

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ - AĞUSTOS 2012
CİLT: 86 • SAYI: 2012/4 ISSN 1304-737X



İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ - AĞUSTOS 2012
CİLT: 86 • SAYI: 2012 / 4 ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Hüseyin ÖZBEK

Yayıncıdan Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri

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

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman

Av. Coşkun ONGUN

Üyeler

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

Yönetim Yeri

Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 (197) / Faks: (0212) 245 68 00

Web: www.istanbulbarosu.org.tr

E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

Baskı

Ege Reklam Basım Sanatları Ltd.Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 Ataşehir - İSTANBUL

Tel: (0216) 470 44 70 | www.egebasim.com.tr

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

•••

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması, dekonu Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52 'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelirine ücretsizdir.)

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN	11
YAZILAR	15
2/B Yasası Kime Hangi Hakkı Kazandırıyor? Prof. Dr. Şeref ERTAŞ.....	17
6291 Sayılı Kanun'la Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazında ve Tutuklama Tedbirinin Uygulanmasında Yapılan Değişiklikler Prof. Dr. Ersan ŞEN / Av. Ş.Tuncay ÇALTEKİN	29
Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN.....	42
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Üçüncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme Çınar Can EVREN	55
Adil Yargılanma Hakkına Yargıcın Etkisi Av. Başar YALTI.....	68
Fazla Çalışmanın Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükmüne Geçerlik Tanıyan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihadının Eleştirisi Av. Ergin TÜRSOY	72
Zorunlu Sendika Üyeliği: Diyalog Çağının Gereği Dr. Kapt. Hasan PEKDEMİR	88
İşyeri Birleşmeleri ve Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi Av. Duygu Yıldırım ERTÜTÜNCÜ	96
Kısmi Belirsiz Alacak Davası Ayrımı Üstüne Bir İnceleme Av. Kayhan ÖZEL.....	114
4857 Sayılı Kanun'a Göre Ücretin Değiştirilmesi Av. Önder İbrahim YILDIRIM	119
Bilgi Edinme Hakkı ve Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkının Kullanımı Usulü İle Kullanma Konusunda Yaşanılan Sorunlar Gülşah GÜVEN	138
Haksız Tahrik Altında Öldürme Av. Güray SAY.....	157
Kiralananın Boşaltıldığı, Boşaltma Günü Nasıl ve Hangi Delillerle İspatlanır. Kiracı Kiralayana Verdiği Depozitoyu Ne Zaman Gerzi Alabilir? Erdoğan GÖKÇE	182
Türk Ceza Kanunu'na Göre Kısırlaştırma (Sterilizasyon) Suçu Av. Berk ALPASLAN.....	187
İcra Mahkemelerince Borçlunun Konkordato Talebi Üzerine “Tensip Kararı” İle, Duruşma Yapılmadan, Borçlu Hakkında “Takip Yasağı”Na İlişkin Bir “İhtiyati Tedbir Kararı” Verilebilir Mi? Av. Talih UYAR.....	193
Anılarda Bilirkişilik ve Yaşam Prof. Dr. Selahattin ANIK	203

Hukukta Uzmanlık	
Av. Hakan DİNÇ	218
Culpa In Contrahendo	
Hakan KARAKURT	222
Koklama Yolu İle Alınan Alkol Raporunun Hukuki Değeri ve Sigorta Rucu Davalarında İspat Kulfeti	
Av. İsmet DEMİRAG	236
Geçit Hakkı	
Av. Recai ÖZTÜRK	242
YARGITAY KARARLARI	
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	247
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi	331
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi	342
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	346
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	353
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi	361
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi	364
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	371
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi	415
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi	417
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	434
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi	438
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi	449
Yargıtay 16. Hukuk Dairesi	457
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi	461
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi	463
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi	464
Yargıtay Ceza Daireleri	465
UYGULAMADAN DOSYALAR	
Dosyalar	471
TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI	
Disiplin Kurulu Kararları	491
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI	
Mahkeme Kararı	501
AİHM KARARLARI	
Kararlar	513
YARARLI BİLGİLER	
Tablolar, Çizelgeler	527
YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER VE AYRILMALAR	
Yitirdiklerimiz	539
Nakiller	544
Ayrılmalar	545
KAVRAM DİZİNİ	
Kavramlara Göre Arama Dizini	547

YAYIN KURULU'NDAN

ADLİ TATİLE GİRERKEN...

Bu sayımızı hazırlarken Adli tatile girmeden önce siz meslektaşlarımıza Dergimizi ulaştırma amaç ve düşüncesinde idik... Bu düşüncemizde kışmen de olsa başarılı olduk.

Dergimize desteklerini esirgemyen meslektaşlarımız yazı ve kararlarla bize güç vermeyi sürdürüyorlar. **Av. Hasan Özdemir** de bu meslektaşlarımızdan. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının çevirisini yaparak bizlere gönderen meslektaşımıza teşekkür ederken, gönderdiği karar çevirilerini her sayımızda aşamalarla yayımlamayı sürdüreceğimizi belirtmekte yarar görüyoruz.

Dergimize yazılarıyla katkı sunan dostlardan uzak yol kaptanı **Prof. Dr. Necmettin Akten**'i kaybettik. Yakınlarının ve sevenlerinin başı sağolsun diyoruz.

Reeskont ve avans faiz oranları 19 Haziran 2012 itibariyle değişti. Hem bu bilgilere hem de diğer güncel verilere Yararlı Bilgiler bölümümüzden ulaşabilirsiniz.

Tapu dairelerinin kimi uygulamaları meslektaşlarımız arasında uzun süredir tartışılıyor ve kimi huzursuzluklara neden oluyordu. Dergimizin bu sayısında yer alan ve konuyu ele alan yazı ile sıkıntıların daha çok nelerden ve hangi anlayıştan kaynaklandığını irdeleme fırsatı yakalıyoruz.

Anayasa Mahkemesi kararlarından ilgi çekici bulduklarımızı yayımlamayı sürdürüyoruz. Daha önce kadının soyadını kullanması ile ilgili, bu kez de “sürücü belgesine sürekli el koyan” düzenlemenin iptalini sağlayan kararı sayfalarımızda bulabilirsiniz. Yüksek Mahkeme, karar gerekçesinde *yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nun 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır, iptali gerekir*, tespitine ulaşıyor.

Darısı diğer hukuka aykırı düzenlemelerin başına, diyelim.

İçinde olduğumuz Temmuz ayı, Sivas katliamının yıldönümüydü. Tek güçleri kelimeleri olan sanatçı, aydın ve şairlerin hayatını yitirdiği bu elim olayın bir daha yaşanmaması için, belleklerde kalmasında yarar var diye düşünüyorum.

Adli tatil hepimize her anlamda iyi gelsin.

Başka yayınlarda görüşmek umuyla...

Yayın Kurulu

YAZILAR

2/B YASASI KİME HANGİ HAKKI KAZANDIRIYOR?

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ¹

Kamu oyunda 2.B yasası olarak bilinen asıl adı üç satır tutan 6292 sayılı Kanun yasallaşarak 26 Nisan 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Biz bu yasanın Kamu Hukuku ile ilgili kısımlarını bir tarafa bırakarak vatandaşı ilgilendiren kısımlarını incelemek istiyoruz.

1. Kanun'un uygulama alanı

Kanun'un 1.m.2.f.sında kanun uygulama alanına giren araziler, “ 6831 sayılı Orman Kanun'unun 2.m.sine göre Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler ile Hazineye ait tarım arazileridir. Bu kanun vatandaş açısından amacı ise, 1.m.1.f.ya göre bu kapsama giren arazilerin, değerlendirilerek vatan-daş devrini sağlamaktır.

Bu kanunun kapsamına giren arazi kısacası 6831 sayılı OK.2.m.sine göre Hazine lehine orman sınırları dışına çıkarılmış arazilerdir. Bunlar iki gruba ayrılarak, 2.m.nin (A) bendinde, daha önce hiçbir kimsenin mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan, tapuda kimsenin üzerine kayıtlı olmayan, Hazineye ait orman arazisinin, orman vasfını yitirmesi sebebiyle, özellikle orman içi köylerin yerleşimini sağlamak için orman sınırlarına çıkarılarak Hazinesinin özel mülkiyetine devir edilmiş olmasıdır.

