNŞAAT • YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜ

Özet: *Arsa payı inşat sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, inşaatı sözleşme ve eklerine ruhsat ve tasdikli projesiyle imara uygun olarak tamamlayıp sahibine teslim etmektir.*

Sözleşmeye ve projeye aykırı inşaat yapılması halinde. Bu konuda tadilat projesi alınmak ya da yıkım yapılmak suretiyle inşaatın yasal hale getirilmesi çaraleri araştırılmalıdır.

Öte yanadn hukuken geçerli teslim gerçekleşmediğinden yüklenici temerrüdü oluştuğu dikkate alınmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin fshi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine dair verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

2- Davacının temyiz itirazlarına gelince;

Yanlar arasında biçimine uygun olarak düzenlenen 05.09.1986 tarihli sözleşme ile davalı yüklenici davacıya ait arsa üzerinde kat karşılığın inşaat üstlenmiş, %50'şer paylaşım kararlaştırılmış, 3. maddede teslim iskan koşuluna bağlanmış, 13. maddede de inşaatın sözleşmesi tarihinden itibaren 30 ay içinde iskanı arsa sahibine teslim edileceği kabul edilmiştir. Arsa payı inşaat yapım sözleşmeleri gereğince yüklenicinin asıl borcu, inşaatı sözleşme ve eklerine ruhsat ve tasdikli projesi ile imara uygun olarak tamamlayıp arsa sahibine teslim etmektir. Dosya kapsamındaki delillerden iskan ruhsatının henüz alınmadığı, sözleşmede 10 bağımsız bölüm öngörülmesine rağmen, 12 bağımsız bölüm yapıldığı ve bir kısım projeye aykırı imalatlar bulunduğu ve inşaatla ilgili yapı tatil tutanaklarının düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece ilgili belediyesinden yapılan inşaatla ilgili Belediye İşlem dosyasının getirelerek gerekirse mahallinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle inşaattaki sözleşme, tasdikli proje, inşaat ruhsatı ve imara aykırılıkların tadilat ruhsat ya da projesi alınmak ya da bu kısımlar yıkılmak suretiyle giderilmesinin mümkün olup olmadığı saptanarak, mümkün olması halinde davalı yükleniciye inşaatın yasal hale getirilmesi ve iskan ruhsatının alınması için bir süre verilerek bunun sonucuna uygun bir karar verilmesi, inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde teslim iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukuken geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bendde açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının reddine, (2.) bent uyarınca davacının temyiz itirazlarının ka-

bulü ile hükmün davacı yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1.60.-TL. temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 09.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

YARGITAY
16. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3004 **K:** 2008/6532 **T:** 21.10.2008

TİCARET HUKUKU • KOOPERATİF ÜYELİĞİ • TAPU İPTALİ • BEKLETİCİ MESELE • DAVADA SIFAT

Özet: *Kooperatif üyeliğine dayanan tapu iptali ve tescil davasında, üyeliğin tespiti için açılmış olan diğer davanın sonucunun beklenmesi gerekir.*

Sıfat, davada tarafların davaya konu subjektif dava hakkının bulunup bulunmadığının belirler ve mahkemece re'sen dikkate alınır.

Taraflar arasında, kooperatif üyeliğine dayalı tapu iptali ve tescili istemine ilişkin dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi istenilmekle; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyesi olduğunu, ancak kendisine daire verilmediğini ileri sürerek, F Blok 5 no'lu dairenin tapusunun iptaliyle, müvekkili adına tescilini talep ve dava etmiştir. Davalı kooperatif vekili, davacının daha önce açılan davada üyeliğinin tespitine karar verilen kişilerden olmadığını, ayrıca davaya konu daireden mahkeme kararına dayalı olarak tahliye edildiğini ileri sürerek, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davalı kooperatif aleyhine daha önce açılan üyelik tespiti davasında toplanan deliller ile eldeki davada alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davacının imzası kabul edilen yazılı istifa dilekçesinin aksinin ispat edilemediği, ayrıca bir başka mahkeme kararıyla da reddine karar verilmiş; hüküm,davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kooperatif üyeliğine dayalı olarak dairenin tapusunun iptali ile üye adına tescili istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıdaki gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş ise de, yapılan araştırma, inceleme ve uygulama hükme yeterli bulunmamaktadır. İlke olarak,ortaklık hak ve sıfatına bağlı olarak açılan davalarda, yargılama sırasında bu sıfat sona erecek olursa, bu durumda mahkemenin davanın sıfat yokluğundan reddine karar vermekle yetinmesi gerekir. Sıfat, davada taraflardan birinin davaya konu sübjektif dava hakkının bulunup bulunmadığı ile ilgili bir husustur. Tarafların sıfatının yargılama sonuna kadar devam etmesi zorunludur. Bu husus mahkemece re'sen göz önünde bulundurulmalıdır. Bir davada, taraflardan birinin, davacı ya da davalı sıfatının (aktif ya da pasif husumet ehliyetinin) olmadığı belirlenirse, artık bu davanın esasının çözümüne girilme-

den, davanın husumet yokluğundan reddi gereklidir. (Bkz. Prof. Dr. B. Kuru, HMUK, I.c, İstanbul,1991, s. 756.vd.) Bu nedenlerle; somut olayda davacının kooperatif üyesi olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi kural olarak doğrudur. Ancak,mahkeme kararına esas alınan ve daha önce görülen davada 41 kişinin üyeliğine karar verilirken, davacının da aralarında bulunduğu bir çok kişi yönünden davada davacı olmadıkları için üyeliklerinin tespitine karar verilmesinin yanlış olduğu gerekçesiyle karar bozulmuştur. Bunun üzerine davacı ile beraber bir çok şahsın üyelik tespiti istemiyle açtıkları dava Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi'nin 2001/405 esas numarasında kayıtlı olup halen derdesttir. Bu davanın sonucunun beklenmesi gereklidir. Diğer yandan, hükme esas alınan müdahalenin önlenmesi davasında da tapu kaydının davacı kooperatif adına kayıtlı olmasına dayanılarak dava kabul edilmiş ise de, eldeki bu davada tapu kaydına değil üyelik ilişkisine dayanılmaktadır. Hal böyle olunca, davacının açmış olduğu üyelik tespiti davasının sonucunun beklenmesi yerine, yetersiz gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8349 **K:** 2008/8228 **T:** 22.12.2008

İŞLETMENİN MUVAZAALI DEVRİ • DEFTER İNCELEMESİ

(İİK m. 331, 333/a)

Özet: *İşletmenin muvazaalı olarak başka bir işletmeye devredildiği iddia edilmiş ise de her iki şirkete ait defter ve belgeler üzerinde inceleme yapılmalıdır.*

İİK'in 331 ve 333/a maddelerine muhalefet etmek suçundan sanıklar Arif, Bekir, Bilgin, Mustafa ve Şenol'un ayrı ayrı beraatlerine karar verilmiş, hüküm yasal süresi içinde şikayetçi vekili tarafından temyiz edildiğinden, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın bozma istemli tebliğnamesiyle dosya daireye gönderilmiş olmakla, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okunarak, gereği görüşüldü.

SONUÇ: Müşteki taraf şikayet dilekçesinde, asıl borçlu Yıldırım Konfeksiyon'un İİK.'in 331 ve 333/a maddelerine aykırı olarak alacaklılarını zarara uğ-ratmak amacıyla H. Tekstik Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne devredildiğini iddia etmesi karşısında, bu devrin yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise alacaklıları zarara uğratmak maksadıyla yapılıp yapılmadığı hususlarının saptanabilmesi için her iki şirkete ait defter ve belgeler üzerinde karşılaştırmalı şekilde bilirkişi incelemesi yapılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumları belirlenmeden eksik araştırma ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi isabetsiz olup, hükmün kısmen istem gibi BOZULMASINA, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2280 **K:** 2008/5641 **T:** 22.12.2008

TAZMİNAT HUKUKU • DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI • ANNE VE BABAYA VERİLECEK OLAN DESTEK PAYLARI*

Özet: *Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken, bekar olarak ölen murisin yaşaması halinde evleneceği ve annesi ile babasına verdiği desteğin azalacağı belirtildiğine göre, bu kurala uygun şekilde hesaplama yapılmalıdır.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda verilen hükmün temyizen tetkiki davacılar Hasan, Şükriye, Murat, Özcan ve davalılar vekilince istenilmiş, davalı Güzel vekilince duruşma talep edilmiş olmakla, duruşma için tayin edilen 18.11.2008 Salı günü davacılar Hasan, Şükriye, Murat, Özcan vekili ve davalı Murat Paşa Belediye Başkanlığı vekili geldi, diğer davalılar vekili gelmedi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar Avukatları dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmış olup dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalı tarafa ait araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile meydana gelen kazada desteklerinin öldüğünü açıklayıp, fazlaya dair haklarını saklı tutarak, davacılar Hasan ve Şükriye için ayrı ayrı 75.000,00.'er -TL. manevi, 2.500,00.'er -TL. destekten yoksun kalma tazminatının, Murat ile Özcan için 50.000,00.'er -TL., Durkadın için 20.000,00.-TL. manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (davalı sigorta şirketinden sigorta poliçesi limiti ile sınırlı olarak) tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davacılar vekili ıslah ile maddi tazminat talebi miktarı toplamını davacı Hasan için 6.216.59.-TL.'ye Şükriye için 6.876,75.-TL.'ye yükseltilmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili cevap dilekçesiyle, manevi tazminattan sorumlu olmadıklarını, temerrüde düşürülmediklerini, gerçek zararın ispat edilmesi gerektiğini, davanın reddini savunmuştur.

(*) Gönderen: Av. Erol ZEYBEKOĞLU / Antalya Barosu

Davalı Güzel vekili cevap dilekçesiyle, kusurun motorsiklet sürücüsü olan ölende olduğunu, taleplerin fahiş bulunduğunu, davanın reddini savunmuştur.

Davalı Belediye Başkanlığı vekili cevap dilekçesiyle, ölenin ehliyetsiz ve hızlı araç kullandığını, kusurun da ölende olduğunu, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; davanın kısmen kabulü ile, davacı Hasan için 6.216.59.-TL. maddi 30.000.00.-TL. manevi, Şükriye için 6.876,75.-TL. maddi, 30.000,00.-TL. manevi, Murat ile Özcan için ayrı ayrı 15.000,00.'er -TL. manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen (davalı sigorta şirketi sadece maddi tazminatlardan dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ve poliçe limiti ile sorumlu olarak) tahsiline verilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekili ve davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1- Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının ve tazminata ilişkin hesaplamanın hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına ve manevi tazminatın takdirine B.K.'nun 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına göre davacılar vekilinin tüm, davalı Güzel vekilinin ve davalı Belediye Başkanlığı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair, temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Tazminat bilirkişisi, bekar olarak ölen davacıların murisinin yaşaması halinde evleneceğini ve annesi ile babasına olan desteğinin azalacağını belirmiş ise de, bu durumu raporun hazırlanmasında ve destek oranlarının belirlenmesinde dikkate almaması doğru olmamıştır. Bu konuda bilirkişiden ek rapor alınmadan eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- Kabul edilen maddi tazminat nedeni ile davacılar yararına 1.571,20 -TL. nisbi ücreti vekalete hükmedilmesi gerekir iken 15712.-TL. ücreti vekalete hükmedilmesi de doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin tüm, davalı Güzel vekilinin ve davalı Belediye Başkanlığı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2-3 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Güzel vekilinin ve davalı Belediye Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, 550,00.-TL. duruşma vekalet ücretinin davacılar Hasan, Şükriye, Murat ve Özcan'dan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı Murat Paşa Belediye Başkanlığı'na verilmesine, davalı Güzel duruşmada vekille temsil olunmadığından yararına

vekalet ücreti taktirine yer olmadığına, aşağıda dökümü yazılı 14.00.-TL. peşin harcın onama harcından mahsubuna, eşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Belediye ve Güzel'e geri verilmesine 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2434 **K:** 2008/5713 **T:** 23.12.2008

YARGITAY BOZMASI • BOZMA DIŞINDA KALAN BÖLÜM • KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

Özet: *Yargıtay bozmasından önce Yerel Mahkemece verilen ilk kararda belirlenen hasar bedeli Yargıtay bozması dışında kaldığından; bu konuda davalılar lehine kazanılmış hak olduğu dikkate alınarak, bozmadan sonra yeni kurulan hükümde bu husus gözetilerek karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı Ali adına kayıtlı, davalı Levent idaresinde bulunan aracın, müvekkiline ait araca çarpması nedeniyle araçta 17.599.652.816.-TL. zarar meydana geldiğini, davalıya ait aracın sigorta şirketi tarafından 2.000.000.000.-TL. ödeme yapıldığını ileri sürerek, 15.599.652.816.-TL. hasar bedelinin, kaza tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesiyle, davacıya ait araçta meydana gelen hasar bedelinin davacının kasko sigorta şirketi tarafından ödendiğini, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece Yargıtay bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile; 9.439.774.330.-TL. tazminatın, 14.9.2002 kaza tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve mütesel-

silen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlere ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine göre davalılar vekilinin aşağıda bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Mahkemece verilen 9.11.2005 tarih 2003/527E-2005/353 K. Sayılı karar ile davacıya ait araçta 15.255.206.394.-TL. hasar bedeli belirlenmiş davalıların %65 kusur oranına göre 9.915.884.156.-TL. dan sorumlu ol-duklarına karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dairemizin 27.11.2006 tarih 2006/5227E. 8681K Sayılı ilamı ile tazminatın hesaplanmasına ilişkin temyiz itirazları reddedilmiş, kusur oranları arasındaki çelişkinin gider-ilmesi ve davalıya ait aracın zorunlu mali sorumluluk sigorta şirketi tarafından yapılan 2.000.000.000.-TL. ödemenin mahsup edilmesi için hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sırasında, kusur oranları ara-sındaki çelişkinin giderilmesi için bilirkişi raporu alınmış davalıların %65, davacının ise %35 oranında kusurlu oldukları, araçta meydana gelen hasar bedeli ise 12.12.2007 tarihli ek rapor ile 17.599.652.816.-TL. olarak belirlenmemiş, kusur oranı ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme de mahsup edilerek 9.439.774.330.-TL. nin tahsiline karar verilmiştir. Ancak Mahkemece verilen ilk karar ile belirlenen 15.255.206.394.-TL. hasar bedelinin hesaplanmasına ilişkin temyiz itirazları reddedildiğine göre bu hususta davalılar yararına usuli kazanılmış hak oluşmuş ve tazminat miktarı bozmanın kapsamı dışında kaldığından kesinleşmiştir. Bu hale göre kesinleşen 15.255.206.394.-TL. üzerinden davalıların %65 kusur oranına göre hesaplama yapılarak davalıların sigorta şirketi tarafından ödenen 2.000.000.000.-TL. nin mahsubu ile kalan 7.915.884.156.-TL.'nin tahsiline karar verilmesi gerekirken, davalılar yararına oluşan usuli kazanılmış hak gözetilmeden fazlaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA**, ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2869 **K:** 2008/5694 **T:** 23.12.2008

TAZMİNAT HUKUKU • APARTMAN DUVARININ YIKILMASI • KOMŞU OTOPARKA VERİLEN ZARAR • İNCELEME YÖNTEMİ*

(818 SK m. 58; TTK m. 1301)

Özet: Mahkemece raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve bilirkişi raporunda Kaptan Apartmanı'na ait bölümdeki toprağın suya doygun hale gelmesinin duvarın yıkılmasına neden olduğu belirtildiğine göre, toprak yapısının ve zemin özelliklerinin duvarın yıkılmasına etkisi; otopark işletmesi tarafından duvarın dayandığı toprak tabakasının kaldırılmasının zemine etkisi ve duvarın dengesini etkileyip etkilenmediği gibi hususlarda Üniversitelerin ilgili bölümlerden seçilecek zemin etüdü konusunda uzman Jeoloji Mühendisi ve statik konusunda uzman İnşaat Mühendisi bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyetinden ayrıntılı, denetime açık ve gerekçeli rapor alınarak davalıların kusur oranlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda, kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde Kaptan Apartman malikleri vekili ve davalılar Can ve Cem vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili dava dilekçesiyle, müvekkili şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı aracın, davalılar Can ve Cem tarafından işletilen otoparkta park halinde iken, diğer davalıların maliki olduğu apartmanlara ait duvarın yıkılması nedeniyle hasar gördüğünü, sigortalıya hasar bedeli karşılığı 30.00.-TL. ödendiğini, 18.700.-TL. sovtaj bedelinin mahsubu ile birlikte kalan 11.300.-TL.'nin ödeme tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

(*) Gönderen: Av. Hakan SÖNMEZ

Davalılar Can ve Cem vekili, diğer davalıların maliki bulunduğu Kaptan ve Birtek Apartmanlara ait duvarın yıkılması nedeniyle hasarın meydana geldiğini, müvekkillerinin sorumlu olmadığını davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalılar vekilleri ayrı ayrı, davalılar Can ve Cem tarafından işletilen otoparkta yapılan çalışmalar nedeniyle duvarın yıkıldığını, sorumlulukları bulunmadığını davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, 840 ada 6 parselde bulunan Birtek Apt. maliklerine yöneltilen davanın subut bulmadığından reddine, 840 ada 5 parsel sayılı taşınmazda bulunan Kaptan Apartmanı malikleri ve davalılar Can ve Cem aleyhine açılan davanın kabulü ile 11.300.-TL. tazminatın davalı kaptan Apartmanı malikleri hisseler oranında sorumlu olmak üzere 24.2.2004 tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte Kaptan Apartman malikleri Can ve Cem'den müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, Kaptan Apartman malikleri vekili ve davalılar Can ve Cem vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davalılara ait Kaptan Apartmanı ve Birtek Apartmanlarına ait ortak duvarın, davalılar Can ve Cem tarafından işletilen otoparkta bulunan araçların üzerine yıkılması nedeniyle araçlarda meydana gelen zararın sigorta şirketi tarafından giderilmesine yönelik TTK.1301. maddesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir.

1- Mahkemece alınan 15.11.2005 tarihli bilirkişi raporunda, Kaptan Apartmanı maliklerinin zeminin toprak olması nedeniyle suya doygun hale geldiği, su basıncının da etkisi ile duvarın taşıma kapasitesinin üzerine çıkarak yıkılmasına neden olduğu belirtilerek kusurlu oldukları sonucuna varılmıştır. Anılan raporda davalı Birtek Apartmanı maliklerinin kusurlarının bulunmadığı, otopark işletmesinin duvarın dayanağı olan toprak tabakasını almasının, duvarın yıkılmamasına etkisi olmadığı belirtilerek Kaptan Apartmanı malikleri sorumlu tutulmuş, 20.11.2006 tarihli ek rapor ile de Kaptan ve Birtek apartmanı maliklerinin sorumlulukları hisseleri oranında belirtilmiştir. Bu durumda, raporlar arasında çelişki meydana gelmiştir. Mahkemece raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve bilirkişi raporunda Kaptan Apartmanı'na ait bölümdeki toprağın suya doygun hale gelmesinin duvarın yıkılmasına neden olduğu belirtildiğine göre, toprak yapısının ve zemin özelliklerinin duvarın yıkılmasına etkisi; otopark işletmesi tarafından duvarın dayandığı toprak tabakasının kaldırılmasının zemine etkisi ve duvarın dengesini etkileyip etkilenmediği gibi hususlarda Üniversitelerin ilgili bölümlerden seçilecek zemin etüdü konusunda uzman Jeoloji Mühendisi ve statik konusunda uzman İnşaat Mühendisi bilirkişi-

lerden oluşan bilirkişi heyetinden ayrıntılı, denetime açık ve gerekçeli rapor alınarak davalıların kusur oranlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli görülmemiştir.

2- Kabul şekli yönünden; mahkemece hükmedilen tazminattan, Kaptan Apartmanı maliklerinin payları oranında sorumlu tutulmaları ve her birinin sorumlu olduğu miktarın belirtilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Kaptan Apartmanı malikleri vekili ve davalılar Can ve Cem vekilinin temyiz itirazlarının kabulünü ile hükmün BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Kaptan Apartmanı malikleri ve Can ve Cem'e geri verilmesine 23.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4843 **K:** 2007/7381 **T:** 17.09.2007

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU •
KAT MÜLKİYETİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIK •
GÖREVLİ MAHKEME*

(1086 SK m. 7/son)

Özet: *Kat mülkiyeti yasasından doğan her türlü anlaşmazlık miktar ve değere bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemelerinde çözümlenir.*

Dava dilekçesinde tapu kaydının düzeltilmesi istenilmiştir. Mahkemece husumet nedeniyle reddine karar verilmiş hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava, kat mülkiyetli ana taşınmazda bodrum katta ortak yer olarak bırakılan deponun 1 nolu bağımsız bölüme eklenti olarak yazılması istemine ilişkindir.