2.B bendinde yer alan arazisi, daha önce kişilerce işgal edilmiş, ihya edilmiş olup bunların zilyetliği altında iken orman sınırları dışına çıkarılmış arazi ile esasen bir kişi üzerine tapuda kayıtlı iken, tapu kayıtları iptal edilerek, Orman olarak Hazine adına tescil edilen arazilerdir. Bu son grup içinde yer alan, yani tapulu olup da, tapu kayıtları orman olduğu için iptal edilen arazilerin bir kısmı da daha sonra orman vasfını kaybettiği için orman sınırları çıkarılarak Hazinesinin özel mülkiyetine devir edilmiş olabilir.

Bu araziler, 6292 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 2/A. ve 2.B olarak tespit edilmiş olabileceği gibi, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra idarece yapılacak güncellemelerle de bu statüyü kazanmış olabilir. 6292 Sayılı Kanun'un 2.m.(b) bendinin son cümlesinde “ Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan ve **çıkartılacak yerler** “ ifadesinden ve 6/2.m.nin “ yürürlükten sonra düzenlenecek güncelleme listesinden “ifadelerinden bu sonuca varmaktayız.

1 Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

Bu kanunun kapsamındaki arazileri incelediğimiz açıdan gruplara ayırır isek:

1. Grup 2.A	Başlangıçta devlet ormanı olan, kimsenin özel mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan orman vasfını kaybettiği için tarım alanına dönüştürmek amacıyla orman sınırları dışına çıkarılmış araziler
2. Grup 2.B	Orman niteliğini kaybetmiş orman, orman sınırları dışına çıkarılmış arazileri, zilyetleri tarafından tarıma elverişli hale getirilmiş ve kadastroca Hazine adına tescil edilerek ihya edenlerin zilyetliğine bırakılmıştır, zilyetler kullanıcı olarak tapunun beyanlar hanesine yazılmıştır.
3. Grup 2.B	Kişiler üzerine tapu kaydı olduğu halde, orman olduğu gerekçeleri ile açılan iptal davaları ile tapuları iptal edilip, Hazine adına orman olarak tescil edilen araziler.
4. Grup 2.B	Mülkiyeti İskan Kanunu, Çiftçiyi topraklandırma kanunu gibi kanunlar uyarınca, mülkiyeti tapu kaydı ile Devletçe kişilere devir edildikten sonra, orman olduğu gerekçesi ile tapuları iptal edilerek, Hazine adına orman olarak tesciline karar verilen araziler. Bunlar daha sonra orman sınırları dışında çıkarılmış olabilir.
5. Grup Orman 6831 Tabi	Kişiler adına tapuya kayıtlı olup da, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal olunup orman olarak Hazine adına kayıt olunmuş halen orman vasfını koruyan, orman sınırları dışına çıkmamış araziler
6. Grup	Kişilerce işgal edilip, devlete eciri misil ödenen araziler. Bunlar özel mülkiyete konu olabilir veya olamaz.
7. Grup	Mülkiyeti Hazinesinin mülkiyetinde olup, kişilere kiralanmış olan araziler
8. Grup	Malikleri üzerine özel mülk olarak tapuda kayıtlı iken orman olduğu gerekçesi ile açılan davalar sonucu, tapuları iptal edilip müsadere edilen, halen orman vasfını muhafaza eden arazilerde ticari işletme ve tesisleri bulunan kullanıcılar

Kanunda kullanılan terminoloji ilgili hukuk diline uygun değildir. Kanunda “belirti sahibi, kullanıcı” gibi sözcükler kullanılmıştır. Kanunun düzenleme alanı Tapu sicil, Kadastro Hukuku alanındadır. Bu hukuk alanında bu ifadeler kullanılmamakta, içeriğinin ne anlama geldiği hukukçularca için dahi meçhuldür. Biz “belirti” kelimesini TMK.1012.m. anlamında tapu kütüğünde “beyan işlemi”, “kullanıcı” ifadesinin de TMK.973.m. anlamında “zilyet” olarak yorumlanması gerektiği inancındayız. “Muhdesat sahipliliği” ise 3402 sayılı KadK. 19.m. anlamında, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir araziye bir yapı eseri meydana getirmesi veya bu araziye fidan dikerek bağ-bahçe haline getirmesini ifade etmektedir.

2- Kanun'un sağladığı haklar

Kanun bazı zilyetlere, bu taşınmazları ücret karşılığı satın almak hakkı (grup,2,6,7) tanırken, bazı kişilerin iptal edilen tapularını sahiplerine iade etmekte (grup 4), bazı kişilere ise iptal edilen tapuları karşılığı bedelini isteme veya emsal nitelikte Hazine arazisi (3,4,5) isteme, bazı kişilere de kiracılık hakkı (grup 8) imkanları tanımaktadır.

Şimdi yukarıda belirttiğimiz arazi gruplarına göre, kişilere bu kanunun tanımış olduğu hakları değerlendirmek istiyoruz. İlgililer önce hangi grupta yer aldığını tespit etmeli daha sonra buradaki izahlarımıza göre sahip olabilecekleri hakların neler olduğunu bulmaya çalışmalıdır.

6292 Sayılı Kanun'un 6.m. ilk iki fıkrasında sırasıyla iki türlü hak sahibi olabilecek kişileri şu şekilde sıralamaktadır.

a- Satın alma hakkı (grup 2,6,7)

1) 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenen güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulan tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilen kişilerden bu taşınmazları satın almak için süresi içerisinde idareye başvuran ve idarece tespit edilen satış bedelini itiraz ve dava konusu etmeksizin kabul edenler bu Kanuna göre hak sahibi sayılır.

(2) 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenecek güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulacak tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilecek kişilerden bu taşınmazları satın almak için süresi içerisinde idareye başvuran ve idarece tespit edilen satış bedelini itiraz ve dava konusu etmeksizin kabul edenler de hak sahibi sayılır.

Bu hükümleri değerlendirir isek, hak sahibi olabilmek için bir kimsenin hazırlanan güncelleme listelerinde veya kesinleşme kadastro tutanakları veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile:

- 2/B alanı içindeki bir arazinin, beyanlar hanesinde kullanıcı veya muhdesat sahibi olarak adının yazılı olması,
- Öngörülen sürede İdareye başvurması,
- Takdir olunan bedeli itirazsız kabul etmesi lazımdır.

Başka ifade ile adınız tapunun beyanlar hanesinde “ kullanıcı veya muhdesat sahibi adı olarak yazılmamış ise bu kanundan yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Kullanıcıdan kasıt nedir? Eşya hukukunda böyle bir kavram yoktur. Burada kullanıcıdan kastın bu taşınmazlara zilyet olan bu taşınmazların kullanma hakkının bırakıldığı kişiler kast edilmemektedir. Muhdesat sahipliği de, bu araziler üzerinde, bina inşa edenler, ihya ederek ağaçlandıran, bağ, bahçe haline getiren kişiler kast edilmektedir.

3402 sayılı Kadastro Kanun'undan önce yürürlükte olan 766 sayılı Tapulama kanunu, ihya yoluyla devletin tasarrufu altındaki, ham arazileri veya orman sınırı dışına çıkarılmış arazileri tarıma elverişli hale getirenlere kaç yıldan beri zilyet olurlarsa olsunlar, bu arazilerin mülkiyetini kazanmak imkanı vermemekte idi ancak 766 sayılı bu kanunun 37.m.sine veya 2924 sayılı Orman Köylüsünün Desteklenmesi hakkındaki Kanuna göre bu kişilerin adları, kanuni, cüzi halefleri tapunun beyanlar hanesine zilyet, kullanıcı, tasarruf sahibi olarak yazılmakta ve çiftçiyi topraklandırma kanunu bu bölgede uygulanıncaya kadar bunların zilyetliklerine dokunulmamakta, eciri misil istenmemekte idi. İşte bu kişiler şimdi bu taşınmazları bu kanun hükümlerine göre satın almak hakkına sahip kılınmıştır.

b- Bedelsiz geri alım hakkı (grup 4)

Kanun'un 7.m.1.e.(a) bendi, tapuya kayıtlı olup, mahkeme kararı ile orman arazisine dönüştürülen sonra, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılmış araziler halen tapu kayıtları önceki kayıtları, kayıt maliki üzerinde devam ediyorsa, bu yolsuz kayıtları tekrar bedelsiz olarak geçerli kayda dönüştürme veya önceki tapu kayıt terkin edilip hazine adına tescil yapılmış ise eski kayıt malikine iki yıl içinde bedelsiz geri alma hakkı vermektedir.

7.m.nin 4.f.sında da eğer bu arazilerin orman vasfı devam (grup 3,4,5) ediyorsa eski maliklere bedelini isteme veya emsal Hazine arazisi isteme, geçici 9.m. bu arazilerdeki yapmış oldukları ticari işletme tesislerini 29 yıllığına kiralayıp kullanma hakkı (grup) tanımaktadır.

c- Kiracıların satın alma hakkı

Kanun'un 12.m.si tarım arazilerini kiralayıp üç yıldır bu şekilde kullanmakta olanlara kiraladıkları bu arazileri satın alma hakkı tanımaktadır.

Şimdi tasnif ettiğimiz grupları tek tek değerlendirir isek:

1. Grup: 2/A arazileri yani Başlangıçta devlet ormanı olan, kimsenin özel mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan orman vasfını kaybettiği için tarım alanına dönüştürmek amacıyla orman sınırları dışına çıkarılmış araziler. Kanun

bu arazilerin zilyetlerine her hangi bir hak tanımamaktadır. Bu araziler İdarece yapılacak projeler çerçevesinde yeri değiştirilecek orman için köylülere tahsis olunacaktır.

2. Grup: 2/B arazisi olup, Orman niteliğini kaybetmiş orman, orman sınırları dışına çıkarılmış arazileri, başlangıcından beri orman sınırları dışında olan, taşlık delicelik niteliğinde ham araziler zilyetleri tarafından tarıma elverişli hale getirilmiş ve kadastroca Hazine adına tescil edilerek ihya edenlerin zilyetliğine bırakılmıştır, zilyetler kullanıcı olarak tapunun beyanlar hanesine yazılmış araziler.

Eğer bunlar **bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra düzenlenen güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulan tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilen kişiler tarafından satın alınmak için süresi içinde İdareye başvurmuşlar ve İdarenin takdir ettiği bedeli itirazsız kabul ederlerse, bu arazileri bu kanundaki koşullar ile satın alabilirler.**

3. Grup: 2/B arazisi kişiler üzerine tapu kaydı olduğu halde, orman olduğu gerekçeleri ile açılan iptal davaları ile tapuları iptal edilip, Hazine adına orman olarak tescil edilen araziler.

Bu arazilerin tapulu malikleri var iken orman olduğu gerekçesi ile tapuları kesinleşmiş mahkeme kararı ile orman olarak Hazine adına tescil edilmiş arazilerdir. Eski sahiplerinin beyanlar hanesine kullanıcı, zilyet, tasarruf sahibi gibi sıfatlarla beyanlar hanesine yazılma olasılığı çok nadir olarak mevcut olabilir. Eğer bu araziler daha sonra orman sınırları dışına çıkarılmış ve böyle bir kayıt varsa bunlarda 2. gruptaki kişiler gibi satın alma imkanına sahip olabilirler ancak bu onlar için bir avantaj sağlamayacaktır, çünkü bu eski malikler, bu kanunun 7.m.si(b) fıkrası 4. bendine göre bu arazilerine bedelsiz geri alma ve bedelini talep etme imkanına sahip olabilirler. Esasen bu araziler, orman sınırları dışına çıkarıldığında Hazinesinin değil hukuk devleti ilkesi uyarınca eski sahiplerinin mülkiyetine dönmesi gerekirken, Yargıtayımızın tersine uygulaması sonucu, yine sanki öncesi de Hazinesininmiş gibi, Hazinesinin mülkiyetine geçmekte idi ve bu sebeple AİHM pek çok defa Türkiye'yi tazminata mahkum etmişti. Bu kanun bir ölçüde bu tarihi haksızlığı telefı etmeye çalışmaktadır.

4. Grup: 2/B Mülkiyeti İskan Kanunu, Çiftçiyi topraklandırma kanunu gibi kanunlar uyarınca, tapu kaydı ile Devletçe kişilere devir edildikten sonra, orman olduğu gerekçesi ile tapuları iptal edilerek, Hazine adına orman olarak tesciline karar verilen araziler.

Anayasamızın, mülkiyet hakkı ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde bedeli peşin ödenerek kamulaştırılır ve hukuk devletine bağlı olma ilkelerine

rağmen bizim 70 yıllık hukuk uygulamamızda, binlerce vatandaşımızın tapu kayıtları, Orman İdaresince açılan iptal davası ile iptal olundu ve hiçbir bedel ödenmeden Hazine adına kayıt edildi. Bu konuda Yargıtayımız tapuya güven ilkesini (TMK.1023 ,EMK.931) uygulamadığı gibi, tapu sicilinin hatalı tutulması nedeniyle mağdur olanlara TMK.1007.m.ye göre tazminat hakkı da tanımamıştı. AİHM'nin bu konuda da ülkemiz aleyhine vermiş olduğu pek çok karar vardır. 6292 Sayılı Kanun' bu mağduriyetleri AİHM'nin içtihatları gereği gidermeyi de amaçladığı düşüncesindeyiz.

Kanun'un 7(a) hükmüne göre, kişiler adına tapuya kayıtlı iken, orman olduğu için tapu kaydı iptal edilip, daha sonra Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılmış arazide eğer eski malikleri adına beyanlar hanesinde 2/A,2/B belirtisi varsa bunlar terkin edilecek, tapu kayıtları bunlar lehine, bir bedel alınmaksızın düzeltilecektir veya hala bunlar üzerine kayıtlar varsa bu mülkiyet kayıtları geçerli kabul olunacaktır. Bu konuda derdest davalar varsa malikler lehine düşürülecek, kesinleşmiş mahkeme kararları uygulanmayacak, yeni dava açılmayacaktır.

5. Grup: Kişiler adına tapuya kayıtlı olup da, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal olunup orman olarak Hazine adına kayıt olunmuş halen orman vasfını koruyan veya bir kamu hizmetine tahsis olunmuş, orman sınırları dışına çıkarılmamış araziler.

Bu grupta yer alan arazilerin önceki maliklerinin, bu arazileri tekrar geri alabilmeleri mümkün değildir. Ancak bu araziler bir nevi fiilen kamulaştırılmış sayılarak, bu arazi maliklerine yapılmış olan haksızlık AİHM içtihatları doğrultusunda 6292 Sayılı Kanun'un 7.m.4.bendi ile eski maliklere, bunların idarece belirlenen rayiç bedellerinin veya emsal başka bir Hazine arazisi verilmesini talep etme hakkı tanınmaktadır.

6. Grup: Kişilerce işgal edilip, devlete eciri misil ödenen araziler. Bunlar özel mülkiyete konu olabilir veya olamaz.

Bu grup arazileri işgal edip kullananların, zilyetliklerinin hiç haklı, hukuki nedeni bulunmaz. Esasen bunları devletin işgal ettiği arazilerden çıkarması icap eder. Ancak eğer, Milli Emlakca, takdir edilen bir eciri misil karşılığında işgalcilerin, bu arazileri kullanılmasına müsaade edilmekte ise, İdarece onlara izin, müsaade verildiği sürece bu fiili durumlarını devam ettirebilirler. Bu araziler, özel mülkiyete konu olamayacak nitelikte ise, örneğin orman sınırları içinde olması, kıyı sahil şeridi içinde kalması gibi, bu arazinin zilyetlerinin 6292 Sayılı Yasa'dan hiçbir şekilde yararlanabilmesi mümkün değildir. Bunlar lehine 6831 Sayılı Kanun'a göre 2/A veya 2/B belirtisi (beyanı) konulmuş olması da mümkün değildir.