Kat Mülkiyeti Yasası'nın Ek. 1. maddesi hükmüne göre bu yasadan doğan her türlü anlaşmazlık -miktar ve değerine bakılmaksızın- Sulh Hukuk Mahkemelerinde çözümlenir. Yasanın bu buyurucu hükmü karşısında HUMK'un 7. maddesinin son fıkrası uygulanamayacağından davaya Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.9.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 03.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Dergimizin 2008/3. ve 2008/5. sayılarında yayımlanan Yargıtay 18. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5818 **K:** 2008/11983 **T:** 13.11.2008

**KAT MÜLKİYETİ HUKUKU •
KAT MALİKLERİ KURULU KARARININ İPTALİ •
KARARI İMZALAYAN KAT MALİKİNİN AÇTIĞI DAVA •
DÜRÜSTLÜK KURALI**

Özet: *İptale konu edilen "Kat Malikleri Kurulu Kararında" imzası bulunan kat malikinin açmış olduğu iptal davasının Türk Medeni Yasası'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı düştüğü kabul edilmelidir.*

Dava dilekçesinde, otopark olarak kullanılan bahçesinin eski hale getirilmesi istenmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm bir kısım davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dikekçesinde; kat mülkieatli anataşınmazın bahçesinin, davalılar tarafından onaylı mimari projesine ve vaziyet planına aykırı olarak zemindeki toprağı ve çiçekler kaldırılarak kısman beton dökülmek suretiyle otopark haline getirildiğini, bahçe duvarı yıkılarak uzaktan kumandalı otomatik demir kapı takılmak suretiyle değişiklik yapıldığını ileri sürerek elatmanın önlenmesini, otoparkın bahçe olarak düzenlenmesini, bahçe duvarının ördürülmesini, yapılan tesis ve değişikliğin eski hale getirilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; kat mülkiyetli anataşınmazda 12 bağımsız bölüm bulunduğu, malik sayısının ise 11 olduğu, anataşınmazın kat malikleri kurulunca 12.10.1997 günü yapılan toplantıda anataşınmazın bahçesinin otopark haline dönüştürülmesinin kararlaştırıldığı, bu kararın davacı Mustafa Yeşilgül'de dahil olmak üzere 11 bağımsız bölümü temsilen 7 kişi tarafından imzalandığı anlaşılmaktadır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre kat maliklerinden biri tüm kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anataşınmazın ortak yerlerinde onarım, tesis ve değişiklik yaptıramaz. Yasanın bu buyurucu hükmü dikkate alınarak anataşınmazın bahçesinin otoparka dönüştürülmesine ilişkin alınan kararda beşte dört ço-

ğunluk bulunmamakta ise de anılan kararda davacı Mustafa'nın da imzası mevcut olduğundan böyle bir dava açmakla Türk Medeni Yasası'nın 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına uyulmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 13.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/465 **K:** 2009/1456 **T:** 23.02.2009

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK ALANLAR • BAHÇE OLARAK ÖZGÜLENEN YER • AMACA UYGUN KULLANMA

(634 SK m. 19, 42)

Özet: *Kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anataşınmazın ortak yerlerinde inşaat, onarım tesis veya değişiklik yapılmaz.*

Onaylı projede bahçe olarak özgülenmiş olan ortak alanda yapılacak değişikliklerin ve tesislerin salt bahçe amacına yönelik olması gerekir. Bahçe olarak özgülenen ortak alana jenaratör tesisi kurulmasının bahçe olarak kullanma amacına aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Dava dilekçesinde 15.11.2005 tarihli jenaratörün tesisi ile ilgili Kat Malikleri Kurulu Kararı'nın iptali ve tesis edilen jeneratörün sökülmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın davacı Haluk yönünden aktif husumet yokluğundan reddine, diğer davacılar yönünden de reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacılar dava dilekçesinde 15.11.2005 günü toplanarak almış oldukları Kat Malikleri Kurulu Kararı uyarınca ana taşınmazın ortak yeri olan bahçeye, yangın merdiveninin acil tahliye yolu kenarına jeneratör yerleştirdiklerini ileri sürerek anılan tarihli Kat Malikleri Kurulu Kararı'nın iptalini, jeneratörün sökülerek ortak alanın eski haline getirilmesini istemiş, mahkemece anataşınmaza jeneratör kurmanın günümüz şartlarında gerekli olduğu Kat Mülkiyeti Kanunu'na aykırılık teşkil etmediği ve davanın kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça ana taşınmazın ortak yerlerinde inşaat, onarım, tesis ve değişiklik yaptıramaz. Öte yandan aynı yasanın 42. maddesinde de kat maliklerinin ana taşınmazın ortak yerlerinde kendi başlarına bir değişiklik yapamayacakları, ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün yenilik ve ilavelerin kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine gerçekleşeceği öngörülmüştür.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden olay yerinde mahkemece yapılan keşif sonucu düzenlenen 06.08.2007 günü bilirkişi raporu içeriğinden; 14 kattan ibaret anataşınmazın arka kısmındaki bahçeye bir jeneratörün yerleştirilmiş olduğu, elektrik kesilmelerinde bundan yararlanıldığı, onaylı mimari projede ve çevre düzenleme planında anataşınmazın bahçesinde jeneratör yerinin ayrılmadığı anlaşılmıştır. Onaylı mimari projede bahçe olarak özgülenmiş bir ortak alanda yapılacak değişikliklerin ve kurulacak tesislerin salt bahçe amacına yönelik olması ve bununla ilgili olarak daha çok yararlanmayı ve elde edecek faydayı çoğaltmaya yönelik bulunması gerekir. Bahçe olarak özgülenen bu ortak alanın bir bölümünün jenaratör tesisi kurmak suretiyle kısmen işgal edilmesi, bahçe olarak kullanma amacına aykırı bulunduğu gibi buradan yararlanmayıda önemli ölçüde kısıtlanmaktadır. Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi davalıların kurmuş oldukları jenaratörün Kat Mülkiyeti Yasasının 42. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği hususu mahkemece dikkate alınarak öncelikle beşte dört çoğunlukla bahçeye jenaratör yerleştirilmesi konusunda anataşınmazın kat malikleri kurulunca alınmış bir karar bulunup bulunmadığı, böyle bir karar alınmışsa bunun, diğer yönleriyle yasaya aykırılık teşkil edip etmediği araştırılarak oluşacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi ve bunun sonucu olarak da jennaratör tesisinin sökülüp söküllmeyeceği konusunda hüküm kurulması gerekirken hukuki olmayan gerekçeyle ve eksik inceleme ile davanın reddi yolunda karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7441 **K:** 2007/1335 **T:** 15.02.2007

KAMBİYO HUKUKU •
BONONUN VERİLİŞ NEDENİ •
SENEDİN TALİLİ • KANIT YÜKÜMÜ

Özet: *Bononun ihdas nedeni bölümünde "nakden" yazılmış olup, davacı senedin mal karşılığında verildiğini ileri sürerek senedi talil etmiştir. Bu durumda ispat külfeti davacıya düşer.*

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı M. Murat vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davacı şirket ile davalılardan M. Murat arasında 17.02.2004 tarihinde akdedilen sözleşme ile adı geçen davalıdan makineler satın alındığını, toplam bedelin 95.000.000.000.-TL. olduğunu, sözleşmeye göre 20.000.000.000.-TL.'nin peşin ödenip, bakiye borç içinde senet verildiğini, davacının edimini yerine getirdiği halde davalının sattığı 2 adet forklifti teslim etmediğini, bu makinenin diğer makinelerin beyni olup yenisinin değerinin 100.000.000.000.-TL. civarında, 2. el değerinin de 35.000.000.000.-TL. civarında olduğunu, davalı M. Murat elinde ileri vadeli senetler olup, sattığı forkliftleri teslim etmediğinden 20.09.2004 vadeli senedin ödenmeyip, menfi tesbit davası açıldığı gibi davalının 20.10.2004 vadeli senedi diğer davalıya kötü niyetli olarak ciro ettiğini belirterek 20.10.25004 vadeli, 7.500.000.000.-TL. bedelli senet bedeniyle borçlu olunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M. Murat vekili, ileri sürülen iddia ve olayla davaya konu senedin hiçbir ilgisinin olmadığını, senedin nakden düzenlendiğini, senetteki imzaya, şekil şartına, senetteki kayıtlara itiraz edilmediğini, kaydın aksinin savunulmasının senedin tahlili anlamına gelip, kanıt yükünün davacıya ait olduğunu, bunun da yazılı delille ispatlanması gerektiğini, cironun usulünce yapıldığını bildirerek davanın reddi ile tazminata karar verilmesini talep etmiş, diğer davalı şirket davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere göre, davanın kabulüne, davacının keşidecisi, davalı M. Murat'ın lehdarı ve cirantası, hamili

diğer davalı şirket olan, 20.10.2004 vade tarihli, 7.500.00.-TL. bedelli senetten dolayı davacının davalılara borçlu olamdığını tespitine, tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiş, hüküm davalılardan M. Murat tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bononun ihdas nedeni bölümünde "*nakden*" yazılıdır. Davacı bononun mal karşılığı düzenlendiğini ileri sürerek senedin ihdas nedenini tahlil etmiştir. Bu durumda ispat külfeti davacıda olup, iddiasının yazılı delille ispatı gerekir. davacının delil olarak dayandığı sözleşmede çeklerden söz edilmiş ise de, bonodan bahsedilmemiştir. Başka bir anlatımla dava konusu bononun anılan sözleşme ile ilgisi saptanamamıştır.

Mahkemece bu yönler gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2503 **K:** 2007/6485 **T:** 21.06.2007

İFLAS HUKUKU • İFLAS DAVASI • BORÇLUNUN MAHKEMECE DİNLENMESİ ZORUNLULUĞU

Özet: *Türkiye'de yerleşim yeri veya mümessili bulunan borçlu dinlenmek üzere mahkemeye çağırılmadan iflas kararı verilmesi doğru değildir.*

Taraflar arasındaki iflas davasının yapılan yargılama sonunda ilamla nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde dava vekilince yemyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Dava, ilama bağlı borcun icra emri tebliğine rağmen ödenmediği iddiasına dayalı doğrudan iflas davasıdır.

Mahkemece yapılan yargılamaya ve toplanan delillere göre davalının iflasına karar verilmiş hüküm davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalı yanca takip dayanağı ilam hakkında tehir-i icra kararı alınmamış olması karşısında ilamın kesinleşmiş olmasına gerek bulunmaksızın iflas kararına esas alınmasında bir isabetsizlik görünmediğinden davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- İcra ve İflas Kanunu'nun 177. maddesinin 2. fıkrasına göre doğrudan davalarında Türkiye'de bir yerleşim yeri veya mümessili bulunan borçlu, dinlenmek için bir müddetle mahkemeye çağrılır. Mahkemece bu hüküm gereği yerine getirilmeksizin şekilde karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda 1 sayılı bentte açıklanan nedenle davalı şirket vekilinin diğer temyiz itirazlatının REDDİNE, 2 sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 21.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7075 **K:** 2007/10963 **T:** 06.12.2007

İCRA HUKUKU • FATURA BEDELİ •
LİKİT ALACAK • İCRA İNKAR TAZMİNATI

(İİK m. 67/2)

Özet: *Fatura bedellerinin tahsiline yönelik takipte alacağın likit olduğu kabul edilerek icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya iplik satıp teslim ettiğini, satıma ilişkin olarak düzenlenen fatura bedellerinin ödenmemesi üzerine girişilen takibe davalının haksız olarak itiraz ettiğini belirterek itirazın iptali ile % 40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın esası hakkında bir beyanda bulunmamıştır.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının davalıya mal satıp teslim ettiği, ancak davalının mal bedelini ödemediği, bu nedenle davacının davalıdan alacaklı olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, davacının tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Alacağın likit (hesap edilebilir) niteliği nedeni ile İKK.'in 67/2. maddesi uyarınca davanın kabul edilen bölümü üzerinden davacı yararına tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde bu talebin reddinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 no'lu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 no'lu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 06.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/5418 **K:** 2009/354 **T:** 23.01.2009

TEMERRÜT İHTARI • BORÇLUYA TANINAN SÜRE • TEMERRÜDÜN OLUŞMASI

Özet: *Davalıya gönderilen ihtarda tebliğden itibaren 3 gün içinde ödeme yapılması talep edilmiş olmakla, ihtarda tanınan 3 günlük sürenin sonunda temerrüt doğmuş olacaktır. Faiz hesabında bu hususun dikkate alınması gerekir.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılama sonrasında ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili şirketten kumaş satın ve teslim alan davalının bedelini ödemediğini, alacağın tahsili için girişilen icra takibine de haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasına talep ve dava etmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin davalıdan takip tarihi itibariyle toplam 15.967,67.-TL. alacaklı olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı 19.07.2006 tarihli davalıya gönderdiği ihtarında, dava konusu cari hesap bakiyesi 15.229.07.-TL.'nin ihtarnamenin tebliğinden itibaren 3 gün içinde ödenmesini talep etmiş olmakla, bu ihtarın davalıya tebliğ tarihi ve tanınan üç günlük sürenin sonunda davalı temerrüde düşmüş olacaktır. Mahkemece bu yön gözardı edilerek 17.04.2006 tarihinden itibaren işlamiş faiz hesabı yapan bilirkişi raporunun hükme esas alınarak yazılı biçimde fazla işlemiş faize hükmolunması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 sayılı bentte açıklanan nedenlerle sair temyiz itirazlarının reddi ile, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 23.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
20. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11134 **K:** 2008/15720 **T:** 17.11.2008

ORMAN KADASTROSU • 2 B ARAZİSİ •
ŞAHIS ADINA TESCİLİN MÜMKÜN OLMAMASI

(6831 SK m. /2-B)

Özet: Çekişmeli taşınmazın orman vasfı ile Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekirken niteliği belirtilmeden hazine adına tesciline karar verilmesi doğru değil ise de, bu husus hükmün bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür. Bu sebeple, hüküm fıkrasının 1. bedin de "ve taşınmazın davacı maliye hazinesi adına tapuya kayıt ve tesciline" cümlesinin kaldırılarak bunun yerine "taşınmazın orman vasfı ile davacı hazine adına tapuya kayıt ve tesciline" cümlesinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilmesine karar verildi.

Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davasının yapılan duruşması sonunda kurulan hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı Halide vekili tarafından istenilmekle, süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Çekişmeli Bahçeköy Köyü 347 parsel sayılı taşınmaz 22.06.1955 tarih 26 sırada kayıtlı tapu kaydına dayanılan 5346,29 m^2 yüzölçümü ile 1997 yılında Halide adına tespit edilmiş olup halen tapuda aynı şekilde kayıtlıdır. Davacı Hazine taşınmazların 2/B madde uygulaması ile Hazine lehine orman sınırları dışına çıkarılan yerlerden olduğu iddiası ile dava açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne, 347 numaralı parselin tapu kaydının iptali ile hazine adına tapuya tesciline karar vermiş; hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dilekçesindeki açıklamaya göre dava, tapu iptali ve tescil davası niteliğindedir.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerden 1938 yılında 3116 Sayılı Yasa'ya göre yapılan ve kesinleşen orman tahdidi ile 14.09.1982 tarihinde ilan edilerek kesinleşen 1744 Sayılı Yasa ile değişik 2. madde uygulaması vardır.

Sarıyer, Bahçeköy, Alay mevkiinde yer alan 5346,29 m^2 yüzölçümünde, tarla niteliğindeki 347 parsel sayılı tanışmaz 22.06.1955 tarih ve 26 numaralı tapu kaydına göre, 1958 yılında yapılan tapulama çalışmalarında tapulama harici bakıldığı ancak 1976 yılında yapılan orman kadastro çalışmalarında ormanla ilsinin bulunmadığını, tapu kaydı ile Osman'ın zilyet ve tasarrufunda iken Halide'ye satıldığı bildirilerek 27.11.1997 tarihinde Halide adına tespit edildiği gözlenmiştir. Keşifte bilgisine başvurulan uzman Orman Bilirkişiler Kurulu raporlarında; dava konusu 347 parselin, 3116 Sayılı Yasa'ya göre 1938 yılında yapılan orman tahdidinde orman sınırları içinde bırakıldığını, Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.03.1975 tarih, 1958/218-91 sayılı kararı ile bu tahdidin iptal edildiğini, 1976 yılında yapılan aplikasyon ve 2.madde uygulamasında Asliye Hukuk Mahkemesi'nin sözü edilen kararının uygulanarak 2 no'lu or-man için parsel olarak tahdit sınırları dışında bırakıldığını, eğiminin %3-5, olduğu ve orman alanları ile çevrili bulunduğunu belirtmişlerdir.

Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü'nün 12.12.2006 günlü yazısında; Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1958/213 E., 1975/91 K. Sayılı dava dosyasının arşivde bütün aramalara rağmen bulunamadığı belirtilerek, karar kartonundan temin edilen ve kesinleşme şerhi bulunmayan karar dosyaya gönderilmiştir.

Kesinleşme şerhi bulunmayan, Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.03.1975 tarih, 1958/218-91 sayılı kararında, davacının Osman davalının Orman Yönetimi, davanın orman tahdidinin iptali ve elatmanın önlenmesi olduğu, mahkemece Sarıyer tapusunda kayıtlı cilt 32, sahife 96, sıra 26 sayılı Bahçeköy, Burunsuz yolunda bulunan tarlanın tümü ile ilgili orman tahdidinin iptaline ve davalının elatmasının önlenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İncelenen dosya kapsamına, kararın dayandığı gerekçeye, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.03.1975 tarih, 1958/218-91 sayılı dosyanın bulunamadığı, bu nedenle kararın dayanağı bir kroki yada haritanın olmadığı, karar kartonundan edinilen ve kesinleşip kesinleşmediği belli olmayan kararın infaz olanağının da bulunmadığı gibi, esasen dava konusu taşınmazın konumu, mahkeme kararındaki tanıma da uymamaktadır. Mahkeme kararı sınırları gerçek kişiyi de gösteren bir taşınmaza aittir. Oysa, taşınmazın tüm çevresi devlet ormanı ile çevrilidir. Orman Kadastro Komisyonu'nca, çok büyük yüzölçümlü orman içerisindeki bir nokta halinde olan dava konusu yere ilişkin, önceki mahkeme kararını kabul ederek, taşınmazın tahdit dışında bırakılması doğru değildir. Kaldı ki; dava konusu taşınmazın dört tarafı orman ile çevrili, 6831 Sayılı Yasa'nın 17/1-2 maddesi gereğince orman içi açıklığı konumundadır. Açıklanan nedenlerle 3116 Sayılı Yasa'ya göre, 1938 yılında orman tahdit sınırları içinde bulunan

taşınmaza ilişkin Hazinenin davasının kabulü ile tapu kaydının iptali ile Hazine adına tescile karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak; çekişmeli taşınmazın orman vasfı ile Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekirken niteliği belirtilmeden hazine adına tesciline karar verilmesi doğru değil ise de, bu husus hükmün bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür. Bu sebeple, hüküm fıkrasının 1. bedin de "*ve taşınmazın davacı maliye hazinesi adına tapuya kayıt ve tesciline*" cümlesinin kaldırılarak bunun yerine "*taşınmazın orman vasfı ile davacı hazine adına tapuya kayıt ve tesciline*" cümlesinin yazılması suretiyle hükmün düzeltimesine ve HYUY.'nin 438/7. maddesine göre bu düzeltilmiş şekliyle ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine 17/11/2008 günü oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1252 **K:** 2005/4081 **T:** 19.04.2005

**İŞ HUKUKU • ASIL İŞVEREN •
ALT İŞVEREN • İŞ KAZASI • ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU**

Özet: *Davacı işçinin taşeron şirketin işçisi olarak münhasıran asıl işverene ait işyerinde çalıştığı, asıl işverene ait işi yaptığı, asıl işverenin yapılan işi denetlediği ve mesai saatlerini belirlediği dikkate alındığında; söz konusu işyerinde meydana gelen iş kazasından asıl işverenin de sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır.*

Davacı iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, davanın husumet nedeniyle reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, iş kazası sonucu maluliyet nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Dava dilekçesinde, davalı M. Türk A.Ş.'den hurda atık sözleşmesi ile hurda atıkları toplayarak satın alan dava dışı Y. Kağıt Tic. San. Ltd. Şti.'nin işçisi olarak çalışırken davacının hurda atıkları preslerken eldiveninin ucunu pres makinesine kaptırarak sol kolundan yaralandığını ileri sürmektedir.

Mahkemece, davacının, dava dışı Y. Kağıt Tic. San. Ltd. Şti.'nin işçisi olarak çalıştığı ve davalı M. Türk A.Ş. arasında hizmet akdi bulunmadığı gerekçesi ile husumet nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesindeki 6. fıkrası gereğince "*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerin sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı*

işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide alık işveren ..... alt işveren ile birlikte sorumludur."

Dosya içeriğine göre, dava dışı Y. Kağıt Tic. San. Ltd. Şti.'nin davalı M. Türk A.Ş.'den hurda atık sözleşmesi ile hurda atıkları toplayarak satın aldığı, davacının da dava dışı anılan firma işçisi olarak çalıştığı sabittir. mahkemece, kazanın meydana geldiği yer ve oluşum şekli açıklığa kavuşturulduktan sonra, kaza, davacının iddia ettiği gibi davalıya ait depoda çalışırken meydana gelmiş ise, hurda atık sözleşmesi uyarınca, davalı M. Türk A.Ş.'nin davalıya ait işyerlerinde çalışan işçilerin mesai saatlerini belirlediği, çalışmayı denetim ve kontrol yetkisinin bulunduğu ve davacının davalıya ait işyeri ve eklentilerinde münhasıran çalıştığı, böylece davalı M. Türk A.Ş.'nin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası anlamında üst işveren olduğu tartışmasız olduğundan yöntemince işin esasına girilip tüm deliller toplanıp sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 19.04.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/162 **K:** 2007/21687 **T:** 03.12.2007

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU • YURTDIŞI BORÇLANMASI • AYNI ANDA İKİ AYRI SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNDA YAŞLILIK AYLIĞI ALMASINA YASACA ONAY VERİLMEDİĞİ*

Özet: *Davacı 3201 Sayılı Yasa'ya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun, 01.02.2004 tarihi itibarı ile yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ile aksi yöndeki kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.*

(*) Gönderen: Av. Özlem BERKSUN / İstanbul Barosu Avukatlarından

Davacının yurtdışında 31.01.2004 tarihinden sonra işsizlik yardımı almadığı anlaşıldığından ve bu durum yurda kesin dönüş yaptığına karine olduğundan, aksi davalı kurumca iddia ve ispat edilemediğinden davacının bu tarihi takip eden aybaşı olan 01.02.2004 tarihinde yurtiçi çalışmaları ve 3201 Sayılı Yasa gereğince yaşlılık aylığına hak kazandığı açık ise de bir sigortalının aynı anda iki ayrı SG Kurumu'ndan yaşlılık aylığı almasına cevaz verilmediğinden mahkemece bu konuda araştırma yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.