Eğer bu gruptaki arazi, özel mülkiyete konu olabilecek bir arazi iseler, Hazinesinin tasarrufunda veya Hazine adına tapuya kayıtlı da olabilirler, zilyetleri

lehine 6831 Sayılı Yasa'ya göre 2/A,'B belirtileri (beyan) konulmuş ise, bunlar yukarıdaki grupların birinin içine girebilirler ve 2692 sayılı bu Kanun'un 6.m.sinin1 ve 2.f.sındaki hak sahibi olarak satın alma imkanına sahiptirler.

Özel mülkiyete konu olabilen Hazine, Devlet arazilerini fiili durum yaratıp kullananlar ve lehlerine 6831 Sayılı Yasa'daki 2/A,2/B belirtisi olmayan, Hazineye belirlenen eciri misili ödemekte olan işgalcilerin durumunu ise, fiili kira sözleşmesi olarak yorumlamak mümkündür. Bunlar izinsiz yani devletten bir ruhsat almadan bu arazileri işgal etmişler, devlette onların bu durumuna çeşitli nedenlerden göz yumarak, onlardan bir eciri misil yani emsal bir kira bedeli alarak bu fiili durumun devamına izin vermiştir. Bu şekilde taraflar arasında, örtülü olarak bir kira ilişkisinin oluştuğunu kabul etmek lazımdır.

Bu durumda olan zilyetler 6292 Sayılı Kanun'un 12.m.sindeki satın alma hakkını kullanabilecekleri kanaatindeyiz. Bunlar 31.12.2011 tarihinden önce bu arazileri son üç yıldan beri **tarımsal amaçlarla**, bir eciri misil ödeyerek kullanmakta iseler belirlenen bedeli, itirazsız kabul etmeleri koşuluyla satın alma hakkına sahiptirler. Yasa tarımsal amaç dışında kullanıcılara bu hakkı vermemiştir ki uygulamada sorunlar doğuracaktır.

7. Grup: Hazinesinin özel mülkiyetinde olup, kişilere kiralanmış olan araziler

Mülkiyeti Hazineye ait olupta, kişilere kiralanmış ve tarımsal amaçlarla kullanılan araziler Kanun'un 12.m.sindeki satın alma hakkını kullanabilirler. Bu kiracıların satın alma hakkı şu koşullara bağlanmıştır. 31.12.2011 tarihinde önceki son üç yıldan beri bu arazileri kiracı sıfatıyla, tarımsal amaçlarla kullanıyor olmaları gereklidir. Ayrıca İdarece belirlenmiş olan bedelleri itirazsız kabul etmeleri lazımdır.

8. Grup: Malikleri üzerine özel mülk olarak tapuda kayıtlı iken orman olduğu gerekçesi ile açılan davalar sonucu, tapuları iptal edilip müsadere edilen, halen orman vasfını muhafaza eden arazilerdeki ticari işletme ve tesisleri bulunan kullanıcılar.

Bu tür arazilerde tapu iptalinden önce ticari tesisler, fabrikalar kurmuş iseler, önceki malik ve kullanıcılarına 6292 Sayılı Kanun'un geçici 9.m.si 29 yıla kadar kiralama hakkı tanımaktadır.

3. Kanuna göre Hak Sahipliği

Hak sahipliği, Tapu, Kadastro Müdürlüğünce bildirilen bilgi ve belgelere göre tespit edilmekte, bu mümkün olamaz ise başvuru sahibini ibraz ettiği belgelere göre tespit edilmektedir (m.11 f.13)

a) Zilyetler, kullanıcılar, lehlerine 2/B kaydı olanlar

Kanun'un 6.m. 1.ve 2.f.larında 31.12.2011 tarihinden önce kesinleşen kadastro tutanakları, mahkeme kararları ile veya kanun yürürlüğe girmesinden

sonra aynı şekilde yapılacak güncelleme listeleri ile adlarına, kadastro tuta-naklarında, tapu kayıtlarında 2/A veya 2/B belirtisi bulunan kişileri hak sahibi saymaktadır. Bunların külli halefleri (mirasçıları) da bu haklardan yaralanabileceği kuşkusuzdur. Cüz'i (akdi) haleflere gelince, 6.m.nin 10.f.sı "hak sahi-binin veya mirasçılarının bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra noter ta-rafından düzenlenecek muvafakat vermeleri halinde ise akdi halefiyet hüküm-lerinin" uygulanacağını söylemektedir. Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bu hak sahipleri veya mirasçıları haklarını aynı şekilde devir etmişlerse, noter senediyle satmışlarsa bunlar akdi halef olarak bu yasadan yararlanamayacak mıdır ? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek adil, doğru olmayacaktır. Çünkü 6292 Sayılı Yasa'dan önce lehlerine 2/B belirtisi olanların bu haklarını başkalarına devrini yasaklayan bir yasal engel yoktur. Hatta bu belirtilerin temel kaynağını oluşturan mülga 766 sayılı Tapulama Kanunu 37.m. bu zilyetle-rin akdi ve külli haleflerinin de bu maddenin koruyucu hükümlerinden yarar-lanabileceğini açıkça belirtmektedir. Bunlar o zaman ki mevzuata göre geçerli devir işlemi olduğundan, kazanılmış hak olarak korunması zorunludur. Yasa zaten bunların korunacağını örtülü olarak var sayarak, yasanın yürürlüğe gir-mesinden sonraki devirlere açıklık getirmeye çalışmıştır.

Yasanın 7(a) maddesi eski kayıt maliki ve mirasçılara bu hakkı tanımak-ta onların akdi haleflerini konusunda bir düzenleme yapmamıştır.

b- Tapusu, orman olduğu için iptal olunan eski malikler

Adlarına tapu kaydı olupta, orman arazisi olduğu gerekçesi ile tapuları iptal olunmuş, arazileri orman arazisine çevrildikten sonra orman niteliğini kaybetmesi ile Hazine adına orman sınırlarına çıkarılan eski 2/B statüsündeki arazilerin, eski maliklerine 7.m.nin 1.f.sının (a) ve (b) bentleri başvurmaları halinde arazilerine bedelsiz olarak geri alma (vefa) hakkı tanımıştır. Bu kişi-lerin mirasçıları da bu haktan yararlanabileceği belirtilmektedir. Bu kişilerin akdi halefleri olma ihtimali olmadığından, bunların durumu hakkında hüküm konmadığı düşüncesindedir.

7.m.4.f. orman olduğu gerekçesi ile yargı kararı ile tapuları iptal edilen araziler halen bu orman vasfını korumakta ise, eski maliklere geri alma hakkı tanınmamış, bedelini veya emsal arazi tahsisini isteme hakkı tanımıştır. Bu gruptaki hak sahiplerinin külli cüz'i halefleri hakkında bir hüküm konmadığından bu sorunun genel hükümler çerçevesinde halli gerekir.

c- Makilik alanları ıslak edenler

Maki komisyonlarınca, makilik alan olarak tespit edilen ancak orman ka-dastrosunca orman alanı olarak tespit ve ilan edilmiş arazilerde, Tapu kütü-ğüne konmuş olan 2/B belirtilerinin terkin edilerek (m.11.f.7) bu arazilerin kanunun 6.m.sine göre kullanıcıları tarafından satın alınmasına olanak tanın-maktadır.

d- Kiracıların durumu

6.m.deki yukarıda izah olunun imkan dışında, Kanun'un 12.m.sinde sadece, tarım arazilerinin mevcut kiracılar tarafından satın alınmasına imkan vermektedir. Hazine arazilerini kiralayıp, ticari ve endüstriyel amaçlarla kullananlara bu hak verilmemiştir

3. Müracaat edilecek İdari makamlar

Bu kanunun bu vakte kadar, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir çok haksızlığı gidermeyi, şu anda ekonomimize katkısı son derece sınırlı milli kaynakları, ekonomimize katmayı hedeflemiştir. Ancak hak sahibi olanların, hangi İdari Makamlara başvurabileceği konusu kanunda çok net değildir.

Kanun'un 3.m.sinde bu kanun kapsamına giren araziler üzerinde hangi kamusal merciler, tüzel kişilerin tasarruf yetkisi olacağını düzenlemektedir. Buradan hareketle biz müracaat makamlarının da bu tüzel kişiler olması gerektiği sonucunu çıkarmaktayız.