Davacı, 3201 sayılı yasaya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun, 1.2.2004 tarihi itibariyle yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbiti ile aksi yöndeki kurum işlerinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isyeüinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, davacının 3201 Sayılı Yasa'ya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun, 1.2.2004 tarihi itibariyle yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbiti ile aksi yöndeki Kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Mahkeme istemin kabulüne karar vermiştir.

Dosyadaki kayır ve belgelerden davacının 1.12.1960-30.8.1973 tarihleri arasındaki T.C. Emekli Sandığı'na, 1.3.1964-21.3.1966 tarihleri arasındaki askerlik süresini borçlanması sebebiyle 2.9.1987 tarihinde 3279 Sayılı Yasa gereğince SSK'na tescilinin yapıldığı, davcının Almanya'da geçen 12.1.1981-2.4.2003 tarihleri arasındaki çalışmalarını 3201 Sayılı Yasa'ya göre borçlandığı, yurda kesin dönüş yaptığını bildirmesi üzerine davalı kurumca davacıya 8000 gün yurtdışı borçlanması, 720 gün askerlik borçlanması, 1350 gün T.C. Emelki Sandığı hizmeti olmak üzere toplam 10070 gün üzerinde 1.6.2003 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı, davalı kurumca davacının yurtdışında 31.1.2004 tarihine kadar işsizlik ve hastalık yardımı aldığının ve yurda kesin dönüş yapmadığının öğrenilmesi üzerine, bağlanan aylığın iptal edilerek ödenen aylıkların borç olarak kaydedildiği, T.C.

Emekli Sandığı'nca davacıya 1.2.2004 tarihi itibariyle kısmı aylık (sözleşme aylığı) bağlandığının anlaşılması nedeniyle borçlanmasınında iptal edilerek borçlanma talep dilekçesi ve eklerinin 19.1.2006 tarihli yazı ile Emekli Sandığı'na gönderildiği görülmektedir.

Davacının yurtdışında 31.1.2004 tarihinden sonra işsizlik yardımı almadığı anlaşıldığından ve bu durum yurda kesin dönüş yaptığına karine olduğundan aksi davalı kurumca iddia ve ispat edilmediğinden davacının bu tarihi takip eden aybaşı olan 1.2.2004 tarihinde yurtiçi çalışmaları ve 3201 sayılı yasa gereğince yaşlılık aylığına hak kazandığı açık ise de bir sigortalının aynı anda iki ayrı sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı almasına yasaca cevaz verilmediğinden mahkemece bu konuda araştırma yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsiz olmuştur.

Yapılacak iş; T.C. Emekli Sandığı'ndan davacıya kısmi aylık bağlanmasına ilişkin tahsis dosyası ve ekleri getirilerek 3201 Sayılı Yasa'daki borçlanma için başvurulacak kurumlarda ilgili 3. madde ve 2829 Sayılı Yasa'nın aylık bağlanacak kurumla ilgili 8. maddesi hükümleri de gözetilerek çıkacak sonuca göre karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 3.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9100 **K:** 2008/10198 **T:** 01.07.2008

İŞ MAHKEMESİNDE AÇILAN DAVA • YETKİ KURALI • TÜZEL KİŞİNİN İKAMETGAHI • TİCARET SİCİLİ KAYITLARI*

Özet: *İş mahkemesinde açılan her dava, davalının ikametgahı sayılan yerde veya işçinin işini yaptığı yerde açılabilir. Bu kurala aykırı sözleşmeler geçerli sayılmaz.*

Şirketlere karşı açılacak olan dava Ticaret kanununda öngörülen esaslara göre belirlenir.

(*)Gönderen: Av. Erol ZEYBEKOĞLU / Antalya Barosu

Bu belirlemede dayanılacak olan unsur Ticaret Sicili Kayıtlarıdır.

Davacılar murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 138.698,12.-TL. maddi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılara verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve davalılardan A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş. vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.07. 2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalılardan A. A.Ş. vekili ile karşı taraf vekili geldiler. Diğer davalı adına kimde gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konu-şulup düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1 - Taraflar arasındaki iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle talep olunan maddi ve manevi tazminat istemine dair, mahkemece verilen 25.12.2007 tarihli karar, davalılardan T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. avukatı tarafından süresinde temyiz edilmiş olup, bilahere T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. avukatının vekaletnamesindeki yetkisine binaen temyiz talebinden feragat etmiş bulunduğundan T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. avukatının vaki temyiz talebinin feragat nedeniyle REDDİNE, temyiz harcının istek halinde ilgiliye isadesine,

2 - Davacı ile davalılardan A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş. avukatlarının temyizlarine gelince;

Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan işçinin davalılardan A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş. tarafından Antalya İli Manavgat İlçesi'nde yapılmakta olan otel inşaatında diğer davalı T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin işçisi olarak çalışmakta iken sürekli iş göremezliğe maruz kaldığı uyuşmazlık konusu değildir.

Uyuşmazlık, yöntemince yapılan yetki itirazı sonucu, yetkili mahkemenin belirlemesi noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı, belirgin olarak 5521 sayılı yasanın 5. maddesidir.

Anılan maddeye göre, İş Mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer

mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkememe de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Maddenin açık hükmüne göre davacının iki seçimlik hakkı vardır. Birincisi, davalıların Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde, diğeri de, işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede dava açılmasıdır. Somut olayda, davavının seçimlik hakkını yerinde kullanmadığı giderek yetkili mahkemede açılmadığı anlaşılmıştır.

Zararlandırıcı sigorta olayının Manavgat'ta meydana geldiği uyuşmazlık ve davalılardan A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş.'nin ikametgahının Antalya'da olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık diğer davalı T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti 'nin ikametgahının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Davalılar nitelikçe tüzel kişiliğe haiz ticaret şirketleridir. Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme ise TTK.'nın 155, 279, 506. maddeleri gereğince tüzel kişinin ikametgahının (merkezinin) bulunduğu yer mahkemesidir. Mahkemece T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ikametgahının Ankara'da olduğu kabul edilerek işin esasına girilmiş ide de, varılan bu sonuç hatalı olmuştur. Gerçekten T. İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ikametgahının Ankara'da iken şirket merkezinin 13.03.2003 tarihinde Antalya iline nakil edildiği ve Ankara Ticaret Sicil Memurluğu'ndaki kaydının ise 10.04.2003 tarihinde terkin edildiği, 11.03.2003 tarihinden itibaren Antalya merkezde sürdürdüğü ticari faaliyeti nedeniyle Antalya Ticaret Sicili'nde kayıtlı bulunduğu dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu duruma göre davanın gerek işin görüldüğü ve haksız fiilin meydana geldiği ve gerekse davalıların ikametgahları mahkemesinde de açılmadığı açık ve seçiktir. Hal böyle olunca da davalı A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş.'ni yetki itirazının kabulüne karar verilmek gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş.'nin bu yönü amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozmanın niteliğine göre davalı A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş.'nin sair temyiz itirazları ile davacının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, davalı A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş. yararına takdir edilen 550.00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalı A. Grup Turizm İşletmeleri A.Ş.'ye iadesine 1.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1754 **K:** 2008/17481 **T:** 13.11.2008

İSTİHKAK DAVASI • VEKALET ÜCRETİ

Özet: *İstihkak davasında vekalet ücreti takdir edilirken, alacak miktarı ile haczedilen taşınır malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden ücret takdir edilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (Alacaklı) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, üçüncü kişilerin İcra ve İflas Kanunu'nun 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasıdır.

Takip konusu borcun tümünün borçlu tarafından istihkak davası açıldıktan sonra ödendiği ve bu nedenle hacizli taşınır mallar üzerindeki haczin kalktığı icra dosyası içeriğinden anlaşılmıştır. Bu durumda "*konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına*" karar verilmesi ve davanın açılmasına sebebiyet veren tarafa yargılama giderlerinin, bu arada avukatlık ücretinin alacak miktarı ile haczedilen taşınır malın değerinden hangisi az ise onun üzerinden nispi olarak yükletilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.

O halde davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalı alacaklının öteki itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalı (alacaklıya) iadesine, 13.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/15353 **K:** 2009/4235 **T:** 05.03.2008

Y A R G I T A Y İ L A M I*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla karar verildi. 09.03.2009 (Pzt.)

KARŞI OY YAZISI

Dava, Amsterdam Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 10.9.1997 tarihinde verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin olup kocanın 24.3.1999 tarihinde şehit düşmesinden 8 sene sonra 8.1.2007 tarihinde "*kayınvalide*" tarafından "*sağ eş geline*" karşı yabancı mahkemenin boşanma kararının tanınması davası açıldığı, hâkim tarafından yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının tanınmasına karar verildiği ve kararın sağ eş tarafından temyiz edildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda görüş birliği vardır.

Çekişme nedir?

I. MADDİ OLAY

Değerli çoğunluk ile aramızda oluşan görüş ayrılığının anlaşılabilmesi için maddi olayın kronolojik sıralamayla açıklanmasında zaruret vardır. Kavas ile Yurdagül 18.7.1996 tarihinde evlenmişlerdir. Davacı sıfatıyla Yurdagül tarafından 18.12.1996 tarihinde Amsterdam Asliye Hukuk Mahkemesi'nde boşanma davası açılmış olup 10.9.1997 tarihinde verilen boşanma kararı 4.12.1997 tarihinde kesinleşmiştir.

Yabancı mahkeme kararının tanınması konusunda gerek kadın gerekse erkek tarafından dava açılması mümkün iken (Aysel ÇELİKEL/ Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul-2007, s. 622-624) hiçbir zaman "*eşler tarafından*" bir tanıma davası açılmamıştır. Evlilik birliği sürerken koca askerlik görevini yapmaya başlamıştır. Kavas askerlik görevini

---

(*) Gönderen: Ömer Uğur GENÇCAN / Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

yaparken maalesef Şırnak Seslice Kapı Bölgesi'nde teröristlerle çıkan çatışma sonucu 24.3.1999 tarihinde şehit düşmüştür.

Türk Hukuku'na göre şehit Kavas Atanur Aytaç "*evli olarak öldüğünden*" sağ eşi davalı şehit eşi olan Yurdagül Aytaç mirasçı sıfatını kendiliğinden almıştır. (Ömer Uğur GENÇCAN, Miras Hukuku, Ankara-2008, s. 211)

Şehit eşi olan Yurdagül Haymana Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1999/124 esas, 1999/127 sayılı kararı ile sağ eş sıfatıyla "*o tarihte yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre*" 12.5.1999 tarihinde mirasçılık belgesi de almıştır. Başka bir anlatımla şehit eşi olan Yurdagül Aytaç'ın mirasçılığı bir "*Türk Mahkemesi Kararı*" belirlenmiş olup Türk Mahkemesinden verilen karar/mirasçılık belgesi "*bugün bile*" Türk Hukuku'na göre geçerli olup iptal edilmiş de değildir.

Şehit Kavas'ın "*çocuğu olmadığı için*" ana ve babası da mirasçı olarak mirasçılık belgesinde yer almıştır. (Gökhan ANTALYA, Miras Hukuku, İstanbul-2009, s. 73)

Doğal olarak ve aksi de düşünülemeyeceğinden Türkiye Devleti tarafından her şehit eşine olduğu gibi şehit eşi Yurdagül'e 20.5.1999 tarihinde şehit aylığı bağlanmış olup bugüne kadar şehit aylığını da almıştır. Şehit Kavas çocuğu olmadığı için ana ve babasına da aynı sebeple mirasçı sıfatıyla maaş bağlanmıştır. Şehit eşi Yurdagül 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre miras bırakan şehit Kavas'ın mirasçılığını kanun gereğince/Türk Kanunlarına göre ken-diliğinden kazanmıştır. (Halil AKKANAT, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul-2004, s. 65) 24.3.1999 tarihinde ne 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun ne de 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun diye bir kanun vardır. (Günseli ÖZTEKİN GEL-GEL/Bahadır ERDEM, 27.11.2007 Tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, s.7) Her şey yolundadır. Ortada hiçbir sorun yoktur. Hatta bu arada 1.1.2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da yürürlüğe girmiş ise de o dahi bir sorun yaratmamıştır. Herkes şehit aylıklarını bir çekişme olmadan almaya devam etmektedirler.

Günlerden bir gün aldığı şehit aylığını arttırmak isteyen kayınpeder yani şehit Kavas'ın babası Halis Ankara 5. Aile Mahkemesinde gelini şehit eşi Yurdagül'e husumet yönelterek oğlunun yaşadığı sürece açmadığı ve açmaya gerek görmediği tenfiz davasını yıllar sonra 9.10.2003 tarihinde açmıştır.

Ankara 5. Aile Mahkemesi tarafından oğlunun açmadığı davayı "*ölümünden sonra*" babasının açamayacağını açıkça belirtilerek "*davacı sıfatı bulunmayan*" kayınpeder yani şehit Kavas'ın babası Halis'in tenfiz davası reddedilmiştir.

Kayınpeder yani şehit Kavas'ın babası Halis 17.1.2005 günlü temyiz dilekçesinde verilen ret kararı ile "*kendisinin şehit aylığından daha az yararlanmasına neden olunduğunu verilen kararın vicdana, hak ve adalete uygun olmadığını*" açıkça belirtmiş ise de Dairenin oybirliği ile verdiği karar ile Ankara 5. Aile Mahkemesi'nin ret kararı onanmış ve karar düzeltme istemi ise 15.9.2005 tarihinde reddedilmiştir.

İşler tekrar yoluna girmiş ve hiçbir sorun olmadan şehit Kavas'ın mirasçıları (eşi, annesi ve babası) şehit aylıklarını eskiden olduğu gibi almaya devam etmişlerdir.

Bu dönemde şehit eşi Yurdagül'ün şehit eşi olduğu konusunda ne hukuksal ne de fiili bir çekişme söz konusu bile değildir. Üstelik Türk Yargıtayı'nın kararı ile Yurdagül'ün şehit eşi olduğu adeta perçinlenmiştir bile. Şehidin ana ve babası da dahil herkes Yurdagül'ü şehit eşi olarak bilmekte olup hukuken ve fiilen de böyle kabul edilmektedir.

Ortada hiçbir kanun değişikliği olmadığı ve üstelik kayınpeder tarafından açılan ve reddedilen karar Yargıtay tarafından onanmış olduğu halde bu kez 8.1.2007 tarihinde "*kayınvalide*" yani şehit Kavas 'ın annesi Kamile tarafından "*aynı sebeplerle*" Ankara 2. Aile Mahkemesi'ne temyiz konusu iş bu davayı açılmıştır. Kayınvalide, gelini şehit eşi Yurdagül'e husumet yönelterek açtığı tanıma davasında "*daha az şehit maaşı alarak zarara uğradığını*" da açıkça ifade etmiştir. İş bu davanın devamı sırasında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 12 Aralık 2007 tarihli ve 26728 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ankara 2. Aile Mahkemesi bu arada yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 52. hükmüne göre yabancı mahkeme boşanma kararının tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkesin tenfiz isteminde bulunabileceği gerekçesiyle davanın kabulü ile yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar vermiş ve değerli çoğunluk tarafından da bu kararın onanmasına karar verilmiştir.

II- TANIMA KARARININ SONUÇLARI

Ne 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ne de 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun diye bir kanun ortada yokken Amsterdam Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 10.9.1997 tarihinde verilen boşanma kararının kocanın "*24.3.1999 tarihinde*" şehit düşmesinden tam 8 sene sonra 8.1.2007 tarihinde kayınvalide tarafından açılan bir tanıma davası sonucunda tanınmasının 24.3.1999 tarihinde yürürlükte olan Türk Hukuku mevzuatını ve kazanılmış hakları "*yok edecek*"/yok saydıracak/katlanılamaz sonuçları vardır. "*Şehit eşi*" Yurdagül (ki bu sıfat "*şu an*" bile hukuken vardır ve geçerlidir) bu davanın kabul

edilmesi kesinleştiği takdirde (bilindiği üzere karar düzeltme yolu açık olduğundan hukuken bu karar henüz kesinleşmiş değildir) aşağıdaki sonuçlarla karşılaşacaktır. Başka bir anlatımla yıllar sonra çıkan bir kanun (5718 sayılı Kanun) sebebiyle "*şehit eşi*" Yurdagül;

-Şehit eşi sıfatını kaybedecektir/kaybetmiş olacaktır,

-Mirasçılık sıfatını kaybedecektir/kaybetmiş olacaktır,

-Şehit eşi sıfatıyla aldığı bütün aylıkları geri vermek zorunda kalacaktır,

-Eğer çocuğu da olsaydı "*şehit çocuğu*" evlilik dışı çocuk konumuna gelecekti/gelmiş olacaktı.

İçtihadın yerleşik duruma gelmesi durumunda benzer bütün davalarda gerek şehit çocukları gerekse öksüz diğer bütün çocuklar "*evlilik dışı çocuk*" konumuna gelecektir. Unutulmamalıdır ki değerli çoğunluk benzer davalarda "*ilgisi olan herkesin*" açtığı davayı kabul edeceğine göre bu sonuç kaçınılmaz olacaktır.

III- NEDEN BU DAVADA 5718 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ UYGULANAMAZ?

Maddi olayı açıkladıktan ve kararın doğal sonuçlarını da gösterdikten sonra "*bu davada*" ve "*bu davaya özgü olarak*" 5718 sayılı Kanun hükümlerinin neden uygulanmayacağının "*hukuki gerekçelerini*" açıklayacağız.

A- YABANCI MAHKEME KARARI TÜRK MAHKEMESİNDEN VERİLEN BAŞKA KARARLAR İLE BAĞDAŞMAYACAK NİTELİKTEDİR

Kavas'ın askerlik görevini yaparken 24.3.1999 tarihinde şehit düşmesiyle Türk Hukuku'na göre evlilik "*ölümle*" son bulmuştur. Evlilik 24.3.1999 tarihinde ölümle son bulduktan sonra tanıma davası açılabilir mi? Başka bir anlatımla evlilik ölümle son bulduktan ortada hukuken geçerli bir evlilik bulunmamasına rağmen sanki taraflar halen evliymiş gibi tanıma davası açılabilir mi? Tanıma davası açılırsa verilecek tanıma kararı Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmez mi?

Örneğin eşler Amsterdam Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 10.9.1997 tarihinde verilen boşanma kararının tanıması yerine Türkiye'de başka bir dava ile boşanmış olsalar başka bir anlatımla eşler arasındaki evlilik "*ölümle*" değil de "*boşanma kararı*" ile son bulsa idi şehit eşi Yurdagül 'ün kayınvalidesi tanıma davası açabilir miydi? Tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararı Türk Mahkemesi'nden verilen başka bir karar ile "*bağdaşmayacak*" nitelikte olması ret sebebi midir? Evet ret sebebidir. (Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul-2009, s. 610, Cemile DEMİR GÖKYAYLA, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara-2001, s.260) Tanıma ya da tenfiz davası

devam ederken Türk Mahkemelerinde görülmekte olan boşanma davası kabul ile sonuçlanmış ve evlilik birliği boşanma kararı ile sonlanmışsa sürmekte olan tanıma ya da tenfiz davasına devam edilebilir mi? Hayır, devam edilemez. (ÇELİKEL/ERDEM, s. 611) Zira devam edilmesi durumunda "*kesin hüküm teşkil eden Türk mahkemesinin kararları*" ile çelişen bir hükümverilmesi mümkündür. (ÇELİKEL/ERDEM, s. 611) Kaldı ki yabancı mahkeme kararının bir Türk mahkemesi kararı ile bağdaşma-ması halinin tenfizin reddi sebebi olacağı Türkiye'nin tarafı olduğu tanıma ve tenfize ilişkin uluslar arası sözleşmelerce bile kabul edilmiştir. (ÇELİKEL/ERDEM, s. 611) Unutulmamalıdır ki kayınpeder yani şehit Kavas'ın babası Halis Ankara 5. Aile Mahkemesi'nde oğlunun yaşadığı sürece açmadığı ve açmaya gerek görmediği tenfiz dava-sını gelini şehit eşi Yurdagül'e husumet yönelterek yıllar sonra 9.10.2003 tarihinde açmış ise de davası "*reddedilerek*" kesinleşmiştir. Oysa kayınpeder de verilen bu karardan yararlanacak olmakla kayınpederin davasının reddi konusunda Türk Yargıtayı'nın verdiği onama ve karar düzeltme dilekçesinin reddi kararı hiç bir anlam ifade etmeyecektir. Aynı şekilde bugün bile geçerli olan mirasçılık belgesi verilmesine yönelik/mirasçılığı belirlemiş olan Türk Mahkemesi kararı da bir anlam ifade etmeyecektir. Temyiz konusu davada verilen "*tanıma kararı*" yabancı mahkeme kararının "*Türk Mahkemesi kararları*" ile bağdaşmaması halinin adeta tipik örneğidir. Evlilik "*boşanma kararı*" ile sonlandığında bağdaşmaz olan yabancı mahkeme kararı neden evlilik birliği "*ölümle*" sonlandığında bağdaşır olmaktadır/sayılmaktadır? Bu olgu yaman bir çelişkinin göstergesi değil midir?