Kanun 3.m.si 1.f.(a) bendinde Tapuda 2/A kaydı (belirtisi, beyanı) olan taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi Orman Genel Müdürlüğüne bırakılmıştır. Zaten bu arazilerin zilyetlerine, kullanıcılarına devri de söz konusu değildir. Orman Genel Müdürlüğü kendisine tanınan bu yetki çerçevesinde 2/A arazilerini tekrar ağaçlandırılıp ormana dönüştürebileceği gibi ıslah ederek tarım alanlarına dönüştürüp, orman içi köylüleri buralarda iskanını sağlayacaktır.

Kanun 3.m.1.f.(b) bendinde ise vatandaşları ilgilendiren, onlara zilyet, kullanıcı, eski malik olarak haklar sağlanan orman sınırları dışına çıkarılmış 2/B arazileri Maliye Bakanlığının tasarrufuna bırakılmıştır. Dolayısıyla, Maliye Bakanlığı, bu kanunun uygulamasını sağlayacak, yönetmelik ve genelgelerle, hak sahiplerinin bu kanununda kendilerine sağlanan hakları nasıl kullanabileceklerini açıklığa kavuşturacaktır. Bu nedenledir ki, 2/B arazileri üzerinde bu kanunun hak sahibi kıldığı kişilerinin Maliye Bakanlığının taşra ve merkez teşkilatına başvurmaları gereklidir. İllerde bu bakanlığın temsilcileri vilayet bünyesinde yer alan Defterdarlık ve Milli Emlak müdürlükleridir. Yasa bu kamu kurumlarına bu araziler üzerinde kamu adına tasarruf yetkisi vermiştir.

Yasanın 6.m.si 2/B arazilerinin zilyetlerine (kullanıcılarına) lehlerine 2/B belirtisi (tapuda beyan) varsa, satın alma, 7.m.de ise bu arazilerin eski kayıt maliklerine bu arazilerini bedelsiz geri alma veya bedelini isteme hakkı vermektedir. Bu sonuç ise ancak, bu kişiler adına 2/B arazilerinin tescil ile mümkündür (TMK.705 I). Taşınmaz mülkiyeti tescilsizde kazanılabilir ancak bu konuda yasada açık bir hüküm olmalıdır (TMK.705 II). 6292 Sayılı Yasa'da böyle açık bir hüküm konulmuş değildir. Maliye Bakanlığı, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu hak sahipleri adına 2/B arazilerin tescilinin nasıl sağlanacağını, vatandaşın kime başvurması gerektiğini bir genelgeyle duyurmasında yarar vardır.

Yasanın 6.m.sine.f.sına göre “ İdarece düzenlenen hak sahipliliği belgesi, düzenleyen İdarece yazılı olarak Tapu İdaresini bildirim üzerine, Tapu İdaresince hak sahipleri lehine gerekli tapu devrinin tescil işlemi ve gerekli ise İdare lehine taksitli satış bedelleri için kanuni ipotek hakkını tesisi işlemini resen yapılması” gerekmektedir.

3.m.nin 2.f.sında 2/a ve 2/B arazileri hakkında tapudaki bu konudaki belirtilerin (kayıtların) “ yerine göre Orman Genel Müdürlüğü'nün veya Maliye Bakanlığı'nın talebi ile terkin edileceğini söylenmektedir.

6831 sayılı OK.2.m.sine göre konan 2/A ve 2/B belirtilerinin anlamı, bu araziler orman arazisi iken, orman vasfını yitirmesi sebebiyle orman sınırları dışına çıkarıldığı, Hazinesinin özel mülkiyetine geçmiş olduğudur. Bu belirtilerin kaldırılması, terkin edilmesi, kullanıcılarına, zilyetlerine tapu sicil hukuku ilkelerine göre bir hak bahşetmez, belki TMK.713.m.ye göre olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanımlarını sağlayabilir, Kadastro Kanunu 18.m.deki engel kalkmış olur.

4. Müracaat Süresi

6292 Sayılı Kanun, 6.m.si ile kullanıcılara (zilyetlere) 2/B arazilerini satın alma, 7.m.si ise eski tapu maliklerine 2/B ye konu olmuş taşınmazlarını bedelsiz geri alma veya bedelini talep etme hakkı vermektedir. 6.m.ye göre hak sahibi olan 1.f.da sayılan hak sahipleri kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde, 2:f.yer alanlar (kanunun yürürlük tarihinden sonra yapılan güncelleme ile hak sahibi sayılanlar) güncelleme listesinin kesinleşmesinden itibaren 8 ay içinde İdari Makamlara başvurmaları gereklidir. Satış bedellerinin ise başvuru süresinin dolmasından itibaren 6 ay içinde ödenmesi veya taksitli bağlanmış olması zorunlu kılınmıştır.

Kanun'un 7.m.1.f.(b) bendine göre, tapu kütüğe 2/A,2/B belirtisi konulup, Hazine adına orman sınırına çıkarılmış kişilerin “ tapu kayıtlarının geçerli kayıt olduğu “ kabul edilmektedir. Bunların haklarını ileri sürmesi süreye tabi değildir. Bu taşınmazlarda, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal edilmekle birlikte, Hazine lehine bir kayıt oluşturulmamıştır. Bu araziler halen önceki kayıt malikleri adına tapuda kayıtlıdır. Mahkeme kararı ile hükümsüz hale gelmiş olan bu tapu kayıtları, tekrar yasayla geçerli hale gelmekte ve tapuda her hangi bir değişikliğe gerek görülmemektedir.

Buna karşılık aynı hukuki durumda olmakla birlikte önceki maliklerin adına tapu kayıtları iptal edilmiş ve Hazine adına tescil yapılmış ise, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde eski malikler ya da onların kanuni veya akdi halefleri müracaat ederlerse, bu arazilerin, tapusu bedelsiz olarak bu kişilere iade edilecektir..

7.m.nin 4.f.sında, kendilerine bedel veya emsal arazi talep etme hakkı tanınan kişilerin müracaat süresi bakımından bir süre öngörülmüş değildir. Buradaki haklar kişisel nitelikte haklar olduğundan 10 yıllık genel zamanaşımına bağlı olacağı kanaatindeyiz.

7.m.nin 1.f.sı (c) bendi olumsuz bir ifade taşımaktadır. Buna göre bu maddenin 1.f.sına göre 2/B kapsamındaki arazilerin, tapu kayıtlarına göre hak sahibi olanlar ile bu arazileri **fiilen kullananlar farklı kişiler** ise, tapu kayıtlarına göre hak sahibi olan bu fıkra hükümlerinden yararlanmak isterlerse, fiili kullanıcılarına hak sahipli tanınmamaktadır. Daha doğrusu, bu arazilerin fiili kullanıcıları, hukuki dille zilyetleri, ancak tapu kayıtlarına göre hak sahibi olanlar haklarını kullanmak istemezlerse, onlar da bu yasa hükümlerinden yararlanabilirler.

Tarım arazilerini 12.m.ye göre satın alacak, kiracılar ise bu haklarını, kanunun yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl içinde almak zorundadır.

İlgililer belirtilen sürelerden başvuru yapmaz iseler bu kanunun tanıdığı hakları kaybederler (m.7/3)

Bu kanundaki yukarıda belirtilen süreleri Bakanlar Kurulu'nun iki katına kadar artırma yetkisi vardır (m. 6.16.f)

5. Bedellerin takdiri, ödenmesi

6.m.ve 12.m.ye ye göre satın alma hakkını kullananların ödeyeceği bedel, rayiç bedelin yüzde 70'i dir. Bu bedeli takdir yetkisi tek taraflı idareye tanınmış ve hak sahiplerine itiraz imkanı verilmemiştir. İdarenin teklif ettiği bedeli kabul etmeyenlerin satın alma hakkı düşmektedir (6.ö.13 f.)

Peşin ödemede ayrıca yüzde 20 indirim yapılmaktadır. Başvuru için belediye mücavir alanlarındaki araziler için iki bin lira, dışındaki araziler için bin lira başvuru parası alınmaktadır. Belediye mücavir alanlar içindeki araziler için 3 yıllık 6 taksitle, dışındakiler için 4 yıl için sekiz taksitle ödeme imkanı verilmektedir (6m.8.f). Taksitli satışlarda, kalan satış bedeli için Hazine lehine kanuni ipotek hakkı düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Bu satış sözleşmeleri ve kanuni ipotek hakkı sözleşmeleri için TMK.706.m.deki resmi şekil şekli aranmamıştır (m.6.f.8)

İdarece tek taraflı belirlenen bedelleri itirazsız kabul etmeyenlere satış yapılmamaktadır. İtiraz imkanını bu şekilde, engellenmesi hukuka uygun sayılamayabilir. Burada özel hukuk çerçevesinde taşınmaz mülkiyetinin devri işlemi yapılmaktadır. İdare bir bedel tespit edip, zilyetlere, kullanıcılara bildirmekle BK.1.m.anlamında icapta bulunmakta, diğer taraf bunu itirazsız kabul etmekle taraflar arasında bu arazilerin devri konusunda, karşılıklı icap ve kabul ile bir akit oluşmaktadır. Borçlar Hukukunda, yapılan icap muhatapça kabul edilmez ve itiraz edilirse, akit meydana gelmez. 6292 Sayılı Yasa'nın bu ifadelerini bu anlamda yorumlamak mümkündür.

Kiracılara satılan arazilerden ecri misil alınmadığı gibi, son beş yıllık ecri misil miktarı da satış bedelinden mahsup edilmektedir (m.12.m.f.7)

6. Kanun'un kapsamındaki araziler hakkındaki davalar, verilmiş kesin hükümler.

Kanun çeşitli maddelerinde, bu kanuna göre hak sahibi kılınan kişiler hakkında, bu kanunun yürürlüğünden sonra dava açılmayacağı, açılan davalardan hak sahipleri lehine İdarece feragat edileceği, kesinleşmiş mahkeme kararlarının ifa edilmeyeceği, hüküm altına alınmıştır (m.7a, 9/2 .)

Anayasamızda kesinleşmiş yargı kararlarının infazına hiç kimsenin mani olamayacağı hükmü varsa da, bu hüküm vatandaşlar lehine olan yargı kararlarının infazını garanti altına almak içindir. Kişiler kendi lehine olan bir kesin hükmün uygulanmasından feragat edebilir, illaki onu infaz ettirmek zorunda değildir, aynı şekilde derdest bir davadan feragat etmek, sulh olmak mümkündür. Devlette, 6292 Sayılı Yasa ile kendi lehine, vatandaş aleyhine olan kesin bir yargı hükmünün infazından feragat etmekte, kendi lehine sonuçlanabilecek bir davadan çekilmektedir. Bu bakımdan vatandaş lehine pozitif bir ayrımcılık içeren bu yasa hükümlerinin anayasa hukuku bakımından da bir çekince oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

6291 SAYILI KANUN'LA CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZINDA VE TUTUKLAMA TEDBİRİNİN UYGULANMASINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Ersan ŞEN • Av. Ş.Tuncay ÇALTEKİN

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilip, yürürlüğe giren “6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, bir anlamda koşullu salıverilmesine bir yıl ve daha az süre kalan iyi halli hükümlüler için af öngörmekte, bunun yanında tutuklama tedbirinin sık ve uzun süreli uygulanmasının önünü kapatmaya yönelik bir hüküm önerisinde bulunmaktadır.

6291 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle açık ceza infaz kurumunda geçirilen sürenin, hükümlünün salıverilme sonrasında karşılaşılabilecek zorlukların kısmen önüne geçilmesi ve toplum içinde kontrol altında bırakılması amacıyla kısaltılması yoluna gidilmiştir. Aynı zamanda bu değişiklik ile doluluk oranı artan cezaevlerinin ve mahkum sayısındaki artışın bir nebze olsun önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Elbette bu değişiklik, hapis cezası infaz edilen mahkumlar bakımından sevindirici bir gelişme olacaktır. Ancak Ülkemizde suç ve ceza siyasetinin istikrarlı hale gelebilmesi, Ceza Hukukuna olan güvenin sağlanması, suç işleyene verilecek cezanın infaz edileceğine dair, gerek failde ve gerekse toplumda olan inancın artırılıp, cezanın uslandırıcılığı, önleyiciliği ve caydırıcılığının gösterilmesi bakımından, bu tür değişiklikler ile ceza normlarında sürekli yapılan düzenlemeler sakıncalı sonuçlar doğuracaktır. İşte bu tür sakıncalar da, maalesef beraberinde cezanın yerine tutuklama gibi tedbirlerin çözüm amacı olarak görülüp kabul edilmesini gündeme getirmektedir. Oysa adaletin süratli cereyan etmesi, dürüst yargılamanın bir an önce tamamlanması ve suçu sabit olan hakkında verilen cezanın çektilmesi, demokratik hukuk devletlerinde düzenin, kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasının temelini teşkil eder.

Yapılan değişiklik ile denetimli serbestlik tedbiri altında serbest bırakılma için hükümlünün açık ceza infaz kurumuna geçme koşullarının bulunması şartı arandığından, açık cezaevine geçme koşullarına değinmek gerekecektir.

Açık ceza infaz kurumları, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre

açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerine, çalıştırılmalarına ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır. Hükümlülerin cinsiyetlerine, yaşlarına ve işledikleri suça göre 5275 Sayılı Yasa'nın m.8 ve devamında düzenlenen ceza infaz kurumları türlerinden birisinde cezaları infaz edilir. Cezalarını açık ceza infaz kurumu dışında kalan diğer ceza infaz kurumlarında geçiren hükümlülerin, açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarını düzenleyen Yönetmelikte yer alan koşulların yerine getirilmesi durumunda, açık ceza infaz kurumuna geçilebilir. İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanların cezaları ise, doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir. 28267 sayılı 17.04.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" de dikkate alındığında, açık ceza infaz kurumuna ayrılacak hükümlüler;

"İki yıldan az hapis cezasına hükmedilenler

Madde 5- İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanlar ile adli para cezası iki yıl veya daha az süre ile hapse çevrilenlerin cezaları, 6. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile (b) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentleri ve dördüncü fıkrasındaki koşulları taşımaları halinde doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir.

İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanlar ile adli para cezası iki yıl veya daha az süre ile hapse çevrilenlerin teslim olması, yakalanması veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunması hallerinde, yargı çevresinde açık ceza infaz kurumu bulunan ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer cumhuriyet başsavcılığı ile ilçesinde açık ceza infaz kurumu bulunan ilçe cumhuriyet başsavcılığı tarafından hükümlünün koşulları taşıyıp taşımadığı, talep üzerine veya kendiliğinden incelenir.

Yapılan inceleme sonucunda;

a) Teslim olan hükümlünün evrakının tamamlanmasından sonra koşulları taşıdığıın belirlenmesi,

b) Yakalanan hükümlünün, kapalı ceza infaz kurumuna konulup, evrakının tamamlanması ve koşulları taşıdığıın belirlenmesi,

c) Kapalı ceza infaz kurumunda bulunanların koşulları taşıdığıın belirlenmesi, halinde doğrudan açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir.

İkinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hükümlüler kurumun ayrı bölümünde barındırılır.

Yargı çevresinde açık ceza infaz kurumu bulunan ağır ceza cumhuriyet başsavcılığı ile ilçesinde açık ceza infaz kurumu bulunan ilçe cumhuriyet başsavcılığı, kurumun koşullarının uygun olması halinde cezanın bu kurumda infaz edilmesine karar verebilir. Kurumun durumunun uygun olmaması halinde, hükümlünün gitmek istediği üç açık ceza infaz kurumunu belirten dilekçesi ile gönderileceği açık ceza infaz kurumunun belirlenmesini Bakanlıktan talep eder. Bu halde hükümlünün gönderileceği kurum Bakanlıkça belirlenir.