Türk Mahkemesinden verilen kararları yok mu sayacağız? Türk Hukuku'na göre ve o tarihteki hukuk kurallarına göre Türk Mahkemesinden verilen kararlar yabancı bir mahkeme kararı yüzünden içi boşalır duruma mı gelecektir? Nitekim Daire 2008/20236 esas ve 2009/4433 karar sayılı kararı ile davada tarafların Türk Mahkemelerinde boşanma kararı almış olmaları halinde başka bir anlatımla evlilik birliğinin "*boşanmayla sonlanması durumunda*" artık tanıma isteminde bulunulamayacağını haklı olarak oybirliği ile kararlaştırmıştır.

O halde tanıma davasının kabulünde ön koşul, tarafların "*sürmekte olan bir evliliğinin*" bulunuyor olmamasıdır. Başka bir anlatımla evlilik birliği gerek "*boşanma*" gerekse "*ölümle*" sonlanmış olsa bile artık tanıma isteminde bulunulamaz.

B- TÜRK HUKUKUNDA YER ALAN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA AYKIRILIK VARDIR

Bilindiği üzere TKM m. 517 f. I hükmüne göre miras ölüm ile açılır. Mirasın açılması ve mirasçılık sıfatının kazanılması aynı anda gerçekleşir.

Bu neticenin gerçekleşmesi mirasın kabulü ya da mirasçılık sıfatının resmi bir makam tarafından onaylanmasını gerektirmez. Mirasçı, miras açıldığı anda "*kendiliğinden*" bu sıfatı alır. (AKKANAT, s. 42)

Oysa 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 52 hükmüne göre yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının "*kesinleştiği andan*" itibaren hüküm ifade eder.

Yabancı mahkemenin boşanma kararının tanınmasına karar verildiğine göre şehit eşi Yurdagül'ün evlilik birliği Amsterdam Asliye Hukuk Mahkemesi'nin boşanma kararının kesinleştiği 4.12.1997 tarihinde sonlanmış olmakla mirasçılık sıfatını kaybetmiş olacaktır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine göre kocasının "*24.3.1999 tarihinde*" şehit düşmesiyle mirasçılık sıfatını doğrudan ve kendiliğinden kazanan bir mirasçının mirasçılık sıfatı yıllar sonra çıkan bir kanun (5718 sayılı Kanun) ile ortadan kaldırılabilir mi? Bilinmelidir ki yabancı mahkeme kararının Türk Hukuku'nda yer alan "*doğrudan uygulanan*" kurallara aykırı olması aynı zamanda "*kamu düzenine aykırı*" olduğu anlamına gelir. (DEMİR GÖKYAYLA, s.280)

C- GEÇMİŞE ETKİLİ OLMAMA KURALINA AYKIRILIK VARDIR

4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un m. 1 f. I hükmüne göre Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.

Eski kanun zamanında kazanılmış haklar yeni kanun karşısında saklı tutulmaktadır. (Serap HELVACI/Fulya ERLÜLE, Medeni Hukuk, İstanbul-2007, s. 17) Başka bir anlatımla eski hukuka göre sona ermiş evlilikler, yeni Kanuna göre de sona ermiş sayılır. (Aydın ZEVKLİLER/Ayşe HAVUTÇU/Damla GÜRPINAR, Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara-2008,s. 33) Ortada geçerli bir evlilik varmış gibi hüküm kurulması geçmişe etkili olmama kuralına da aykırıdır.

IV- SONUÇ

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerinin "*dava konusu olayda*" başka bir anlatımla "*bu dava konusuna özgü*" uygulanmasının mümkün olmadığı düşüncesinde olduğumdan değerli çoğunluğun farklı görüşüne katılma olanağım yoktur.

AİHM KARARLARI

VOSKUIL / HOLLANDA DAVASI

(Başvuru no. 64752/01)

Karar Çevirisi: Araş. Gör. Barış GÜNAYDIN*

HÜKÜM
STRASBOURG
22 Kasım 2007

Bu hüküm Sözleşmenin 44. maddesin 2 fıkrası uyarınca kesinleşecektir. Hüküm yazım açısından bazı düzeltmelere tabi olabilir.

Voskuil & Hollanda davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aşağıdaki kişilerden oluşan Üçüncü Dairesi,

Bay. M. Zupan_i_, Başkan,
Bay C. Bîrsan,
Bayan E. Fura-Sandström,
Bayan A. Gyulumyan,
Bay David Thór Björgvinsson,
Bayan I. Berro-Lefèvre, Yargıç,
Bayan W. Thomassen, Geçici Yargıç
ve Bay Mr S. Quesada, Bölüm kâtibi,

23 Ekim 2007 tarihinde dosyayı özel olarak müzakere etmiş ve aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki karara hükmetmiştir.

USULÎ İŞLEMLER

1- Dava. 64752/01 başvuru numarası ile Hollanda Krallığı'na karşı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 34. maddesine göre Hollanda vatandaşı Bay Koen (Bunda sonra Başvurucu olarak anılacaktır) tarafından 26 Ekim 2000 tarihinde açılmıştır.

2- Başvurucu Amsterdam'da Avukatlık yapan Bay R.S. le Poole, tarafından temsil edilmiştir. Hollanda Hükümeti (Bundan sonra Hükümet olarak anılacaktır) Dış İşleri Bakanı Bay Mr. R.A.A. Böcker tarafından temsil edilmiştir.

(*)Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi Basın Yayın Bölüm Öğretim Elemanı

3- Gazeteci olan başvurucu, haber kaynağını açıklamaya zorlamaya yönelik olarak tutuklanmasının Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali olduğunu özellikle iddia etmiştir. Aynı zamanda tutuklanmasının Sözleşmenin 5/1 Maddesi'ne göre kanunda öngörülmüş usullere uygun olarak gerçekleştirilmediğinden yakınmıştır.

4- 25 Kasım 2004 tarihinde Mahkeme Hükümete başvurucunun notunun iletilmesi kararı vermiştir. Sözleşmenin 29/3 maddesi uyarınca, mahkeme, başvurunun esasını incelemeye geçerken aynı zamanda kabul edilebilirlik kararı da vermiştir.

5- Hollanda tarafından seçilen Yargıç Bay E. davaya bakmaktan çekilmiştir. (Kural 28). Dolayısıyla Hükümet Bayan W. Thomassen geçici yargıç olarak atamıştır (Sözleşme madde 27 § 2 ve Kural 29 § 1).

OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Davanın Özel Koşulları

6- Başvurucu, 1975 doğumludur ve Amsterdam'da yaşamaktadır.

7- 30 Mart 2000'de Amsterdam Asliye Mahkemesi (arrondissementsrechtbank) Messrs K., Van S. ve H'den oluşan üç sanığı silah kaçakçılığı nedeniyle suçlu bulmuştur. Amsterdam polisi ceza kovuşturmasında silah cephaneliğin şans eseri bulunduğunu ifade etmişlerdir: Amsterdam'ın Nachtwachtlaa Bölgesinde yer alan binanın kapıcısı tarafından, binanın içinde insan yaşamayan bir daireden su sızıntısı olması nedeniyle polisle iletişime geçmesi üzerine 2 çilingir yardımıyla daireye gi-rilmiştir. Takiben, sızıntının kaynağını bulmaya yönelik araştırmalar esna-sında silahlar bulunmuştur.

8- Sanıklar Asliye Mahkemesi'nin kararına karşı İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

9- 12 ve 13 Eylül 2000 tarihlerinde günlük gazete Spits'de biri başvurucu, diğeri meslektaşı Bayan S. tarafından yazılan ve silahların şans eseri bulunmasıyla ilgili olarak iddia edildiği gibi tesadüflerin bu denli çok olmasına şüphe ile yaklaşan iki yazı yayınlamıştır. 13 Eylül 2000 tarihli yazının başlığı "*Kör Nişancılık ya da Mükemmel Vuruş*" tur. ("Toevalstreffer of loepzuiver schot?"), yazıda olayı aydınlatma sorumluluğu içinde yorum yapılırken Amsterdam polis kuvvetlerinden isimsiz bir polisten şu alıntıyı yaparak aktarmıştır: "*Bunu yapma nedenimiz buydu. Bazen soruşturmada bu şekilde davranmaya (soruşturmayı yarmaya) ihtiyacınız olabilir.*" ("*Dat hebben we er maar van gemaakt. Soms heb je net even een doorbraak nodig in je onderzoek*").

10- K., Van S. ve H'ye karşı temyiz sürecinde başvurucu ve Bayan S. savunmanın talebi üzerine şahit olarak dinlenmek üzere mahkemeye çağrılmışlardır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi'ndeki (gerechtshof) ilk duruşmadan önce, 22 Eylül 2000 tarihinde Van S. ve K.'ya karşı açılan davalarda başvurucunun, -avukat yardımıyla- taraflar arasında 13 Eylül 2000 tarihinde yayınlanan yazıda ifadelerini bire bir aktardığı polis memurunu tanıdığını ifade etmesi K'ye karşı yürütülen önceki soruşturmayla ilgilidir. Başvurucuya, polis memurunun soruşturma kapsamına alınıp alınmadığı ya da soruşturmanın farkında olup olmadığı sorulduğunda, haber kaynağını açıklamama hakkına başvurmuştur. (verschoningsrecht). Savunma avukatı sanıkların hem kişisel yararları -polis tarafından yürütülen soruşturmanın hükme etkisi- hem de Hollanda'daki ceza yargılaması yararı açısından başvurucunun haber kaynaklarını açıklamama hakkından daha önemli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Genel Vekil (Savcı) aynı zamanda başvurucunun haber kaynağını açıklamama hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir. Buna ilaveten, kaynağın isminin bilinmesi halinde kaynağın ne polisten ne de savcılık makamından korkacak bir şeyinin olmadığını belirtmiştir.

11- Müzakereden sonra İstinaf Mahkemesi, polis memuru tarafından başvurucuya yapılan açıklama doğru ise, bu durumun sanıkların mahkûmiyetlerini etkileyebiliceğini dikkate almıştır. Bu aynı zamanda polis ve yargı makamlarının güvenirliğini de etkilemektedir. Bu nedenlerle, İstinaf Mahkemesi başvurucunun, kaynağının soruşturmadan haberdar olup olmadığı ve soruşturmayı yürütüp yürütmediği sorusuna yanıt vermesi gerektiği konusunda ısrar etmiştir. Mahkeme Başkanı ayrıca başvurucuya mahkeme emrine riayet etmemesi halinde (gijzeling), mahkemenin kendisini tutuklama yetkisi olduğunu hatırlatmıştır. Bunun üzerine, başvurucu kaynağının bina soruşturmasından haberdar ve soruşturmaya dâhil olduğu biçiminde yanıtlamıştır.

12- Avukat tarafından sanıklar adına başvurucunun kaynağının kimliğini açıklaması istenmiştir. Başvurucu bir kez daha haber kaynağını açıklamama hakkını kullanmıştır. Başvurucunun avukatı suçlama konusu olan bir eylemin gerçekleştirilmemesini haklı gösteren hukuki geçerlik nedenleri ileri sürüldüğünü, kaynağının kimliğini açıkladığı takdirde kaynakların artık kendisine yaklaşmayacağı için, başvurucunun gazetecilik mesleğini icra etmesinin mümkün olmayacağını belirtmiştir. Gazetecilik ve ifade özgürlüğünün yararının diğer yararlardan daha üstün tutulmalıdır. Ayrıca, bu konuda suçluluk isnadı silah kaçakçılığı ile ilgili olup olmamasıdır. Aynı zamanda kaynağı ortaya çıkarmanın başka yolları durması nedeniyle bu, yerindelik ilkesine de aykırı olacaktır.

13- Umumi Vekil yanıtında gazetecilerin toplumda meydana gelen yanlışları ortaya çıkaracaklarını belirtmiştir (kennelijke misstanden). Bunu yaptıklarında da, sonuçlarına katlanmalıdırlar. Ona göre, başvurucu üç sanığın yanlış olarak mahkûm edilip edilmediğini ortaya çıkaracak tek tanıktır. Mevcut davada, resmi kayıtların polis memurlarınca şekli kanunlarda belirlenmiş yeminle tutulmuş olması (ambtseed) ve yargı otoriteleri töhmet altında kaldığı için başvurucu kaynağını açıklamak zorundadır. Bu kimliği belirlemek için K'ye karşı olan davadaki polis memurlarının soruşturmacı hâkim (rechter-commissaris) tarafından dinlendiği göz önünde bulundurulursa, Amsterdam polis kuvvetlerinin her üyesinin dinlenmesi bu davanın konusu olamaz.

14- İstinaf Mahkemesi değerlendirmesini yaptıktan sonra başvurucunun, kaynağını açıklaması gerektiğine ve aynı nedenlerle kaynağının soruşturmayı gerçekleştirip gerçekleştirmediği sorusunu yanıtlamasına karar vermiştir. Başvurucu, hakkında en fazla otuz güne kadar sürebilecek olan derhal tutuklama kararı verilmesi üzerine susma hakkını kullanmıştır (zwijgrecht). Tutuklama kararına karşı başvurucunun gidebileceği kanuni bir yol yoktur. (Ceza Usul Kanunu Madde 294 § 3 – Wetboek van Strafvordering, "CCP").

15- Avukat tarafından sanıkların sorgusu esnasında, başvurucunun meslektaşı Bayan S. haber kaynağından haberdar olduğunu ama kendisiyle hiç görüşmediğin belirtmiştir. Bu gerçeğe ilaveten haber kaynağıyla doğrudan bağlantılı olan bir gazetecinin (başvurucunun) tutuklu olması gerçeğini dikkate alarak, İstinaf Mahkemesi Bayan S.'nin kaynağını açıklamakla yükümlü olmadığı görüşümdedir.

16- Başvurucuya 25 Eylül 2000 tarihli gerekçe belirtmeyen bir karar tebliğ edilmiştir. 27 Eylül 2000 tarihinde ise 22 Eylül 2000 tarihli İstinaf Mahkemesi'nin duruşmada aldığı kararları ve nedenlerini içeren duruşma kayıtlarının bir nüshası verilmiştir.

17- 22 Eylül 2000'nin sonunda başvurucu İstinaf Mahkemesi'nden tutuklamanın sona erdirilmesi ve serbest bırakılmasını istemiştir. 27 Eylül 2000'de, bu talebin incelenmesinden önce başvurucu sadece 25 Eylül akşamı olmak üzere bir kez avukatına danışabilmiştir. Avukatın, 22, 23, 24, 25 (öğleden sonra), 26 ve 27 Eylül 2000'de başvurucuyu ziyaret talepleri reddedilmiştir. Serbest bırakılma talebi tutuklama kararını veren yargıçlardan oluşan İstinaf Mahkemesi Üyelerine yapılmaktadır (raadkamer)

18- 27 Eylül 2000'deki duruşmada Umumi Vekil, 22 Eylül'deki duruşmadaki başvurucunun beyanını takiben polis müfettişinin sanık K hakkındaki birinci ve ikinci soruşturmayı yürüten sekiz polis memuru hakkında iç soruşturma görevini yerine getirdiğini bildirmiştir. Soruşturma kapsamındaki tüm polis memurları başvurucu ile daha önce iletişim kurmadıklarına dair yemin vermişlerdir.

19- İç polis soruşturmasının sonuçlarının bilgilendirilmesinden sonra, başvurucu kaynağını açıklamak istemediği konusunda ısrarını yinelemiştir. Başvurucu, gazeteci olduğunu ve eğer kaynaklarını açıklamaya başlarsa mesleki kariyerini bırakmak zorunda kalmanın yanı sıra, anonim kalmak isteyen hiçbir kaynağın kendisine ihbarda bulunmaya daha fazla istekli olmayacaklarını belirtmiştir. Başvurucu, İstinaf Mahkemesi Başkanı tarafından haber kaynağını açıklamama hakkının mutlak olmadığı ve daha geniş bir yararın tehlike altında kalabileceği konusunda uyarılmıştır. Mevcut davada üç sanık hakkında özellikle polis memurlarınca düzenlen resmi kayıtlara dayanarak uzun hapis cezasına hükmedilmiştir. Başvurucu kaynağının iç polis soruşturmasında yemin verenler arasında olmadığını belirtmeye razı olduğunu yanıtlamıştır.

20- Başvurucunun avukatı gerçeğe ulaşma anlamında, gazetecinin başvurulacak birinci kişi değil son kişi olması gerektiğini savunmuştur. Avukata göre üç sanık tarafından çağrılan tanıklar ilk önce dinlenmesi gerekmektedir. Sp!ts'da yayınlanan yazılarda olduğu gibi 8 Ocak 2000'de haftalık haber dergisi Vrij Nederland'de görünen yazılardaki bu tanıklar yüzleştirilebilirdi Bu sonraki makale aynı zamanda binadaki su baskının çıktığını anımsatmış ve makalenin yazarı yazıdaki bilgilerin başvurucunun dayandığı aynı kaynaktan gelmediği konusunda başvurucunun avukatını bilgilendirmiştir. Başvurucunun avukatı bunlara ilaveten, Devlet Ceza Soruşturma Bölümü'nün (Rijksrecherche) polis kuvvetlerine bir soruşturma yürütebileceğini ileri sürmüştür. Sonuç olarak mahkemenin başvurucu tarafından yazılan yazının değerini tayin etmesi gerektiğini (aynı mahkemenin aynı zamanda yazıyı dikkate almama kararını da verebileceğini) belirtmiştir.

21- İstinaf Mahkemesi 28 Eylül 2000 tarihli kararı ile başvurucunun tutuklama kararının kaldırılması talebini reddetmiştir. Mahkeme kararında, sanıkların yararı ve polis ve yargı makamlarının yararlarının başvurucunun haber kaynağının açıklamama hakkından daha önemli gördüğünü tekrarlamıştır. Başvurucunun kaynağı için polis yetkilileri tarafından bir sonuca ulaşılmadığını ortaya çıkarmak için yapılan itirazına ek olarak İç polis soruşturması sonuçları dikkate alındığında İstinaf Mahkemesi, Sel baskının nedenini ile K., Van S. ve H.'ye karşı yürütülen soruşturmayı ciddi olarak erteleyen soruşturmayı bütünüyle birbirinden ayırarak Devlet Suç Soruşturması Bölümünce yürütülen bu soruşturmanın, makul süre içinde kuşkuya yer bırakmayacak şekilde aydınlatacağını gözetmiştir. İstinaf Mahkemesi benzer biçimde, savunma tarafından önerilen söz konusu tanıkların bu konuda daha önce geniş biçimde dinlenmiş olması sebebiyle dinlenilmesi isteğini reddetmiştir. Bu nedenlerden ötürü mahkeme başvurucunun tutuklanmasının ölçülülük ve yerindelik ilkesini ihlal etmediğine inanmaktadır.

22- İstinaf Mahkemesi 22 Eylül 2000'deki duruşmada başvurucunun tutuklama kararına itirazına ilaveten bu tür kararlara karşı temyiz yolunun olmamasını da dikkate almıştır. Aynı zamanda başvurucuya 22 Eylül'deki duruşma kayıtlarından anlaşılacağı üzere tutuklama kararının sözlü olarak verildiği ve kararın 24 saat içinde tebliğ edilmemesine ilişkin tartışmayı dikkate almamıştır. Sonuç olarak İstinaf Mahkemesi başvurucu ile avukatı arasındaki görüşme olasılığını cezaevi mevzuatında belirtildiğini dile getirmiş ve İstinaf Mahkemesi'nin bu mevzuatı değerlendirmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir

23- Başvurucu İstinaf Mahkemesinin kararına karşı hukuki hususları temyiz etmek için Yüksek Mahkemeye (Yargıtay'a) (Hoge Raad) başvurmuştur.

24- Van S. ve H.'ye karşı yürütülen ceza kovuşturması kapsamındaki, İstinaf Mahkemesi öncesi, ikinci duruşma 9 Ekim 2000 tarihinde gerçekleşmiştir. Başvurucu kaynağını açıklamayı tekrar reddetmiştir. Bunun üzerine İstinaf Mahkemesi başvurucu hakkındaki tutukluluk kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Karar başvurucunun bilgiyi elde ettiği ve sanık K'ye karşı her iki soruşturma kapsamında görev yapmış polis memuru ile ilgili ifadesine diğer kişiler ve/veya belge içeriklerinden destek ya da doğrulamanın bulunmadığını dikkate almaktadır. Buna karşın başvurucunun ifadesi on polis memuru tarafından yalanlanmıştır. Bu nedenle, ifadesine itibar edilmemiştir. Mahkeme bu durumun varlığında, başvurucunun daha fazla tutuklanması hiçbir amaca hizmet etmeyecektir.

25- 9 Ekim 2000 tarihli duruşmada ve İstinaf Mahkemesi'nin başvurucunun tutukluluk kararının kaldırılmasını takiben, sanık K'nin avukatı İstinaf Mahkemesi üyelerine karşı reddi hâkim talebinde bulunmuştur. Farklı üyeler bu talebi aynı zamanda 9 Ekim 2000'de onaylamışlardır. İstinaf Mahkemesince Van S. ve H.'ye karşı yürütülen kovuşturmada, başvurucunun ifadesindeki görüşün itibar görmemesi şeklinde yapılan açıklamanın K'ye karşı yürütülen kovuşturmadaki, kararda da başvurulabilme olasılığı göz önüne alınmalıdır. Bu sonuçta sanıkların hâkim tarafından ön yargılı olarak nesnel yargılama yapılamayacağı konusunda önemli bir kanıt sağlayan istisnai bir duruma yol açmıştır.

26- Üç sanığa karşı yürütülen ceza kovuşturmasına İstinaf Mahkemesi'nin yeni üyelerden oluştuğu 30 Ekim 2000'e kadar devam edilmiştir. Başvurucu sel baskını olasılığını ortaya koyan ve K'ye karşı dava ile ilgili olarak makale yayınlamış diğer yedi gazeteci gibi tekrar tanık olarak dinlenmiştir. İstinaf Mahkemesi ayrıca iki muslukçuyu ve binanın kapıcısını da dinlenmiştir.