Teslim olması suretiyle açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına karar verilip, gönderileceği kurum cumhuriyet başsavcılığı veya Bakanlıkça belirlenen hükümlülere, on gün süre verilerek ilgili kuruma teslim olması hususu tebliğ edilir. Bu hükümlüler için cumhuriyet başsavcılığınca ilam ve tebligat, açık ceza infaz kurumunun bağlı bulunduğu cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. On günlük süre içinde teslim olmayan hükümlüler hakkında, ikinci fıkranın (b) bendi hükümleri uygulanır.

İkinci kez suç işleyen ve bu suçtan iki yıl veya daha az süreli hapis cezası almış olanlar hakkında 6. maddeye göre işlem yapılır.

İki yıldan fazla hapis cezasına hükmolunanlar

Madde 6- Toplam cezalarının beşte birini kapalı ceza infaz kurumlarında iyi halli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine beş yıl veya daha az süre kalmış hükümlüler ile cezaları yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları veya kapalı ceza infaz kurumlarının yüksek güvenlikli bölümlerinde infaz edilen hükümlülerden, toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi halli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihlerine üç yıl veya daha az süre kalanlar açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilir.

Müebbet hapis cezasına mahkum olanlar, koşullu salıverilme tarihlerine üç yıl veya daha az süre kaldığında açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilir.

Açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilmek için ayrıca;

a) 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102, 103, 142, 148, 149, 188, 190, 328, 335, 336, 337 maddelerinden hüküm alanlar için, koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalması,

b) Kapalı ceza infaz kurumlarında cezaları infaz edilen hükümlülerden;

1) 29.07.2003 tarihli ve 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nun 14 maddesinden ve 5237 Sayılı Kanun'un 221. maddesinden yararlananlar için, koşullu salıverilmelerine iki yıldan az süre kalması,

2) Örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salverilmelerine bir yıldan az süre kalması,

3) 5275 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumuna gönderilenler, geriye kalan toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi halli olarak geçirmesi, koşullu salverilme tarihine en fazla üç yıl kalması ve diğer koşulları taşıması,

Şartları aranır.

01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda birinci fıkra hükmü uygulanmakla birlikte ayrıca aşağıda belirtilen suçlardan 01.03.1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre mahkum olup da, 13.07.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun gereğince cezasının infazı gereken hükümlüler bakımından;

a) Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403. ve 404. maddelerinde düzenlenen uyuşturucu madde ticareti, 414., 416/1 ve 418/1 maddelerinde düzenlenen ırza geçme, 491/3-4, 492., 493. ve 494. maddelerinde yer alan hırsızlık, 495., 496., 497., 498., 499., 500., 501. ve 502. maddelerinde yazılı gasp ile 504. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde düzenlenen dolandırıcılık suçlarından hükümlü olanların koşullu salverilme tarihlerine bir yıldan az süre kalması,

b) Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinde yazılı, cürüm işlemek için teşekkül meydana getirmek, Mülga 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan zimmet, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesi, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 56/1-D maddesi delaletiyle, Mülga 765 Sayılı Kanun'un 133. maddesinin birinci fıkrasında yer alan askeri veya siyasi casusluk suçlarından hükümlü olanların, koşullu salverilme tarihlerine bir yıldan az süre kalması,

Koşulları aranır.

Cezaların toplanması halinde, açık ceza infaz kurumuna ayrılmada koşullu salverme tarihine en az süre aranan suç esas alınır.

Açık ceza infaz kurumuna ayrılma süresini dolduranlar hakkında, altı aylık deneme süresinin tamamlanması beklenmeden açığa ayrılma kararı alınabilir.”

6291 Sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 105. maddeden sonra gelmek üzere 105/A maddesi eklenmesi öngörülmektedir. Bu maddeye göre, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezanın infazı, hükümlülerin dış dünyaya uymalarını sağlamak, aileleri ile bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini te-

min etmek için; açık ceza infaz kurumunda cezasının altı ayını kesintisiz olarak geçiren veya çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlayanlardan, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan hükümlülerin talepleri halinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbirinin uygulanarak infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınmak suretiyle infaz hakimi tarafından karar verilebilecektir.

Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları olduğu halde, iradesi dışında bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılmayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna gönderilen iyi halli hükümlülerde, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının olduğu anda en az altı aylık sürenin geçmesi şartı ile yukarıdaki infaz hükmünden yararlanabileceklerdir. Kanun koyucu, suçlar ve cezalar arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın hapis cezasının infaz koşullarını dikkate almak suretiyle düzenleme yapmayı amaçlamıştır. Bu açıdan düzenlemede “eşitlik” prensibi ihlal edebilecek bir husus bulunmamaktadır.

Kanun'un 105/A maddesinin beşinci fıkrasında, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının dışarıda infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması veya bir konut ya da bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması veya belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi veyahut belirlenen programlara katılması yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, sonradan değiştirilmesi mümkün olmak kaydıyla ilgili denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilir. Bu uygulama isteğe bağlı olmayıp, koşullu salıverilmeden önce dışarı çıkmak isteyen hükümlü hakkında tatbik edilecektir. Ancak bunlardan, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırmanın angarya yasağına girdiği ve Anayasa'nın m.18'e aykırı olduğu ileri sürülebilir ki, bu iddianın doğru olmayacağı aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan istisnai hükümle ifade edilmiştir. Buna göre, şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içinde çalıştırmalar, zorla çalıştırma sayılmaz. Bu anlamda zorla çalıştırma hukuka aykırı olmasa bile, ücretsiz çalıştırmanın hukuka ve Anayasa'ya aykırılığı elbette ileri sürülebilecektir. Çünkü 18. maddenin ikinci fıkrası, zorla çalıştırma yasağına istisna getirmekle birlikte, aynı istisnayı angarya yasağı, yani zorla ücretsiz çalıştırma yasağı için öngörmemiştir. Diğer denetimli serbestlik tedbirlerinin durumu ise, elbette hapis cezasının mahkum üzerinde getirdiği kısıtlılık karşısında mukayese dahi edilmeksizin daha olumludur.

Kanun'un 105/A maddesinin altıncı fıkrasında, hükümlünün bu madde ile getirilen hakkı ne şekilde kaybedeceğine ve sahip olamayacağına dair hükümler yer almaktadır. Buna göre, hükümlünün ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra denetimli serbestlik müdürlüğüne üç gün içinde başvurması, yükümlülüklerini ihlalde ısrar etmesi, ceza infaz kurumuna geri dön-

mek istemesi, başka bir suçtan dolayı tutuklanması, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmadan önce işlediği iddia olunan ve ceza sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasından önce işlediği iddia olunan cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması hallerinde birisinin gerçekleşmesi durumunda, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hakimi tarafından hükümlünün kapalı infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. İnfaz hakimi, hükümlü hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya yapılan kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi halinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle devam edilmesine karar verir.

105/A maddesinin sekizinci fıkrasına göre, denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gerekip de süre bitiminden itibaren iki gün geçtiği halde başvurmayan veya kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın infaz savcısına teslim olmayan hükümlü hakkında, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu ile bunun etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m.292 ve 293 uygulanacaktır. Kanaatimizce, tutukevinden veya ceza infaz kurumundan ya da gözetimi altında bulunduğu görevlinin elinden kaçma olmadığından, “suçta ve cezada kanunilik” prensibi uyarınca TCK m.292 ve 293’ün burada tatbikinin isabetli olmayacağını, bu sebeple de düzenlemenin Anayasa m.38/1’e aykırı olacağını belirtmek isteriz. Bu konuda yükümlülüğü yerine getirmeyen hükümlü bakımından ayrı bir ceza normu ve suç tanımlaması yapılması isabetli olacaktır.

Kanun'un 2. maddesi ile 5275 Sayılı Kanun'una geçici 3. madde olarak eklenen hükme göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle (Kanun'un Resmi Gazete'de yayımı tarihinde) koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalıp da açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı ceza infaz kurumunda olup da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları taşıyan iyi halli hükümlüler de talepleri halinde cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle yararlanabileceklerdir.