27- Tutukluluk kararının kaldırılması kararını takiben başvurucu salıverilmesinin temyiz etmesindeki hukuki yararının menfaatten yoksun

kalması sebebiyle temyiz talebini geri almıştır.

28- Hükümete göre K., Van S. ve H'ye karşı ceza kovuşturması sonuçlandırma aşamasına getirilmiştir.

B. Diğer Basın Raporları

29- Başvurucu yazılı basından kesilmiş iki fotokopiyi mahkemeye sunmuştur.

30- Bunlardan ilki 24 Eylül 1999 tarihli okuyucu kitlesinin fazla olduğu günlük gazete De Telegraaf'da yayınlanan bir rapordur. Orada Amsterdam'da ikinci bir binada sel baskını üzerine polis tarafından büyük miktarda bulunan silahlar aşağıdaki raporda belirtilmiştir. Başvurucun davasındaki sanıklar Messrs K., Van S.ve H'den, o esnada ilişkili olabileceklerin dolayı şüphelenilmemiştir, silahların bir terör örgütüne ait olduğu düşünülmüştür. Rapor Nachtwachtlaan davası ile bu yeni dava arasındaki silahların bulunuş biçimleri göz önüne alındığındaki benzerliğe dikkat çekmektedir. "*Polis raporlarında*" muhtemelen yabancı istihbarat servislerine, muhbirlerini korumak adına olayların kurnazca düzenlendiği belirtilmiştir.

31- İkincisi, 8 Ocak 2000 tarihinde haftalık dergi Vrij Nederland'da yayınlanan bir makaledir. Yazı İki olay arasında bağlantı kurmakta ve isim vermediği bir kaynağa dayanarak Hollanda Ulusal Güvenlik Servisi (Binnenlandse Veiligheidsdienst - "*the BVD*") tarafından bilfiil kullanıldıklarını belirtmektedir.

32- Hem De Telegraaf 'da yayınlanan rapor hem de Vrij Nederland'da yayınlanan yazının her ikisinin de başvurucu dışındaki gazeteciler tarafından yazıldığı görülmektedir.

33- Başvurucu aynı zamanda Amsterdam günlük gazetesi Het Parool'un internet web sayfasından 27 Eylül 2000 tarihinde alınan bir çıktısını da mahkemeye sunmuştur. Yazı su sızıntısını tamir için çağrılan iki muslukçunun, zarara kasıtlı olarak yol açıldığının gözden kaçırıldığı gibi bazı iddialar olduğunu belirten alıntılar içermektedir. Gerçek ise, eski binalarda su sızıntıların sıklıkla rastlanan bir durum olmasıdır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK

A. Hollanda Ceza Usul Kanunu

34- Ceza Usul Kanunun davaya ilişkin olarak hükümleri şöyledir:

Madde 218

"*Mesleğin erdemi nedeniyle, meslekleri ya da işleri nedeniyle elde ettikleri bilgileri gizlemek mecburiyetindedir... Bu meslek grubundakiler konuyla ilgili olarak konumları itibariyle kendilerine ulaşan bilgileri kanıt vermeyi ya da özel soruları yanıtlamayı reddedebilir.*"

Madde 294

"*1. Sorgu sırasında tanık hukuki bir gerekçe göstermeksizin kendisine yöneltilen soruyu yanıtlamayı reddederse ya da yemin vermez ve onaylamazsa mahkeme soruşturmanın aciliyeti bunu gerektiriyorsa tutuklanmasına karar verebilir. (gijzeling).*

2. Karar verilmeden önce tanıklar ve vekillerin reddetme sebepleri dinlenmelidir.

3. Tutuklama kararı otuz günden fazla olmamalıdır; mahkeme aynı zamanda tanık yeniden huzura çıkarılmadan da karar verebilir. Karara karşı düzeltme talebi mümkün değildir.

4. Mahkeme tanığın yükümlülüklerini yerine getirir getirmez ya da soruşturma sona erdiğinde tutuklama kararını kaldırabilir, tanıkta kaldırılma talebinde bulunabilir. Madde 223 § 3 uygulanabilir."

5. Madde 224 ve 225 uygulanabilir."

35- Bu yolla açıklanan 223, 224 ve 225. maddeler tanıklarlara davanın görülmesi sırasında bizzat soruşturmacı yargıç tarafından uygulanabilme imkânı tanımaktadır.

36- 223 § 3 maddesinin ilgili bölümü tutuklu tanığın resmi bildirimden sonra üç gün içinde temyizini öngörmektedir.

37- 224. madde tutuklama emri ya da tutukluluğun devamı ya da tutuklamanın kaldırılması talebinin reddini içeren tüm kararlarını, tanıkların 24 saat içinde yazılı olarak bilgilendirilmesini öngörmektedir.

38- 225. madde tanıkların avukata danışma haklarına sahip olabileceğini düzenlemektedir. Avukat, tanığı özel olarak görmeye ve tutuklamanın konusunda gizli olarak karşılıklı yazışmaya izinli olduğu tanığa sınırsız erişim hakkına sahiptir. (vrije toegang) Avukatın aynı zamanda tanığın sorgulanması ile ilgili resmi kayıtlara ceza soruşturması kapsamında elde edilen bilgilere ve dosyanın geri kalanına da erişme hakkı vardır.

39- Bu düzenlemeler ilk derece mahkemesinde, İstinaf Mahkemesi'nden önce, yazılış biçimi ile uygulanmasına rağmen 415. madde delaletiyle kıyas yoluyla Temyiz Mahkemesi sürecinde uygulanmıştır.

B. Polis Faaliyetleri ile ilgili Basının durumu hakkında yönerge

40- Polis Faaliyetleri ile ilgili Basının durumu hakkında yönerge (Leidraad over de positie van de pers bij politieoptreden) Adalet Bakanlığı tarafından 19 Mayıs 1988'de yayınlanmıştır (Minister van Justitie). Olayların şikâyet edildiği zamanlarda ilgili bölümde şu ifadelere yer verilmiştir:

"*7. Gazeteciliğe ait eşyalara el konulması*

Gazeteciliğe ait eşyalara Ceza Usul Kanunu'nda gösterilen hallerde el konulabilir. Gazeteciler el konulma ile iki biçimde karşılaşabilirler.

A. Polis, olayın durumuna göre, kamu savcısının (officier van justitie) ya da yardımcısının (hulpofficier van justitie) talimatı ile ya da talimatı olmaksızın suç işlediğinden şüphe duyduğu gazeteciyi yakalayabilir ve o mahaldeki ona ait her şeye el koyabilir. Bu durumda belirli suç eylemi ile gazeteciliğe ait eşya arasında suçun işlenmesi ile bir bağlantı olmak zorundadır. Bu durumda gazeteci sıradan vatandaş gibi tutuklanır.

Eğer kovuşturma halen sürüyorsa, ele geçirilen -yayınlanmamış- malzeme hakkında ne yapılacağı hakkındaki son kararı bağımsız yargıç verecektir.

B. Gazetecilik mesleği ile ilgili eşyalara bağımsız (soruşturmacı) yargı-cın kararı ile de el konulabilir. Hâkimin görüşüne göre yasal hazırlık soruşturmasında bazı gerçeklerin aydınlatılmasına faydası olabilecek bazı eşyalara..."

41- Yönergenin bu bölümü 1 Nisan 2002 tarihli "*Gazetecilere zorlayıcı tedbirlerin uygulanması Direktifi*" *"Directive on the application of coercive measures to journalists"* (Aanwijzing toepassing dwangmiddelen bij journalisten)'nin etkisiyle değiştirilmiş ve Genel Savcılar Kurulu tarafından yayınlanmıştır (College van procureurs-generaal). Bu direktif mahkemenin içtihatlarına kapsamlı göndermeler yapmaktadır. Gazetecinin kaynağı bu konuda korunması söz konusu ise gazetecilere zorlayıcı tedbirlerin uygulanması, sözleşmenin 10 § 2'ye uygun olmalı ve yerindelik ve ölçülülük ilkelerinin gereklerine saygı göstermelidir.

C. İlgili iç hukuk içtihatları

42- Rüşvet iddialarına ismi karışan kişiler tarafından, resmi kaynaklardan sızdırılan bilgileri kullanan iki gazeteciye karşı açılan bir özel hukuk davasında Yüksek Mahkeme önceki kararlarının aksine bir karar vermiştir.(10 Mayıs 1996 tarihli karar, Nederlandse Jurisprudentie (Hollanda Hukuk Raporları) 1996, no. 578)

"Kararda belirtildiği üzere [i.e. Goodwin v. İngiltere kararı 27 Mart 1996, Kararlar Raporu 1996-II] Sözleşmenin 10 § 1'e göre gazetecinin vereceği cevap nedeniyle kaynağını tehlikeye atacak nitelikteki soruları yanıtlamayı reddetmesi ilke olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte mahkeme gazetecileri tanık olarak çağıran kişilerce açılmış davalarda, bu hakkın davanın dayandığı özel şartlarını göz önünde bulundurularak, mahkeme kaynağın açıklanmasının demokratik bir toplumda gerekliliği iddiası ile bir ya da birkaç amaca ulaşmak için maddenin ikinci paragrafındaki sınırlandırmalara dayanan iddiaları her zaman kabul etmek zorunda değildir.

... İstinaf Mahkemesi'nin kararından da ve dava dosyasının içeriğindeki diğer belgelerden de anlaşılacağı üzere mevcut dava, davacı tarafından belirtildiği gibi "sızan" bilgilerin Limburg şehrindeki bazı yerel yönetim

memurları hakkındaki ceza soruşturması kapsamıyla ilgili olduğu belirtilebilir. Bu bilgi ile, bu tür rüşvet davaların kamuoyu ilgilendirmesi nedeniyle De Limburger gazetesinin de ortaya çıkardığı sonuçların zarar verdiği iddiası ile dava açılmıştır. (...). Dolayısıyla davacı kimin bilgiyi "sızdırdığını" öğrenmekten çok davalının kaynaklarını açıklamasındaki diğer yararları iddia etmiştir çünkü ileride devlete ve onlarla ilgili kişilerin verdikleri zarar nedeniyle ve aynı zamanda daha fazla bilgi "sızmasını" engellemeye yönelik talimat verenlerin ortaya çıkarılması için dava etmeyi düşünmektedirler. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararında bahsedilen Yüksek Mahkeme'nin bu yararı, davalının kaynaklarının korunmasına ait kamu yararından daha önemli bulunmasının dengelenmesinde yetersiz bulmasına ilişkindir"

D. R(2000) 7 numaralı Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarını Açıklamamaları Hakkında Avrupa Konseyi Tavsiyesi

43- R(2000) 7 numaralı Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarını Açıklamama Hakkına İlişkin Tavsiyesi, Bakanlar Komitesi tarafından 08 Mart 2000 tarihinde, Bakan Temsilcilerinin 701 inci oturumda kabul edilmiştir. Konuyla ilgisi bakımından şunu saptamaktadır.

"*Üye Devletler hükümetlerine aşağıdaki hususlarda tavsiyede bulunur:*

1. Ulusal mevzuat ve uygulamalarını bu Tavsiye Kararına ekli ilkeleri rehber alarak gerçekleştirmeleri,

2. Bu Tavsiye Kararını ve ona ekli ilkeleri, gerekli yerlerde tercümeleriyle birlikte, en geniş ölçüde dağılımını sağlamaları,

3. Bu Tavsiye Kararı ile ona ekli ilkeleri, kamu makamlarının, polis yetkililerinin ve yargı mensuplarının dikkatine sunmaları ve bunları, gazetecilerin, medyanın ve onların meslek örgütlerinin edinmelerini mümkün kılmaları."

No. R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararının Eki

Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarını Açıklamama Hakkına İlişkin İlkeler

Tanımlar

Bu Tavsiye Kararının amaçları bakımından;

a. "*Gazeteci*" terimi, herhangi bir kitle iletişim aracını kullanarak, kamu için bilgi toplama ve bunu yayma faaliyetiyle düzenli biçimde ya da mesleki olarak uğraşan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi anlamına gelir;

b. "*Bilgi*" terimi, herhangi bir olgunun, görüşün ya da fikrin yazılı metin, sesli ve/veya görsel kayıt şeklindeki ifadesi anlamına gelir;

c."*Kaynak*" terimi, bir gazeteciye bilgi sağlayan herhangi bir kişi anlamına gelir;

d."*Kaynağı belli bilgi*" terimi, kaynağın kimliğinin olabildiği ölçüde tespit edilebilir olması anlamına gelir:

i. Kaynağın isminin ve kimliğine ilişkin verilerin yanı sıra, sesinin ve görüntüsünün olması,

ii. Gazeteci tarafından bir kaynaktan bilgi edinilmesine ilişkin olgusal şartların belirgin olması,

iii. Bir kaynak tarafından gazeteciye yayınlanmamış içerikli bilginin sağlanmış olması,

iv. Mesleki faaliyetine ilişkin olarak gazetecilerin ve onların işverenlerinin kimliklerine ilişkin verilerin bulunması.

İlke 1 (Gazetecilerin bilgi kaynağını açıklamama hakkı) Üye Devletler ulusal mevzuatı ve uygulaması, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi (bundan böyle, "*Sözleşme*" olarak anılacaktır) Madde 10'a ve burada düzenlenen ilkelere uygun olarak, ve bu hak bağlamındaki asgari standartlar olarak mütalaa edilecek olan, gazetecilerin bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklamama hakkını temin etmelidir.

İlke 2 (Diğer kişilerin bilgi kaynağını açıklamama hakkı) Bilginin toplanmasında, bu bilginin yayınlanması işlemlerinde ya da dağıtımında üstlendikleri rolle gazetecilerle mesleki ilişkilerinden ötürü bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiye sahip olan diğer kişiler de, eşit biçimde, burada düzenlenen ilkeler çerçevesinde korunacaktır.

İlke 3 (Bilgi kaynağını açıklamama hakkının sınırları)

a. Gazetecinin bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklamama hakkı, Sözleşme Madde 10, paragraf 2'de belirtilenlerden başka hiçbir kayıtlamaya tabi olmamalıdır. Sözleşme Madde 10, paragraf 2'nin kapsamına girer şekilde bir kaynağın açıklanmasındaki meşru bir yararın bir kaynağın kimliğine ilişkin bilginin açıklanmamasındaki kamu yararına daha üstün gelip gelmediğini belirlemede, üye Devletler yetkili makamları, kaynağın açıklanmaması hakkının taşıdığı öneme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında bu hakka atfedilen üstün konuma özel bir dikkat göstereceklerdir ve paragraf b. hükmüne tabi olarak, kaynağın açıklanması emrini sadece, kamu yararı bakımından kaynağı açıklamamayı geri plana iten gereklilik bulunması halinde ve eğer yeterli yaşamsal önem ve ciddi nitelikteki şartlar var ise, verebilirler.

b. Bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklama, aşağıda belirtilen zorunlu şartların mevcudiyeti kesinleşmedikçe, gerekli olarak mütalaa edilmeyecektir:

i. Kaynağı açıklamaya ilişkin makul seçenek önlemlerin mevcut olmaması ya da kaynağın açıklanmasını isteyen kişiler ya da kamu makamları tarafından söz konusu makul seçeneklerin denenmiş olması ve

ii. Kaynağın açıklanmasındaki meşru yararın açıkça kaynağın açıklanmamasındaki kamu yararına üstün gelmesi ki bu halde aşağıdaki unsurlar dikkate alınmalıdır:

• Kaynağın açıklanmasına ilişkin üstün yarar kanıtlanmış olmalıdır,

• Duruma ilişkin şartlar yeterli yaşamsal önem ve ciddi nitelik taşıyor olmalıdır,

• Kaynağın açıklanması gerekliliğinin, baskın bir sosyal ihtiyaca karşılayan nitelikte olduğu tespit edilmelidir ve

• Üye Devletler, bu ihtiyacın var olup olmadığının değerlendirilmesinde belli bir takdir payı kullanırlar; ancak bu takdir yetkisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gözetim/denetim yetkisi ile birlikte söz konusudur.

c.. Yukarıda belirtilen koşullar ve gereklilikler, kaynağın açıklanmaması hakkına dayanılmasının söz konusu olduğu herhangi bir işlemin-/davanın tüm aşamalarında uygulanmalıdır.

İlke 4 (Gazetecilerin bilgi kaynakları bakımından seçenek kanıtlar) Bir kişinin şeref ve şöhretine zarar verdiği iddiasıyla bir gazeteci aleyhine açılan bir davada, makamlar, gerçeğin ya da iddiaların kanıtlanması amacıyla, ulusal usul hukuku çerçevesinde temin edebildikleri tüm delilleri dikkate almalıdırlar ve bu amaç için, bir gazeteciden kaynağının kimliğini açıklaması isteminde bulunmamalıdırlar.

İlke 5 (Bilgi kaynağının açıklanmasına ilişkin koşullar)

a. Yetkili bir makam tarafından bir kaynağın kimliğine ilişkin bilginin açıklanmasını amaçlayan bir işlem yahut talep konulu herhangi bir tasarruf, sadece, bu bilginin açıklanmasında doğrudan bir meşru yararı bulunan kişiler yahut kamu makamları tarafından başlatılabilir.

b. Gazeteciler, yetkili makamlar tarafından, bir kaynağın kimliğine ilişkin bilginin açıklanmamasına dair hakları ve yanı sıra, bu hakkın sınırları konusunda, kendilerinden kaynağı açıklamaları talep edilmeden önce, bilgilendirilmelidirler.

c. Bir kaynağın kimliğine ilişkin bilginin açıklanmaması sebebiyle gazetecilere uygulanacak yaptırımlar ancak, Sözleşme Madde 6 uyarınca ilgili gazetecilerin duruşmada bulunmaları olanağı tanınmış şekilde, davanın yürütümü sırasında yetkili yargısal makamlar tarafından verilmelidir.

d. Gazetecilerin, bir kaynağın kimliğini açıklamamalarından ötürü haklarında verilen yaptırım kararının, bir başka yargısal makam önünde yeniden gözden geçirilmesi hakkı olmalıdır.

e. Gazetecilerin, bir kaynağın kimliğinin açıklanmasına ilişkin bir talep ya da emri yanıtlamak durumunda kalması halinde, yetkili makamlar,

örneğin, uygun hallerde, Sözleşme Madde 6 düzenlemesine gereğince saygı gösterilmesi suretiyle, kamunun bu bilgi açıklamasının dışında tutulması ve bizzat yetkili makamların açıklanan bu bilginin mahremiyetine riayet etmesi gibi usullerle, bu açıklamanın kapsamını sınırlayacak türdeki önlemlerin uygulanmasını dikkate almalıdırlar.

İlke 6 (İletişimin kaydedilmesi, izlenmesi ve yargısal arama ve el koyma)

a.Aşağıdaki önlemler, bu ilkeler düzenlemesi çerçevesinde, gazetecilerin bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklamama hakkını bertaraf etme amacını taşıması halinde, uygulanmamalıdır:

i. Gazetecilerin ya da onların işverenlerinin haberleşmelerinin ve yazışmalarının durdurulmasına/kaydedilmesine ilişkin olarak verilen emirler ya da eylemler,

ii. Gazetecilere, onların irtibatta bulunduklarına ya da işverenlerine ilişkin olarak verilen izleme emirleri ya da eylemleri, ya da

iii. Gazetecilerin ya da işverenlerinin, özel ya da iş yaşamı çerçevesindeki bina ve müştemilatına, şahıslarına ait eşyalara yahut yazışmalarına, ya da mesleki faaliyetleriyle bağlantılı kişisel verilerine ilişkin olarak verilen arama ve elkoyma emirleri ya da eylemleri.

b. Söz konusu yöntemlerin öngörülen amaçlarından olmamasına rağmen, bir kaynağın kimliğine ilişkin bilginin polis ya da yargısal makamlar tarafından yukarıda belirtilen herhangi bir yöntemle usulüne uygun biçimde öğrenilmesi halinde, İlke 3 çerçevesinde bu bilginin açıklanmasını haklı kılacak sebepler ortaya çıkmadığı müddetçe, bu bilginin mahkemeler önünde kanıt olarak bilahare kullanılmasını engelleyecek önlemler mutlaka alınmalıdır.

İlke 7 (Kendini suçlamaya karşı korunma) Bu belgede düzenlenen ilkeler, bir ceza davasında kendini suçlamaya karşı korunma hususundaki ulusal mevzuatı hiçbir biçimde sınırlamayacaktır ve gazeteciler, bu tür mevzuatın uygulanabilir olduğu ölçüde, bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklama hususunda bu kapsamdaki bir korumadan yararlanmalıdırlar."

44. Tavsiyenin tam olarak uygulanması için açıklayıcı notta belirli terimlere açıklık getirilmiştir. "*Kaynak*" kavramı hakkında açıklayıcı not aşağıdaki gibidir:

"*c. Kaynak*

17. Gazeteciye bilgi sağlayan herkes gazetecin kaynağıdır. Gazeteci ile kaynağı arasındaki ilişkinin korunması haber kaynağını açıklamamanın, medya özgürlüğünü harekete geçirmeye yönelik düzenlemelerde 'potansiyel olarak caydırıcı etkisi' nedeniyle bu tavsiyenin amacıdır. (Bkz, Goodwin v. the United Kingdom Kararı, 27 Mart 1996, paragraf 39).

Gazetecilere bilgi her tür kaynaktan ulaşabilmektedir. Bu yüzden bu kavramın geniş biçimde yorumlanması gerekir. Gazeteciye bilginin güncel karşılığı, kaynak tarafından farklı biçimlerde ulaştırılmaktadır örneğin kaynağın gazeteciyi araması ya da gazeteciye yazması veya ona kayıtlı bilgi ya da fotoğrafları göndermesi gibi. aynı zamanda, kaynağın edilgen kalması ya da gazeteciye fotoğraf çekmesi ya da kayda alması gibi bilgiye ulaşması konusunda izin vermesi durumunda bilgi, "şartlı" olarak sağlanmış varsayılır."

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

45- Başvurucu gazeteci olarak bilgi kaynağını açıklamama hakkının inkâr edilmesini ve kaynağını açıklamaya zorlamak için tutuklanmasının haksız olduğunu aşağıda da belirtilen sözleşmenin 10. maddesine dayanarak şikâyet etmiştir:

"*1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu Madde, Devletlerin, radyo televizyon ya da sinema işletmeciliğinin izne/ruhsata bağlanması isteminde bulunmalarını engellemeyecektir.*

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, ödevler ve sorumluluklar ile yürütüleceğinden, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için yahut yargılama organlarının yetke ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir."

46- Hükümet herhangi bir ihlalin olduğunu reddetmektedir.

A. Kabul Edilebilirlik

47- Hükümet ilk olarak başvurucunun hukuki konularda temyiz hakkını aramadığı için itiraz etmiştir. (bkz paragraf 27) Devamında da iç hukuk yollarının tüketilmediğini ifade etmiştir Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu temyiz talebini başvurucunun tutukluğunun kararının kaldırılmasından dolayı kabul etmeyeceği saikiyle 2 Mart 2006 tarihli bir mektupla bu itirazlarından vazgeçmiştir.

B. Davanın Esası

1. Başvurucunun Sözleşmenin 10. Maddesinde korunan hakkına bir müdahalenin olup olmadığı sorunu

49- Her iki tarafta Sözleşmenin 10. maddesinde korunan başvurucunun hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda hem fikirdir. Gerçekten de başvurucunun istinaf mahkemesine yol gösterecek olan kaynağının ismini açıklamayı reddetmesi üzerine konuşmaya mecbur etmek için tutuklama emrinin verilmesi gibi "formaliteler, şartlar, kısıtlamalar ya da cezalara" maruz bırakıldığı açıktır.

2. Bu müdahalenin kanunen öngörülüp öngörülmediği sorunu

50- Hükümet başvurucunun tutuklanmasının kanuna uygun olarak yüksek mahkeme içtihatları ile açıklanan, Ceza Usul Kanunu'nun 294. maddesinin bir uygulanma biçimi olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca bunun uygun usuli bir koruma yöntemi olduğu belirtilmiştir.

51- Başvurucu İstinaf Mahkemesinin gerçek bir nedene dayanarak kararı kurmadığı görüşü ile buna karşı çıkmıştır. Tanıklık yapmayı reddetme saikiyle madde 294 § 1'in "*acil*" terimini ön şart olarak aradığını ifade etmiştir.

52- Mahkeme başvurucunun iddialarını müdahalenin meşru olmadığında değil de daha çok "*demokratik bir toplumda gereklilik*" sorusunda ve o başlığın altına çok daha uygun olarak tartışılması gerektiğini dikkate almıştır.

53- Mahkeme ilaveten başvurucunun tutuklanmasının Ceza Usul Kanunu'nun 294 § 1. maddesinin bir ilkesinin düzenlemesi olarak uygulandığını tespit etmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin amacıyla, mahkeme iç hukuktaki ilkenin başvurucunun tutuklanması açısından uygun olduğunu belirlemiştir.

3. Bu müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı sorunu

54- Hükümet, müdahalenin "*Başkalarının şöhret ve haklarının korunması*" amacıyla şöyle ki, yargının ve Amsterdam polisinin onurunun korunması adına gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Aynı zamanda "*kamu güvenliği*" ve "*düzensizliğin ve suçun önlenmesi*" gibi meşru amaçlara atıfta bulunmuşlardır.

55- Başvurucu davasının şartları altında yargının ve Amsterdam polisinin onurunun, resmi görevin kötüye kullanılması karşısında kaynağını gizlerken bunu açıklamaya maruz bırakılmasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Ayrıca kendisinin savunmasın talebi üzerine ceza muhakeme-

si sürecine tanık olarak çağrıldığını, yargının ya da polisin onurunun tek başına dava konusu süreçle ilgisi olmadığını ifade etmiştir.

56- Mahkeme müdahalenin herhalûkarda suçun önlenmesine yardım etmek amaçlı olduğu konusunda ikna olmuştur.

4. Bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorunu

57- Hükümet R (2000) 7 numaralı gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamamaları hakkında tavsiye kararının 3. ilkesinde belirtilen bilgi kaynağının açıklamanın sınırlarına atıfta bulunarak (Bkz paragraf 43) onun uygulandığını ileri sürmüştür. Özellikle yerindelik ve ölçülülük gereklerinin uygulandığı ileri sürülmüştür.

58. İlk olarak yerindelik açısından, bilgiyi ulaşılıp almayı olanaklı kılacak mantıklı bir alternatif araç olmadığını beyan etmişlerdir. Başvurucunun tutuklanmasından uzun bir süre önce Bay K'nin avukatı tarafından polisin görevini kötüye kullanması iddialarının ardından yargı makamları tarafından bir soruşturma yürütülmüştür. Fakat bu konuda herhangi bir bilgi verilmemiştir.

Başvurucu tutuklandığında, Bay K'nin soruşturmasını gerçekleştiren polis memurlarına yönelen soruşturmanın ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu lanse edilmiştir. Bu soruşturma aynı zamanda -önemli bir ceza soruşturmasında ciddi iddialarda bulunmaya yol açacak nitelikte olan ve "*ağır yankılar*"la yüz yüze kalabilecek polis memurlarından gerekli bilginin sağlanıp sağlanmadığı konusunda- umulan herhangi bir bilgiyi sağlamamıştır.

Devlet Suç Soruşturmaları Bölümü'nün (Rijksrecherche), ek soruşturmalarında polisin yanlış uygulama iddialarına ilişkin olarak Bay K'nin duruşmasında kabul görmeyen resmi bir heyet görevlendirmiştir.

59- İkinci olarak ölçülülük ilkesine gelince, başvurucunun ifadeleri Amsterdam bölgesindeki polis ve yargı otoritelerinin itibarına doğrudan yönelmektedir. Eğer başvurucunun yayınladığı iddialar doğru olması durumunda Hollanda'daki hukuk devleti ilkesine etkisi feci olacaktır. Ayrıca, başvurucunun iddialarının uzun süreli hapis cezasına mahkûm edilen sanıkların mahkûmiyetlerine ve haksız biçimde ele geçirilen delillerle haklarında soruşturma yapılanlar hakkında da doğrudan etkisi vardır.

60- Üçüncü ve son olarak başvurucu 17 günden daha fazla tutuklu olarak tutulmamış ve mahkemenin tutuklamanın gereksiz olduğunu düşünmesine ilişkin kararını verir vermez de tutuklama kararı kaldırılmıştır.

61- Başvurucu ise aynı fikirde değildir. Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin savunma ya da başka bir hakkın gerekip gerekmediği konusundaki

ilgi ile 10. maddedeki dengeyi kurmada hataya düştüğünü iddia etmiştir. Ayrıca silah kaçakçılığının Bakanlar Komitesi tavsiyesinde gazetecinin kaynağını açıklamak zorunda bırakılmasını haklı kılacak derecede sayılan ciddi suçlar arasında yer almadığını belirtmiştir. Nachtwachtlaan binasında bulunan silahlarla ilgili tüm olaylarda bulunduğu gibi ele geçirilmiştir bu nedenle, olaylar hakkında şikâyette bulunulduğu zaman, kamu için tehlike oluşturmadığı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir.

62- İkinci olarak, yerindelik ilkesine uygun hareket edilmemiştir. Savunma tarafından o zaman çağrılan 14 tanıktan kendisi dâhil sadece 3 kişinin celp edildiğini; İstinaf mahkemesinin diğer 11'nin celp talebini reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca hükümetin belirttiği gibi ikinci soruşturmanın yapılmış olmasına rağmen bu soruşturma başvurucunun tutuklanmasından sonra yapılmıştır. İstinaf Mahkemesi, benzer biçimde su baskını meselesi hakkında röportajı yayınlanan diğer gazeteciyi de başvurucunun tutuklanmasından sonra dinlemiştir. Sonuç olarak hükümetin Devlet Suç Soruşturmaları Bölümünce yürütülen soruşturmanın ikrarı dikkate alındığını ancak olayda var olan olasılıkların amaca uygun olarak karar verildiği yönündedir.

63- Mahkeme aşağıdaki ilkelerin genel olarak uygulanabileceğini belirtmektedir. (bkz. Cump_n_ and Maz_re v. Romanya [GC], no. 33348/96, §§ 88–91, AİHM 2004-XI İçtihatları)

"*88- Başvurucu tarafından yapılan şikâyet edilen müdahalenin 'Demokratik bir toplumda gereklilik' ölçütü bakımından incelemesinde, mahkemenin 'acil bir sosyal ihtiyacı' tanımlaması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletler böyle bir ihtiyacın gerekli olup olmadığı konusundaki takdirin tayin edilmesinde kesin bir sınıra sahiptirler fakat bu Avrupa gözetiminde hem yasal düzenlemeler hem de bağımsız mahkemelerce verilmiş olma-larına rağmen, kararların uygulanmasının teşmili ile elden ele geçmektedir. Bu nedenle mahkeme 'sınırlandırmanın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile bağdaşabilir olup olmadığı hakkında son kararı vermekle yetkilidir (...).*

89- Mahkemenin görevi, denetleme işlevi nedeniyle, yetkili yerel mahkemelerin yerine geçmekten çok 10. madde kapsamında alınan kararları takdir hakkına uygun olarak değerlendirmektir (...). Bu denetimin sadece muhatap devletin uygulamasındaki takdir hakkının akla uygun, dikkatli ya da iyi niyetli olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir; mahkemenin yaptığı şey şikâyet konusu olan müdahaleye, başvuruculara karşı görüşleri de içerenler dâhil tüm davanın ışığında ve yapılanlara bu bağlamda, bakmaktır. (...).

90- Mahkeme özellikle ulusal makamlar tarafından yapılan müdahalenin 'ilgili ve uygun' alınan tedbirlerin 'ulaşılmak istenen amaca uygun, yasal ve ölçülü' olup olmadığı konusunda haklılığını ileri süren nedenlerinin

uygun olup olmadığını saptamalıdır (...). Mahkeme, bunu yaparken ulusal makamların dayandığı ilgili olaylarda kullanılan, kabul edilebilir bir takdir yetkisinde 10. maddede somutlaştırılmış ilkelerdeki standartların uygulandığı konusunda ikna olmalıdır(...)."

64- 1985'ten bu yana mahkeme sık sık basının bilgi sağlama ve "*kamu bekçi köpeği*" olma görevinden söz etmektedir. (Barthold v. Almanya kararı 25 Mart 1985, Seri A no. 90, s. 26, § 58; Lingens v. Avusturya kararı 8 Temmuz 1986, Seri A no. 103, s. 27, § 44; Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda kararı 25 Haziran 1992, Seri A no. 239, s. 27, § 63; Cump_n_ and Maz_re, yukarıda paragraf § 93'e bakınız).

65- Gazeteciliğe ait kaynakların korunması, basın özgürlüğünün genel kabul görmüş ve yukarıda paragraf 43'te değinilen Bakanlar Komitesi Tavsiyesi'nde de belirtildiği gibi farklı uluslararası hukuki belgelere yansımış olan temel ilkelerinden biridir. Bunun gibi bir koruma olmaksızın, kaynaklar kamu yararını ilgilendiren meselelerde basını bilgilendirmeye yardımcı olmaktan kaçınabileceklerdir. Sonuç olarak basının, kamu-bekçi köpeği olmasının önemli rolü zayıflatılabilecek ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlaması olumsuz biçimde etkilenecektir. Gazeteciliğe ait kaynakların demokratik bir toplumda basın özgürlüğü adına korunması ve bu hakkın kullanımında, kaynağı açıklamaya zorlamanın potansiyel caydırıcı etkisi dikkate alındığında kamu yararının gereği olarak daha üstün nitelikli bir gereksinim olmadıkça Sözleşmenin 10. maddesine uygun bir tedbir alınmamalıdır. (bkz. Goodwin v. İngiltere, kararı 27 Mart 1996, 1996-II, Kararlar Raporu s. 500, § 39; mutatis mutandis, Roemen and Schmit v. Lüksemburg, no. 51772/99, § 46, ECHR 2003-IV).

66- Mahkemenin, hükümetin ileri sürdüğü iddialardan anladığı üzere, başvurucu iki nedenle kaynağını açıklamalıdır: birincisi Amsterdam Polisinin onurunu korumak; ikincisi sanıkların adil yargılanmasını sağlamaktır.

67- Mahkeme bu durumda herhangi bir şart altında olaya taraf olanları görevinin adil yargılamayı sağlama görevi ile gazetecinin kaynağını açıklamaya zorlanabilmesini ihtiyaç olarak görmemektedir. İstinaf Mahkemesi'nin ceza kovuşturma sürecinde, başvurucudan elde etmeye çalıştığı bilginin potansiyel önemi ne olursa olsun, mahkemenin üç sanığa karşı görevinin esasları dikkate alındığında herhangi bir biçimde engellenmediği görülmüştür. Diğer tanıkların ifadeleri, başvurucudan alınmak istenen ifadelerin yerine konulabilirdi (bkz paragraf 26). Bu nedenle suçlamaya yönelik girişim kabul edilmemiştir.

68- Bu durum başvurucunun kaynağını açıklamasını kendi amaçları için isteyen hükümetin dayandığı yarar ve ilgileri mahkemenin göz ardı etmesine yol açmıştır.

69- Mahkeme başvurucunun yayınladığı iddiaların doğru olup

olmadığını onaylamak durumunda değildir. Mahkeme, Hem umumi vekilin hem de Temyiz Mahkemesi'nin başvurucunun iki haftadan fazla süren tutuklanmasın yeterince ciddiye aldığına işaret etmektedir ve benzer iddialar Sp!ts gazetesi dışındaki yazılı basın tarafından da dile getirilmiştir fakat Temyiz mahkemesi başvurucu tarafından yapılan röportajı inandırıcı bulmadığı için sonunda bertaraf etmiştir

70- Mahkeme bir yandan Hükümetin, kamu otoritesinin özellikle eğer yanlışsa, hileli davranışa ilişkin herhangi bir teklifin olası etkisine ilişkin kaygısını anlamaktadır Fakat diğer taraftan Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir devlette, kamuoyunun bilgilenme hakkının bulunduğu bu tür olaylarda kamu otoritelileri tarafından uygun olmayan yöntemlerin kullanılması düşünmeye sevk etmektedir. (örneğin yukarıda bahsedilen Thorgeir Thorgeirson, s. 28, § 67 ile karşılaştırınız ve Cump_n_ and Maz_re, yukarıda, § 95 değinilen). Bu ışık altında Mahkeme Hükümetin kabulünü (Umumi vekilce görünüşteki yalanlama-paragraf 10'a bakınız) eğer başvurucu kaynağını açıklanmaya mecbur bırakılsaydı başvurucunun kaynağı "*ağır yankılarla*" yüz yüze geleceği şeklinde mütalaa etmektedir.

71- Kaynaklar için sonuçları ne olursa olsun, Hollanda yetkililerince kaynağın kimliğini öğrenmeye yönelik düzenlemelerin uzunluğu mahkemenin işleyişine darbe vurmuştur. Bu tür geniş kapsamlı tedbirler, bu olaydaki gibi yanlış uygulamalara ilişkin olarak doğru ve eksiksiz bilgiye sahip kişilerin ileride meydana gelecek olaylarda ortaya çıkmasını ve bilgilerin basınla paylaşmasının önünü tıkayacaktır.

72- Mahkeme dava konusu olaylarda yarışan hakların dengesini gözeterek demokratik toplumda özgür basını korumak ve güçlendirme lehine olması gerektiğini düşünmüştür. Mahkeme, mevcut davanın olayları açısından Hükümetin, başvurucunun kaynağının kimliğini bilmesinden elde edeceği faydanın uygunluğunun, başvurucunun onu gizlemesindeki yararından daha üstün bulmamıştır. (yukarıda belirtilen Goodwin kararı ile karşılaştırın. s 502, § 45)

73- Bu bulgular mahkemenin, hükümetin geriye kalan tartışmalarını dikkate almasının önüne geçmektedir, şöyle ki, bu kapsamdaki menfaatlerle ilgisi incelendiğinde, başvurucunun tutukluluk süresinin uzunluğu ölçülü değildir.

74- Sonuç olarak Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali vardır.

II. SÖZLEŞMENİN 5 § 1 MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

75- Başvurucu iç hukuka aykırı olarak 24 saat içinde yazılması gereken ve bir kopyasının kendisine verilmesi gereken tutuklama emri olmaksızın tutuklanmasını şikâyet etmiştir. Aynı zamanda gecikmeli olarak

ulaşan yazılı kopyada tutuklamanın sebebinin ne olduğu belirtilmemiş olmasını şikâyet etmiştir. Başvurucu, sözleşmenin aşağıda belirtilen ilgili bölümüne dayanmıştır:

"*1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, ... yasayla öngörülen bir usule uygun olması durumu hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır...*"

76- Hükümet, başvurucunun iddia edilen ihlalin mağduru olduğunu reddetmektedir.

A. Kabul Edilebilirlik

1. Hükümetin İlk İtirazları

77- Başvurucunun şikâyetçi olduğu konunun sonucu olarak gerçek bir olumsuzluğa maruz kalmadığı fikrindedir. Unutulmamalıdır ki başvurucunun kendisine karşı alınan yaptırımın ve nedenlerinin farkında olduğundan şüphe yoktur. İstinaf Mahkemesi kararı soruşturma aşama-sında başvurucuya şahsen sözlü olarak açıklamıştır. Hükümete göre, bu nedenle başvurucu, sözleşmenin 34. maddesi anlamında "*mağduriyet*" iddiasında bulunamayacaktır.

78- Başvurucu iç hukukun öngördüğü gibi 24 saat içinde tutuklamanın haklı bir gerekçesi gösterilmediğini yinelemiştir.

79- Mahkemenin daha önceki kararlarında defalarca belirttiği üzere herhangi bir hasar ya da zarar olmasa dahi ihlalin varlığı düşünülebilir; sorun başvurucunun Sözleşmenin 34. ve 41. maddelerine göre tayin edilen duruma uygun olup olmadığıdır. (Marckx v. Belçika, 13 Haziran 1979, Series A no. 31, s. 13, § 27, The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusya no. 72881/01, § 65, AİHM 2006-...). Başvurucuya uygulanabilecek herhangi bir tedbirin yokluğunda, yerel makamlar tarafından ihlalin onaylanmasına ek olarak (_danoka v. Litvanya [GC], no. 58278/00, § 69, AİHM 2006-...) Mahkeme de mevcut davada farklı yönde bir karar vermeyi düşünmemektedir. Bu nedenle Hükümetin ilk itirazı üzerinde durulmamalıdır.

2. Kabul edilebilirlik Kararı

80- Mahkeme bu şikâyeti sözleşmenin 35 § 3 anlamında açıkça dayanaktan yoksun görmemektedir. Bu nedenle kabul edilebilir olduğu açıklanmalıdır.

B. Davanın Esası

81- Hükümet iç hukukun uygunluğunu tartışma girişiminde bulunmamıştır.

82- Mahkemenin birçok kez tutuklamanın "*yasal*" olup olmadığı sorusunu sürdürdüğü gibi Sözleşme esas olarak iç hukuka, onun bağımsız

olarak düzenlenmiş usul ve kurallarına uyma zorunluluğunun yeniden değerlendirilmesi için havale etmektedir. (Wassink v. Hollanda kararı 27 Eylül 1990, Series A no. 185-A, s. 11, § 24; Öcalan v. Türkiye [GC], no. 46221/99, § 83, 12 Mayıs 2005; and Nakach v.Hollanda, no. 5379/02, § 37, 30 Haziran 2005).

83- Mahkeme başvurucunun tutuklanması kararının, tanıklık etmekten kaçınması üzerine verilmiş olmasına rağmen başvurucunun belirttiği gibi bir nedenin gereksiz olduğunu gözlemlemiştir. İç hukuk kuralları tutuklama kararının 24 saat içinde yazılı olarak bildirilmesini şart koşmaktadır. (Ceza Usul Kanunu Madde 224 – yukarıda paragraf 37'ye bakın). Hükümet tutuklama emrinin yazılı kopyasının üç gün sonra sağlandığını inkâr etmemektedir. Mahkeme bu nedenle kanunen öngörülen bir usul izlenmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Sözleşmenin 5 § 1maddesinin ihlalli vardır.

III. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

84- Başvurucu sözleşmenin 5. maddesine göre yaptığı aynı şikâyetleri sözleşmenin 6. maddesi anlamında genişletmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"*Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, ... adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir...*"

85- Hükümet herhangi bir yorumda bulunmamıştır.

86- Mahkeme, hukukun egemen olduğu demokratik bir toplumda ceza muhakemesi sürecinde tanıklık etmek görevinin sıradan bir medeni görev olarak değerlendirmektedir. Tanıklık yapmaya zorlamak ne tanığın medeni hak ve yükümlülüklerindeki tanımda (bkz British Broadcasting Corporation v. İngiltere, no. 25798/94, 18 Ocak 1996 tarihli komisyon kararı); ne de "*iddianamede*" tanıklara karşı tanımda yer almamaktadır. Bu nedenle bu şikâyetin sözleşmenin 35 § 3 anlamında 6. madde ile konu bakımından bağdaşmadığını ve 35 § 4.'e göre kabul edilemez olduğunu bildirmektedir.

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNE GÖRE BAŞVURU

87- Sözleşmenin 41. maddesi şu hakları sağlamaktadır

"*Sözleşme ya da onun Protokollerinin bir ihlali bulunduğunu bulursa ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku ancak kısmi bir giderime elveriyorsa, Mahkeme, gerekli olduğunda, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun biçimde tatmin edilmesini temin edecektir.*"

88- Başvurucu zarara ilişkin bir iddiada bulunmamıştır.

89- Başvurucu Katma değer vergileri de dâhil olmak üzere davanın

mahkemeye sunulmasına kadar maliyet ve masraf bedeli olarak 23,104.77 EURO talep etmiştir.

90- Hükümet bu iddiaları fahiş bulmuştur.

91- Mahkemenin içtihatlarına göre maliyet ve masraflar sözleşmenin 41. maddesinde belirtildiği gibi sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. Buna ilaveten maliyet ve masraflar gerçekten maruz kalınan meblağda olmalı, gerekli ve aynı zamanda makul miktarlarda olmalıdır.(bkz, Dudgeon v. the United Kingdom (eski madde 50), 24 Şubat 1983 tarihli karar, Seri A no. 59, s. 9, § 20).

92- Başvurucunun temsilcisi tarafından yapılan masraflar Sp!ts gazetesinin de sahibi olan Telegraaf Media Groep N.V.'ya faturalanmıştır. Başvurucunun masraflardan yükümlü olacağına ilişkin bir durum gösterilmemiştir. Bu durumda mahkeme başvurucunun talebini reddetmiştir (bakınız Dudgeon (eski Madde 50), s. 10, § 22).

MAHKEME BU NEDENLERLE, OYBİRLİĞİ İLE

1. Başvurucunun Sözleşmenin 10. maddesi ile 5 § 1 maddesine göre şikâyetinin kabul edilebilir olduğuna,

2. Başvurucun diğer taleplerini uygun bulunmadığına,

3. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine,

4. Sözleşmeni5 § 1 maddesinin ihlal edildiğine,

5. Başvurucunun adli tatmin amaçlı taleplerinin reddine, karar vermiştir.

Karar İngilizce olarak alınmış ve Kural 77 §§ 2 ve Mahkeme Kuralları 3. kuralına uygun olarak 22 Kasım 2007 tarihinde yazılarak tebliğ edilmiştir.

Santiago Quesada Bo_tjan M. Zupan_i_ / Zabit Kâtibi Başkanı

Sözleşmenin 45 § 2. maddesi ve Mahkeme Kuralları 74 § 2'ye uygun olarak Bayan Thomassen tarafından yazılan mutabık görüş metni hükme eklenmiştir.

YARGIÇ WILHELMINA THOMASSEN'İN MUTABIK GÖRÜŞÜ

Bu davadaki hükme tümüyle katılıyorum. Ancak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama kararına karşı iç hukuk yollarının yetersizliği hususunda ek gözlemlerde bulunmayı uygun buluyorum. Ceza Usul Yasası 294 § 3 hükümleri başvurucu hakkında uygulanan tutuklama kararına karşı hukuk yolunun olmadığını belirtmektedir. Buna karşın 223 § 3 hükmü başvurucuya tahliye talebinin reddine ilişkin olarak Yüksek Mahkemeye (Hoge Raad) temyiz başvurusunda yasal bir sorun temelinde

temyizde başvuru olanağı vermektedir. Başvurucu kanunen tahliye talebinin reddine ilişkin olarak kanunen temyiz hakkını kullanmıştır. Bu temyiz tutuklama kararını da veren aynı hâkimler tarafından redde-dilmiştir. Akabinde başvurucu yasal bir sorun temelinde Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuş fakat tahliye edilmesinden sonra ve mahkemenin hükmünü vermesinden önce başvurusunu geri çekmiştir. Başlangıçta hükümet, başvurucunun Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunu geri çekmesini iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde olduğunu ileri sürmüştür. Daha sonra bu ilk itirazlarını, başvurucunun davasının incelenebileceği sırada başvurucunun tutuklu olmayacağı nedeniyle Yüksek Mahkemenin bu temyizi kabul edilemez bulacağı düşüncesine vararak, geri çekmişlerdir. (2 Mart 2006 tarihli Hükümet Mektubu.)

Görünüşe göre, başvurucunun salıverilmesinden ötürü menfaatten yoksunluk nedeniyle Yüksek Mahkeme'nin bu temyizi reddedeceğine dair şüphe olmadığı görüşü Hükümet tarafından benimsenmiştir.

Eğer bu varsayım doğruysa, iç hukuk düzeyindeki koruma yetersizdir. (Eğer böyleyse) bu durum, başvuruculların tutukluluklarının hukukiliği hakkında, tutuklama kararını veren Temyiz Mahkemesinden başka bir mahkeme önünde itiraz edilemeyeceği anlamına gelir. Yalnızca başvuranın yargılama sırasında salıverilmesi nedeniyle, Yüksek Mahkeme tarafından ne tutuklamanın hukukiliğine göre ne de 10. maddeye uygunluğuna göre hukuki hususları açıklığa kavuşturmayacağı anlamına gelir.

Temel hakların etkili bir koruma gerektirmesi nedeniyle bu dava, gelecek bakımından bulunabilecek olası çözümlerin ne olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal düzene yalnızca ikincil koruma anlamında müdahale etmelidir. Ayrıca Mahkemenin artan işyükü bakımından iç hukuk düzeyinde etkili bir koruma gerekir. (Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 12 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilen, temel sistematik sorunları ortaya koyan hükümler hakkındaki Res (2004)3 Tavsiye Kararı)

Bence, ya Sözleşme'den doğan, Yüksek Mahkeme'nin görevi gereği yapılacak temyiz incelemesi yolu ile ya da belki de Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki görevlerini düzenleyen yasal hükümlerin düzenlenmesi yolu ile, kişi salıverilmiş olsa bile tutuklama kararının temyizine ve Yüksek Mahkeme'nin, tutuklama kararının hukukiliğine karşı şikâyetleri incelemesine izin vererek böyle bir çözüm bulunabilir. Bu bağlamda Mahkeme'nin, şikâyetleri kabul etmesinden, yani yedi yıldan daha uzun bir süre önce, 22 Eylül 2000 tarihinden itibaren tutuklanmış olmaları dikkate alınmalıdır. Yüksek Mahkeme, Sözleşme'nin 5. ve 10. maddelerine dayanan makul itirazları incelemiş olsaydı, büyük bir ihtimalle 2000 yılında ya da buna nazaran biraz daha sonra, 2001 yılında, başvurucu hukuka uykun bir

hüküm elde edebilirdi. Ayrıca böyle bir hüküm, konunun canlılığını koruduğu bir zamanda, ulusal düzeydeki bir tartışmayı başlatabilirdi. Eğer ulusal mahkeme başvurucunun tutuklanmasının Sözleşme'nin 5. ve 10. maddelerini ihlal ettiği sonucuna da varmış olsaydı, başvurucu makul bir zamanda bir kanun yoluna başvurabilirdi ve Mahkeme'ye sunulan başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmediği nedeniyle kabul edilemez bulunurdu.

AKTARMALAR / AYRILMALAR / YİTİRDİKLERİMİZ

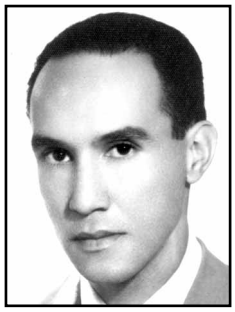
AKTARIMLAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİH
1	36858	ELİF	KARALOĞLU	Nakil Gitme	19/03/2009
2	22990	M. ŞENCAN	ŞİMŞEK	Nakil Gitme	26/03/2009
3	34849	Ü. DEFNE	ATICI	Nakil Gitme	26/03/2009
4	35684	GÜRHAN	KOÇ	Nakil Gitme	26/03/2009
5	22693	HURİYE	KARABACAK	Nakil Gitme	26/03/2009
6	26599	MEHMET	CANPOLAT	Nakil Gitme	26/03/2009
7	32549	İBRAHİM	DOMAÇ	Nakil Gitme	09/04/2009
8	28641	YAVUZ	KARAKUŞ	Nakil Gitme	09/04/2009
9	20935	VİLDAN	ERYILMAZ	Nakil Gitme	09/04/2009
10	22966	MEHMET	GÖLEBATMAZ	Nakil Gitme	09/04/2009
11	37176	METİN	EREN	Nakil Gitme	09/04/2009
12	24345	TÜLİN	UYAR	Nakil Gitme	09/04/2009
13	22968	H. BEYHAN	GÖLEBATMAZ	Nakil Gitme	09/04/2009
14	31382	ALİ	EKİNCİ	Nakil Gitme	16/04/2009
15	23781	SENEM	YARDIM ÖZANDAÇ	Nakil Gitme	16/04/2009
16	30613	UYGAR	BUDAK	Nakil Gitme	16/04/2009
17	23709	ALİ	DERE	Nakil Gitme	16/04/2009
18	13395	H. FERDA	HABİBOĞLU	Nakil Gitme	16/04/2009
19	29861	MUAMMER	UYSAL	Nakil Gitme	16/04/2009
20	33324	Ö. FARUK	FIRAT	Nakil Gitme	16/04/2009
21	24193	HÜSEYİN	ATAK	Nakil Gitme	16/04/2009
22	26502	HALİL	ÇETİN	Nakil Gitme	22/04/2009
23	33148	AKİF	DERVİŞ	Nakil Gitme	22/04/2009
24	21686	AYKUT	TÜRE	Nakil Gitme	22/04/2009
25	32923	ARİF	AKÜZÜM	Nakil Gitme	22/04/2009
26	30440	FERDİ	KAHVECİ	Nakil Gitme	22/04/2009
27	29648	ERKAN	AYKANAT	Nakil Gitme	22/04/2009
28	35178	HAŞİM	TOĞAY	Nakil Gitme	22/04/2009
29	32698	ORHAN	DEMİREL	Nakil Gitme	30/04/2009
30	31116	BİLAL	ŞEN	Nakil Gitme	30/04/2009
31	35977	MEHMET	ÇINAR	Nakil Gitme	30/04/2009
32	34380	GÖKHAN	PERVAN	Nakil Gitme	30/04/2009
33	27440	MUSTAFA	ÇİMEN	Nakil Gitme	30/04/2009
34	33195	ÇAĞRI	KÖSELİ	Nakil Gitme	30/04/2009
35	19330	SELVA	KAYADELEN	Nakil Gitme	07/05/2009
36	17898	İBRAHİM	İNCE	Nakil Gitme	07/05/2009
37	21478	RAMAZAN	TOPRAK	Nakil Gitme	07/05/2009
38	33373	MEDAR	ACAR	Nakil Gitme	07/05/2009
39	32154	MESUT	ÖZER	Nakil Gitme	14/05/2009
40	31026	ALPER	DEMİRELİ	Nakil Gitme	14/05/2009
41	30562	YEŞİM	ÇARIKÇI ESKİÇIRAK	Nakil Gitme	14/05/2009
42	36953	BURKAY	DİKİCİ	Nakil Gitme	14/05/2009

AYRILMALAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİH
1	20214	CİHAN	TOPÇU	İstifa	19/03/2009
2	23277	MURAT	ŞİMŞEK	İstifa	26/03/2009
3	13931	OYA	ESENDAL	İstifa	26/03/2009
4	32089	YELİZ	TAŞGIN	İstifa	26/03/2009
5	16705	NECDET	KARATEPE	İstifa	09/04/2009
6	27314	BİRGÜL	TAŞKALE	İstifa	09/04/2009
7	21742	SELÇUK	ALP	İstifa	09/04/2009
8	31530	OLCAY	SÖNMEZ	İstifa	16/04/2009
9	36073	ESER	KÜTÜKÇÜ	İstifa	16/04/2009
10	36043	S. FEVZİ	VURUR	İstifa	16/04/2009
11	36064	ONUR	İNAN	İstifa	16/04/2009
12	34470	HÜSEYİN	KOCABAY	İstifa	22/04/2009
13	33258	S. KAMİL	YAMAN	İstifa	22/04/2009
14	32353	M. ALPER	KILIÇ	İstifa	22/04/2009
15	35640	SERKAN	ÖZGÜNGÖR	İstifa	22/04/2009
16	36826	KÜBRA	ERGÜL	İstifa	22/04/2009
17	32735	ESMA	CANIBEYAZ	İstifa	22/04/2009
18	6246	H. FERİT	ERTUĞ	İstifa	22/04/2009
19	33774	O. FIRAT	ATILGAN	İstifa	22/04/2009
20	36220	MECİT	DEMİR	İstifa	22/04/2009
21	26534	ÖZLEM	ÇIKLA	İstifa	22/04/2009
22	35643	SAMET	KALYONCU	İstifa	22/04/2009
23	9494	YAŞAR	OKUR	İstifa	30/04/2009
24	34151	CENGİZ	ÇALIŞKAN	İstifa	30/04/2009
25	34198	ALİ	SAVAŞIR	İstifa	30/04/2009
26	32146	ÜMİT	ORHAN	İstifa	07/05/2009
27	14708	İRFAN	CAN	İstifa	14/05/2009
28	27316	YAVUZ	ŞAHİN	İstifa	14/05/2009
29	18020	SAYGI	DURMAZ	İstifa	14/05/2009
30	37359	SEDA	YILDIRAN	İstifa	14/05/2009
31	20013	MUSTAFA	ŞİMŞEK	İstifa	14/05/2009

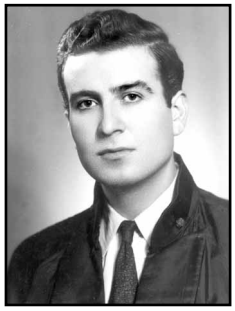
YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 5088 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ABDULLAH RIFKI ÖZKAN
09/08/1998 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında Konya'da doğmuş 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

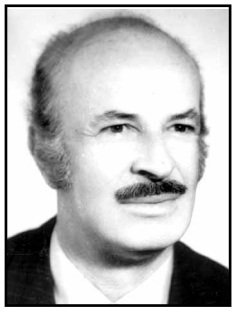
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4270 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
AHMET NİHAT DARCAN
27/01/2000 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında İzmir'de doğmuş 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1958 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

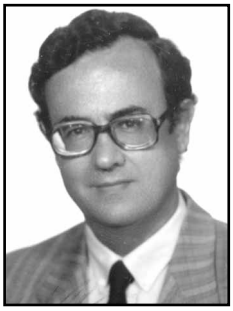
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11139 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
NECMETTİN AKİF KARACA
30/11/2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Erdek'de doğmuş 1953 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 18/01/1979 tarihinde Hakimlikten emekli olarak Baromuz levhasına kaydolmuştur.

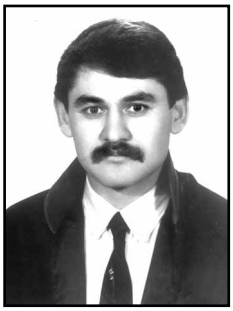
Merhuma Tanrıdan acılı, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6115 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ALİ HAYDAR KUTLUAY
07/11/2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Isparta'da doğmuş 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1968 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

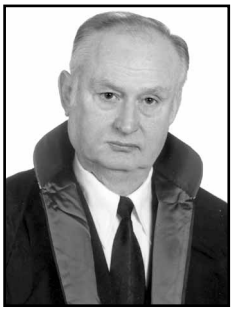
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 15744 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
KAMİL KİRMAN
22/03/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1962 yılında Ardahan'da doğmuş 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1989 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

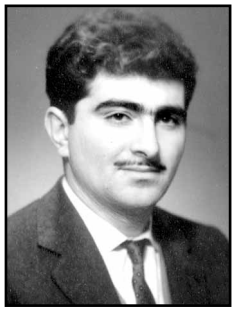
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 17650 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
NUSRET ÖNSÜER
28/03/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Artvin'de doğmuş 1990 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 12/12/1991 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

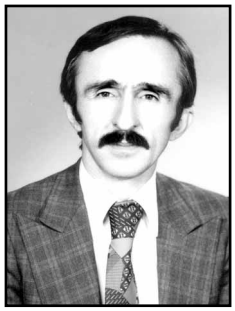
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5021 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
DİRAN BAKAR
30/03/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında İstanbul'da doğmuş 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11015 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
TEKİN İLTER
12/04/2009 tarihinde vefat etmiştir.

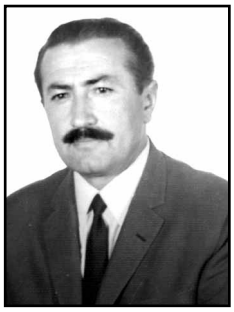
Merhum 1941 yılında İstanbul'da doğmuş 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 08/06/1978 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6689 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ÖZDEMİR ARKAN
19/04/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında İstanbul'da doğmuş 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1978 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

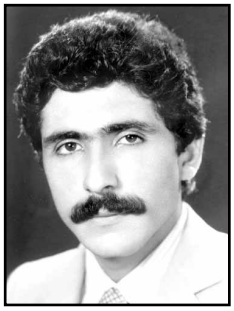
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6501 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ALPARSLAN ÖKTENER
27/04/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Terme'de doğmuş 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Erzurum Barosu'nda yaparak, 1970 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11815 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
İHSAN COŞKUN
05/05/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Kurucivik'te doğmuş 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 21900 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
HASAN ÇANKAYA
11/05/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1953 yılında Akçaeniş'de doğmuş 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8449 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ORHAN GÜNER
12/05/2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında Divriği'de doğmuş 1960 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, hakimlikten 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

DİZİNLER

KAVRAMLARA GÖRE
ARAMA DİZİNİ

A

2 B ARAZİSİ *1661*
506 SAYILI YASANIN 10. MADDESİ İLE 26. MADDESİNDEKİ DÜZENLEME ARASINDAKİ FARK *1560*
ABONELİĞİN SONA ERMESİ *1500*
ADALET VE NESAFET KURALLARI *1603*
AĞIR ELEŞTİRİ *1507*
AİDİYETİN TESPİTİ DAVASI *1523*
AİLE HUKUKU *1489, 1490,1492*
AİLE KONUTU *1484*
ALIM SATIM SÖZLEŞMESİ *1450*
ALT İŞVEREN *1667*
AMACA UYGUN KULLANMA *1647*
ANNE VE BABAYA VERİLECEK OLAN DESTEK PAYLARI *1635*
APARTMAN DUVARININ YIKILMASI *1639*
ARA DİNLENMESİ *1533*
ARD ETKİSİ *1456*
ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ *1623*
ARSA SAHİBİNDEN ALINAN TAŞINMAZ *1454*
ASIL İŞVEREN *1667*
ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU *1667*
ASKERDE BULUNAN KOCANIN SORUMLULUĞU *1587*
AVUKATIN MAZERET DİLEKÇESİ VERMESİ DURUMUNDA MAHKEMECE YAPILACAK İŞ *1491*
AVUKAT SIFATI BULUNMAYAN VEKİLİN YAPTIĞI İŞLEMLER *1441*
AYIP İHBARI *1450*
AYNI ANDA İKİ AYRI SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNDA YAŞLILIK AYLIĞI ALMASINA YASACA ONAY VERİLMEDİĞİ *1668*

B

BAHÇE OLARAK ÖZGÜLENEN YER *1647*
BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ *1534*
BELİRSİZ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ *1530*
BEKLETİCİ MESELE *1629*
BİLİRKİŞİ RAPORU *1507*
BİRDEN FAZLA BORÇLU *1584*
BONONUN VERİLİŞ NEDENİ *1653*
BORCA İTİRAZ *1585*

BORCUN TASFİYESİ 1591
BORÇ DOĞURAN BELGE 1441
BORÇLAR HUKUKU 1452, 1597, 1603, 1619
BORÇLUNUN İTİRAZ VE ŞİKAYET HAKLARI 1592
BORÇLUNUN MAHKEMECE DİNLENMESİ ZORUNLULUĞU 1654
BORÇLUNUN ŞİKAYETİ 1582
BORÇLUYA TANINAN SÜRE 1656
BORDROLARDAKİ AÇIKLAMALAR 1533
BOŞANMA DAVASINDAN SONRA BİRLİKTE OLMA 1492
BOŞANMADA MADDİ MANEVİ TAZMİNAT 1489
BOZMA DIŞINDA KALAN BÖLÜM 1637

C - Ç

ÇEKE DAYALI TAKİP 1582
ÇEKTE ZAMANAŞIMI SÜRESİ 1583
CEZAİ ŞART 1603

D

DANIŞIKLI İŞLEM SONUCU YAPILAN İŞLEMİN İPTALİ 1619
DAVACI ORTAĞA OTURMAYA UYGUN KONUT TESLİM ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ KOOPERATİFİN YERİNE GETİRMEMESİ DURUMU 1573
DAVADA SIFAT 1629
DAVA HARCI 1489
DAVALARIN FARKLI OLAYLARA DAYANMASI 1490
DAVANIN DEVAMI 1481
DAVANIN REDDİ 1492
DAVANIN YENİLENMESİ 1474
DAVAYLA MUVAFAKATIN GERİ ALINMASI 1484
DEFTER İNCELEMESİ 1630
DEĞER TESPİTİ 1511
DERDESTLİK SAVI 1490
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI 1635
DEVLET MEMURUNUN İDAREYE KARŞI SORUMLULUĞU 1452
DİNLENME ARASI 1552
DÜRÜSTLÜK KURALI 1646

E

ECRİMİSİL 1496
ELATMANIN ÖNLENMESİ 1484
ESKİ HALE İADE 1505

F

FAİZ İŞLETİLMESİ YÖNTEMİ *1567*
FATURA BEDELİ *1655*
FAZLA ÇALIŞMA *1552*
FAZLA ÇALIŞMALAR *1461*
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ *1529, 1533*
FAZLA MESAİ ÜCRETİ ÖDENEN AYLAR *1552*

G

GEÇERLİ FESİH *1528, 1553*
GEÇERSİZ NEDENLE ÖDENEN PARANIN İADESİ *1611*
GEMİ MÜLKİYETİ *1588*
GÖREVLİ MAHKEME *1495, 1645*
GÖREVSİZLİK KARARI *1481*
GÜNDE 12 SAAT ÇALIŞAN İŞÇİ *1533*

H

HACZİN KALDIRILMASI *1588*
HAFTA TATİLİ ÜCRETİ *1552*
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE *1481*
HAK SAHİBİNİN AÇTIĞI DAVA *1470*
HAKSIZ FESİH *1570*
HAKSIZ İŞGALDEN DOĞAN DAVA *1495*
HAKSIZ REKABET *1570*
HARCIN TAMAMLANMASI *1474*
HARÇ ÖDEME KOŞULU *1474*
HAVALE İLE YAPILAN ÖDEMENİN BİR BAŞKA BORÇ İÇİN YAPILDIĞININ İSPAT YÜKÜMÜ *1597*
HAVA PERSONELİ *1570*
HEKİMİN HATALI AMELİYAT İLE ÖLÜME NEDEN OLMASI *1599*
HEKİMİN KUSURU *1599*
HİZMET AKDİNİN ZORUNLU NEDENLE FESHEDİLMESİ *1528*
HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA *1602*
HOŞGÖRÜ SINIRI İÇİNDE KALAN İŞLEMLER *1482*
HUKUK MAHKEMESİNDE BAKILACAĞI KURALI *1573*

İ

İBRANAME *1468*
İBRAZ SÜRESİ *1583*
İCRA HAKİMİNİN GÖREV ALANI *1581*

İCRA HUKUKU 1441, 1515, 1516, 1581, 1582, 1584, 1585, 1586, 1587, 1588, 1591, 1592, 1655
İCRA İNKAR TAZMİNATI 1516, 1655
İCRA MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI 1588
İCRANIN DURMASI 1505
İDARİ BİRİM ÖLÇÜTÜ 1568
İFLAS DAVASI 1654
İFLAS HUKUKU 1654
İHALENİN FESHİ 1590
İKAMETGAH KAVRAMI 1584
İLAMSIZ TAKİP 1585
İLK OTURUMA KADAR İLERİ SÜRÜLEN İSTEMLER 1527
İLTİHAKİ SÖZLEŞMELER 1447
İNANÇ SÖZLEŞMESİ 1611
İNCELEME YÖNTEMİ 1639
İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİ 1581
İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ 1553
İSPAT YÜKÜ 1461
İSTİHKAK DAVASI 1673
İŞ AKDİNİN KARŞILIKLI MUTABAKATLA FESHİ 1540
İŞÇİ LEHİNE OLUŞAN KAZANILMIŞ HAK 1456
İŞE ALMA VE İŞTEN ÇIKARMA YETKİSİ OLAN İŞVEREN VEKİLİNİN İŞE İADE DAVASI 1549
İŞE İADE 1549
İŞE İADE DAVASI 1553
İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI 1544
İŞ HUKUKU 1445, 1456, 1459, 1461, 1468, 1470, 1527, 1528, 1529, 1530, 1532, 1534, 1539, 1540, 1544 1547, 1549, 1552, 1553, 1563, 1667
İŞ KAZASI 1667
İŞLETMENİN MUVAZAALI DEVRİ 1630
İŞLEVSEL RANT 1511
İŞ MAHKEMESİNDE AÇILAN DAVA 1670
İŞ MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI 1599, 1602
İŞ ŞARTI 1456
İTİRAZIN KALDIRILMASI 1581
İYİ NİYET KURALI 1619
İZİN ÜCRETİ 1532
ISLAH DİLEKÇESİYLE ARTTIRILAN MİKTAR 1506

..... K - L .....

KAÇAK YAPININ DURUMU 1523
KAMBİYO HUKUKU 1653

KAMBİYO SENEDİ *1568*
KAMULAŞTIRMA HUKUKU *1511*
KANITLAMA YÖNTEMİ *1611*
KANIT YÜKÜMÜ *1653*
KAPICILIK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVA *1599*
KARARI İMZALAYAN KAT MALİKİNİN AÇTIĞI DAVA *1646*
KARŞI AÇIKLAMA *1507*
KAT MALİKLERİ KURULU KARARININ İPTALİ *1646*
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU *1497, 1645, 1646, 1647*
KAT MÜLKİYETİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIK *1645*
KAYITLAR İLE İBRANAME ARASINDAKİ ÇELİŞKİ *1468*
KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI *1613, 1637*
KEŞİDE YERİ *1568, 1582*
KISA KARAR UZUN KARAR ÇELİŞKİSİ *1463*
KISMİ ÖDEMELER *1591*
KİRA ALACAĞI *1516*
KİRA BORCU *1515*
KİRACILIK SIFATININ TESPİTİ *1577*
KİRACILIK SIFATININ TESPİTİ DAVASINDA HUKUKİ YARAR ÖLÇÜTÜ *1577*
KİRA TESPİTİ DAVASI *1498*
KİŞİLİK HAKLARI *1507*
KOMŞU OTOPARKA VERİLEN ZARAR *1639*
KONUŞMA ÜCRETİ *1500*
KOOPERATİF İLE ÜYELERİ ARASINDAKİ DAVALARA TÜKETİCİ MAHKEMESİNDE DEĞİL ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNDE BAKILACAĞI KURALI *1573*
KOOPERATİF ORTAKLIĞI *1573*
KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAK *1567*
KOOPERATİF ÜYELİĞİ *1629*
KOOPERATİF ÜYESİ TARAFINDAN ÖDENEN PARALARIN İADESİ *1567*
LİKİT ALACAK *1655*

..... *M - N* .....

MAHKEME KARARININ BOZULMASI *1505*
MAHKEME KARARLARININ AÇIK VE NET OLARAK YAZILMASI İLKESİ *1463*
MAHSUP YÖNTEMİ *1591*
MAKUL YARAR KOŞULU *1540*
MAL TALEBİNE YÖNELİK DAVA *1489*
MANEVİ GİDERİM *1507*

MECBURİ HİZMET SÜRESİ 1530
MEDENİ HUKUK 1619
MENKUL MAL SAYILAN YABANCI BAYRAKLI GEMİ 1588
MEVSİMLİK İŞÇİ 1532
MİRAS HUKUKU 1482
MUHDESAT 1523
MUHTIRADA ŞEKİL KOŞULU • SENDİKAL TAZMİNAT 1445
MURİS MUVAZAASI 1482
MUVAZAALI SATIŞ 1619
MÜŞTEREK MÜLKİYET 1496
NAFAKA BORCU 1587
NÜFUS KAYITLARININ YANGINLA YOK OLMASI 1470

O - Ö

ÖDEME EMRİ 1515
ÖDENEN PARANIN GERİ ALINMASI 1505
ÖNCEKİ ABONEDEN KALAN BORÇTAN YENİ ABONENİN SORUMLU TUTULAMAYACAĞI 1447
ÖZEL HAKEM ŞARTI 1553
ÖZEL YETKİ ANLAŞMASI 1605
ÖZEN BORCU 1599
ORMAN KADASTROSU 1661
ORTAK ALANLAR 1647
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ 1523

P - R

PARÇABAŞI ÜCRET 1529
PERFORMANS DEĞERLENDİRİLMESİ 1534
PROJEYE AYKIRI İNŞAAT 1622
RÜCUAN TAZMİNAT 1575
RÜCU DAVALARINDA GELİRLERDEKİ ARTILARIN İSTENMESİ DURUMU 1560

S - Ş

SENDİKADAN İSTİFA EDEN İŞÇİNİN DURUMU 1456
SENEDE MAHSUBEN HAVALE 1597
SENEDİN TALİLİ 1653
SGK ALEYHİNE AÇILACAK HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME 1465
SİGORTA HUKUKU 1575

SİGORTALI ARACIN BAŞKA ARACA ÇARPMASI İLE KARŞI ARAÇTA TAŞINAN EMTİADAKİ HASARDAN SORUMLULUK 1575
SİGORTALININ KESİNTİLİ ÇALIŞMASI 1459
SİTENİN TEMSİLİ 1497
SİTE YÖNETİMİ 1497
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU 1668
SOSYAL GÜVENLİK KAYITLARI 1470
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DAVA 1606
SÖZLEŞMEDEN DÖNME 1450
SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN DEVAMLILIĞI İLKESİ 1539
SÖZLEŞMENİN KANITLANMASI KOŞULU 1606
SÖZLEŞMEYE AYKIRI İNŞAAT 1623
SÖZLÜ YARGILAMA 1527
SÖZLÜ YARGILAMA YÖNTEMİ 1559
SÖZLÜ YARGILAMA YÖNTEMİNDE İLK İTİRAZLAR 1559
SU ABONELİĞİ 1447
ŞAHIS ADINA TESCİLİN MÜMKÜN OLMAMASI 1661
ŞEKİL KOŞULU 1568

T

TAKDİRİ İNDİRİM 1603
TAKİPTE YETKİ KURALI 1584
TAPU İPTALİ 1629
TARAFLARIN KARŞILIKLI OLARAK PROJEYE AYKIRI İNŞAATA MUVAFAKAT ETMESİ 1622
TAŞINMAZDA DAVACININ MUVAFAKATI İLE OTURULMASI DURUMU 1484
TAŞINMAZ HUKUKU 1484, 1495, 1496, 1623
TAŞINMAZIN KİRALANMASI 1496
TAZMİNAT HUKUKU 1570, 1635, 1639
TAZMİNAT İSTEME OLANAĞI 1570
TEBLİGAT HUKUKU 1582, 1590
TELEFON ABONELİĞİ 1500
TEMERRÜDÜN OLUŞMASI 1656
TEMERRÜT İHTARI 1656
TEMİNAT SENEDİ 1586
TEMYİZ GİDERLERİ 1445
TİCARET HUKUKU 1567, 1568, 1573, 1629
TİCARET SİCİLİ KAYITLARI 1670
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ 1539
TRAFİK VE İHTİYARİ MALİ MESULİYET SİGORTASININ SORUMLULUK KAPSAMI 1575

TÜKETİCİ HUKUKU 1447
TÜKETİCİ MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI 1613
TÜRK GEMİ SİCİLİ 1588
TÜZEL KİŞİLER 1521
TÜZEL KİŞİNİN İKAMETGAHI 1670
TÜZEL KİŞİYE TEBLİGAT 1590

U - Ü

USUL HUKUKU 1481, 1491, 1605, 1606
USULSÜZ TEBLİGAT 1582, 1590
UYGULANACAK YÖNTEM 1498
UYUŞMAZLIĞIN DEVAM ETMESİ 1592
ÜCRETİN VE HİZMET SÜRESİNİN TESPİTİ 1529

V

VEKALET İLİŞKİSİ 1599
VEKALET ÜCRETİ 1673

Y

YAPILACAK İŞLEM 1563
YARGILAMA YÖNTEMİ 1582, 1586
YARGININ AÇIKLIK VE NETLİK İLKESİ 1463
YARGITAY AŞAMASINDA FERAGAT 1563
YARGITAY BOZMASI 1637
YARGITAY BOZMASINDAN SONRA KURULAN YENİ HÜKÜM 1613
YARGITAY İLAMI 1677
YASAL KARİNE 1459
YASAL KOŞULLAR 1515
YASANIN BELİRLEDİĞİ YETKİLİ MAHKEME 1605
YAZILI BİLDİRİM VE SAVUNMA ALINMASI KOŞULLARI 1540
YENİ MALİKİN YÜKLENİCİYE KARŞI HAKLARI 1454
YETKİ KURALI 1582, 1606, 1670
YETKİLİ MAHKEME 1605
YILLIK KİRA GETİRİSİNE GÖRE DEĞERLENDİRME YAPILMASI 1495
YILLIK ÜCRETLİ İZİN 1468
YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANDIRILMAMASI 1547
YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANILMASI 1547
YILLIK ÜCRETLİ İZİN ÜCRETİ 1547
YURTDIŞI BORÇLANMASI 1668
YÜKLENİCİNİN İŞ SAHİBİYLE BİRLİKTE SORUMLULUĞU 1521
YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜ 1623

Z

ZAMANAŞIMI *1547*
ZAMANAŞIMI DEFİ *1506*
ZAMANAŞIMI SÜRESİ *1452, 1521*
ZARARIN TANIMLANMASI *1521*

YARGITAY KARARLARINI
YASA MADDELERİNE GÖRE
ARAMA DİZİNİ

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• ***BAĞKUR KANUNU*** *(BKK/1479)*
Madde 16 1452
Madde 70 1452

• ***BORÇLAR KANUNU*** *(BK/818)*
Madde 18 1619
Madde 43 1560
Madde 44 1560
Madde 58 1639
Madde 60 1452
Madde 60/1.....1453
Madde 60/2 1453
Madde 73 1607
Madde 73/1 1607
Madde 84 1591
Madde 101 1568
Madde 104 1568
Madde 161 1604
Madde 321-1.....1599
Madde 386 1599
Madde 390-2.....1599
Madde 394/1.....1599, 1601

• ***HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU*** *(HUMK/1086)*
Madde 7 1644
Madde 7/son 1645
Madde 8/1 1495
Madde 8/2 1495
Madde 9 .....1466, 1605, 1606, 1607
Madde 9/2 1584
Madde 10 .....1583, 1607
Madde 95 1563
Madde 193 .....1481, 1482
Madde 381 1464
Madde 388 .....1464, 1554
Madde 409/1 1474
Madde 409/2 1474

Madde 409/3 1474
Madde 409/5 .....1475, 1477
Madde 429 .....1447, 1451, 1453, 1455, 1458
1461, 1462, 1464, 1469, 1478
Madde 433/II 1604
Madde 434/3 1446

• ***İCRA İFLAS KANUNU*** *(İİK/2004)*

Madde 40 1505
Madde 50 1584
Madde 50/1.....1583
Madde 62 1585
Madde 67/2 1655
Madde 68 1581
Madde 134 1589
Madde 134/2 1589
Madde 150/a 1581
Madde 150/a-1 1581
Madde 168/5 1591
Madde 169 1442
Madde 169/a 1442
Madde 170 1442
Madde 170/a 1442
Madde 265 .....1567, 1569, 1570
Madde 269 1513
Madde 331 .....1630, 1631
Madde 333/a 1630, 1631
Madde 366 .....1581, 1582, 1583

• ***İŞ KANUNU*** *(İK/4857)*

Madde 1 ..... 1599, 1602
Madde 11 1534
Madde 17 .....1534, 1545
Madde 18 .....1534, 1549
Madde 20 1534
Madde 20/3 .....1534, 1528
Madde 21/5 1534
Madde 25/1 1544
Madde 27 1545
Madde 35 1545
Madde 46 1552
Madde 53 1468

• ***İŞ MAHKEMELERİ KANUNU*** *(İş MAH. K/5521)*
Madde 1 .....1599, 1602
Madde 7 1559

• ***KAMULAŞTIRMA KANUNU*** *(KK/2942)*
Madde 10 1511

• ***KAT MÜLKİYETİ KANUNU*** *(KMK/634)*
Madde 19 1647
Madde 42 1647

• ***KOOPERATİFLER KANUNU*** *(KOOP K/1163)*
Madde 17/1-2 1567

• ***ORMAN KANUNU*** *(OK/2831)*
Madde 2-B 1661

• ***SENDİKALAR KANUNU*** *(SK/2821)*
Madde 31 1445

• ***SOSYAL SİGORTALAR KANUNU*** *(SSK/506)*
Madde 10 1560
Madde 26 1560
Madde 41 1559
Madde 79/10 1459

• ***TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU*** *(2822)*
Madde 6/son 1456
Madde 7/1 1456

• ***TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN*** *(TKHK/4077)*
Madde 3/c 1573

• ***TÜRK MEDENİ KANUNU*** *(TMK/4721)*
Madde 4 1489
Madde 42 1490
Madde 43 1490
Madde 44 1490
Madde 49 1490
Madde 174/1-2 1489
Madde 683 1482
Madde 1023 1619
Madde 1024 1621

• ***TÜRK TİCARET KANUNU*** *(TTK/6762)*

Madde 155 1672
Madde 692 1569
Madde 692/5 1569
Madde 693 1569
Madde 726 1583
Madde 866 1589
Madde 867 1589
Madde 1301 1639

YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ ***YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARAR DERLEMESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/12-234	2007/232	02.05.2007	1441
2007/9-272	2007/282	16.05.2007	1445
2008/13-58	2008/39	30.01.2008	1447
2008/3-212	2008/234	30.05.2008	1450
2008/4-248	2008/240	12.03.2008	1452
2008/15-279	2008/277	26.03.2008	1454
2008/9-275	2008/282	26.03.2008	1456
2008/21-287	2008/288	02.04.2008	1458
2008/9-303	2008/313	09.04.2008	1461
2007/4-260	2007/22	18.04.2007	1463
2008/10-329	2008/334	16.04.2008	1465
2008/9-638	2008/634	15.10.2008	1468
2008/10-784	2008/768	24.12.2008	1470
2009/21-15	2009/49	04.02.2009	1474

√ ***YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/9322	2008/11648	12.11.2008	1481
2008/2030	2009/2654	03.03.2009	1482
2009/1864	2009/2711	04.03.2009	1484

√ ***YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2005/15942	2005/2081	15.02.2005	1489
2006/20744	2007/16917	04.12.2007	1490
2007/10632	2008/9294	25.06.2008	1491
2007/17038	2008/12729	07.10.2008	1492

√ ***YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/12559	2007/14065	08.10.2007	1495
2007/15161	2007/17546	20.11.2007	1496
2008/9589	2008/10043	03.06.2008	1497
2008/16084	2008/19944	20.11.2008	1498
2009/21288	2009/1413	05.02.2009	1500

√ ***YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/7592	2008/3205	13.03.2008	1505
2007/12770	2008/7874	09.06.2008	1506
2007/14659	2008/11595	09.10.2008	1507

√ ***YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/8616	2007/12817	12.11.2007	1511

√ ***YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/10333	2008/12961	20.11.2008	1515
2008/11227	2008/14286	29.12.2008	1516

√ ***YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/1366	2008/2014	06.05.2008	1521
2008/4096	2008/4718	06.11.2008	1523

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2000/18836	2000/18033	04.12.2000	1527
2005/32884	2005/36570	21.11.2005	1528
2007/12932	2007/13055	25.04.2007	1529
2006/32752	2007/19457	18.06.2007	1530
2007/39961	2007/37561	10.12.2007	1532
2007/29379	2007/37689	11.12.2007	1533
2007/35913	2008/12011	12.05.2008	1534
2007/21896	2008/22106	25.07.2008	1539
2008/1888	2008/25058	25.09.2008	1540
2007/29283	2008/27243	14.10.2008	1544
2007/30495	2008/30353	04.11.2008	1547
2008/8385	2008/32006	24.11.2008	1549
2007/34230	2008/32558	01.12.2008	1552
2008/9747	2009/891	02.02.2009	1553

√ ***YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2003/1389	2003/4062	08.05.2003	1559
2006/19982	2007/9212	04.06.2007	1560
2008/16941	2008/11204	22.09.2008	1563

√ ***YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/82	2008/2196	25.02.2008	1567
2008/6809	2008/7565	09.06.2008	1568
2008/8441	2008/10218	18.09.2008	1570
2007/14125	2008/12111	03.11.2008	1573
2007/8791	2008/12112	03.11.2008	1575
2008/13984	2009/83	12.01.2009	1577

√ ***YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2005/14765	2005/18762	03.10.2005	1581
2008/13958	2008/17597	16.10.2008	1582
2008/16022	2008/19125	04.11.2008	1582
2008/17679	2008/21152	28.11.2008	1583
2008/17833	2008/21352	01.12.2008	1584
2008/17837	2008/21353	01.12.2008	1585
2008/17839	2008/21355	01.12.2008	1586
2008/19086	2008/22655	22.12.2008	1587
2008/21366	2009/1493	27.01.2009	1588
2008/21383	2009/2233	27.01.2009	1588
2008/23217	2009/3984	26.02.2009	1590
2008/24018	2009/4303	03.03.2009	1591
2008/24020	2009/4299	03.03.2009	1592

√ ***YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/8257	2007/14408	29.11.2007	1597
2007/12384	2008/2091	14.02.2008	1599
2008/157	2008/5802	29.04.2008	1602
2008/1958	2008/6943	20.05.2008	1603
2008/7253	2008/14202	28.11.2008	1605
2009/1158	2009/2582	27.02.2009	1606

√ ***YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/3347	2008/8347	24.06.2008	1611
2008/519	2008/5886	06.05.2008	1613

√ ***YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/1015	2008/3098	09.05.2008	1619

2006/8085 2007/6635 26.10.2007 1622
2009/1420 2009/1294 09.03.2009 1623

√ ***YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/3004	2008/6532	21.10.2008	1629
2008/8349	2008/8228	22.12.2008	1630

√ ***YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/2280	2008/5641	22.12.2008	1635
2008/2434	2008/5713	23.12.2008	1637
2008/2869	2008/5694	23.12.2008	1639

√ ***YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/4843	2007/7381	17.09.2007	1645
2008/5818	2008/11983	13.11.2008	1646
2009/465	2009/1456	23.02.2009	1647

√ ***YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/7441	2007/1335	15.02.2007	1653
2007/2503	2007/6485	21.06.2007	1654
2007/7075	2007/10963	06.12.2007	1655
2009/5418	2009/354	23.01.2009	1656

√ ***YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/11134	2008/15720	17.11.2008	1661

√ ***YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2005/1252	2005/4081	19.04.2005	1667
2007/162	2007/21687	03.12.2007	1668
2008/9100	2008/10198	01.07.2008	1670
2008/1754	2008/17481	13.11.2008	1673