Geçici 3. maddenin ikinci fıkrasına göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle koşullu salıverilmelerine bir yıl kala açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkı kazanan hükümlüler, bu infaz hükmünden en fazla altı ay süre ile yararlanabileceklerdir. Bu hüküm, Kanun'un 1. maddesinde belirtilen, açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçiren, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az bir süre kalan hükümlünün serbest bırakılmasını düzenleyen hüküm ile aynıdır. Bu hükmün geçici madde olarak tekrar düzenlenmesi bize göre hatalı olup, uygulamada sorunların yaşanmasına neden olmuştur. Kanun koyucunun bu değişikliği yapmasındaki amaç, açık

ceza infaz kurumuna ayrılma hakkını kazanan hükümlünün, bu infaz usulünden yararlandırılmasıdır. Bu sebeple, hükümlü koşullu salıverilmesine bir yıl kala açık ceza infaz kurumuna geçme hakkını kazanıyorsa, bu infaz usulünden ancak açık ceza infaz kurumunda altı ayını kesintisiz olarak geçirmesi koşulu ile faydalanabilecektir. Bu husus zaten ilk maddede düzenlenmiştir.

Kanun'un 3. maddesiyle, iki yıl ve daha az süre ile hapis cezasına mahkum olanlardan hükümlülük süresinin yarısını iyi halle geçirenlerin talepleri halinde mahkumiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı işte çalışarak geçirmeyi öngören 5275 Sayılı Kanun'un 105. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılacaktır. Kanun koyucu, Kanun ile öngörülen 105/A maddesi sebebiyle işlevsiz kalacağı düşünmüştür.

Kanun'un aşağıda açıklayacağımız, adli kontrol tedbirinin güçlendirilerek tutuklama tedbirinin etkisinin azaltılmasına ilişkin düzenlemesinin ise yeterli açıklıkta ve genişlikte olmasa bile isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

6291 Sayılı Kanun'un 4. maddesiyle, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 15. maddesinden sonra gelmek üzere 15/A maddesinin eklenmesi öngörülmüştür. Bu hükme göre, elektronik cihazların kullanılması suretiyle şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi, elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilecektir. Buna ilişkin izleme, gözetim ve denetim usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir.

5402 Sayılı Kanun'un sadece hükümlülerin denetimli serbestliğine ilişkin düzenleme olmayıp, aynı zamanda soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tutuklanması gerekip de bu tedbir yerine hakkında adli kontrol tedbirine karar verilen veya tahliye edilip de hakkında adli kontrol tedbiri uygulanan şüpheli veya sanığın takibine ilişkin hükümleri de kapsamaktadır. Ülkemizde ceza yargılaması bakımından en önemli sorunu teşkil eden sık ve uzun süreli uygulanan tutuklama tedbiri ile ilgili yaşanan olumsuzluklardan kurtulmak amacıyla birçok görüş ve öneri ortaya konulmaktadır. Ancak bugüne kadar tutuklama tedbirinde yaşanan hukuk kültürü bozukluğu, tutuklama tedbirinin yargılama ve ceza yerine geçmesi sorunu çözülemediği gibi, bu sorunun çözümü konusunda hukuk kurallarında ve özellikle uygulamada olumlu bir adım da atılmış değildir. **İşte bu noktada, Kanun'un 4. maddesiyle önerilen eklemenin gerçekten tutuklama tedbirinin uygulamasını azaltabileceğini ve yerine adli kontrol tedbirini güçlendirebileceğine inanmaktayız. Gerçi 4. maddenin gerekçesi incelendiğinde, maddede geçen "şüpheli" ve "sanık" ibarelerine yer bile verilmediği, adli kontrol ve tutuklama tedbirleri ile ilgili bir açıklama da yapılmadığı, dolayısıyla gerekçenin son derece yetersiz ve maddeyi açıklamaktan uzak kaldığı görülmek-**

tedir. Elbette esas olan madde metni olup, gerekçenin açıklayıcılıktan öte bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Böylesi önemli bir madde metninin gerekçesinin, maddenin taşıdığı anlamı ifade etmeye yeterli olması ve yürürlüğe girmesi halinde doğuracağı etki ile paralel açıklamaları içermesi beklenirdi. Ancak bu yetersizlik, maddenin taşıdığı önemi ve etkiyi zayıflatmayacaktır.

Elektronik gözetim ve izleme yöntemi kullanılarak, tutuklamadan beklenen şüpheli veya sanığın adaletten kaçması ve delil karartma ihtimalinin önüne geçilmesi mümkün olabileceğinden, insana önem vermeyi gözdardı eden tutuklama tedbirinin ikinci plana atılması ve yerine adli kontrol tedbirinin uygulanması gündeme gelecektir. Ancak tüm bunlar, yargulamaların hızlı yapılmasının önüne de geçmemelidir. Çünkü geç gelen adaletin kimseye faydası olmaz.

Masumiyet/suçsuzluk karinesi altında soruşturulan ve kovuşturulan insanlara suçlu muamelesi yapılmasının önüne geçmeyi amaçlayan ve bunu da CMK m.100/1, 101/1 ve 109/1 hükümlerinde ifade eden kanun koyucu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren adli kontrol tedbirinin uygulanmasındaki azlık ve zayıflığı, hala tutuklama tedbirinin tatbikini tercih edilmesi, adli kontrol tedbirinin ön plana geçmemesini ve hatta tutuklama tedbirinin alternatifi olamamasını dikkate alarak, adli kontrol tedbirini güçlendirilmesi amacıyla 5402 Sayılı Kanun'a 15/A maddesinin eklemesini gerekli görmüştür. Umarız bu değişiklik yürürlüğe girdiğinde gerçekten uygulanır. Böylece, “önce tutuklayalım sonra yargularız” mantığı da değişime uğramaya ve Ülkemizin bağlı olduğu hukuk kuralları ile hukukun evrensel ilke ve esasları uygulanmaya başlar.

Tutukluların infaz rejimi ile ilgili değişiklikten yararlanmaları mümkün değildir; zira yapılan değişiklik hapis cezası kesinleşip mahkum sıfatını alanların infazına ilişkin bir usuldür. Oysa uzun tutukluluk sürelerinden dolayı günümüzde birçok tutuklu, alacağı muhtemel cezanın koşullu salıverilme tarihi ve bu infaz usulü dikkate alındığında serbest kalacaktır. Mahkumların dahi erken serbest kaldığı bir sistemde, masumiyet/suçsuzluk karinesi altında bulunan tutukluların, sırf tutuklu bulunmaları sebebiyle serbest kalamamaları vahim bir neticedir. Bu tespitimiz, kesinlikle tutukluların serbest kalabilmeleri amacıyla suçlamaları kabul etmeleri ve kanun yollarına başvurmaktan feragat etmeleri ya da vazgeçmeleri şeklinde anlaşılmalıdır. Esas olan, yargulamaların süratle neticelenmesi, tutuklulukların sık ve uzun süreli uygulanmaması ve tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin tatbikinin tercih edilmesidir. Tutuklama tedbirinin sık, uzun süreli ve somut gerekçeden yoksun şekilde uygulanması, Türk Ceza Yargılaması Hukuku ve Ülkemizin kanayan bir yarasıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile sabit olduğu üzere, kişi hürriyeti ve güvenlik hakkına iliş-

kin ihlaller konusunda Ülkemiz birinci durumdadır. Tutuklama tedbiri, yargılama ve ceza yerine uygulanmaktan vazgeçilmediği ve bu yanlış hukuk kültüründe ısrar edildiği sürece, hukuk güvenliği ve insan hakları seviyesinde ilerleme kaydetmemiz zor gözükmektedir.

Kanun'un 5. ve devamı maddeleri, denetimli serbestlik müdürlüklerinde, denetimli serbestlik ve koruma kurumlarında, danışma kurullarında görev alacak personele ilişkin şartlar, bunların unvanları, özlük hakları ve kadroları hakkında bazı düzenleme ve değişiklikler öngörmektedir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinde düzenlenen "koşullu salıverilme" müessesesi, yani mahkumiyete konu olan bir veya birden fazla hapis cezasının kanun koyucu tarafından gösterilen kısmının cezaevinde iyi halli olarak geçirilmesi karşılığında, mahkumun hapis cezasından kalan süreyi cezaevi yerine denetimli serbestlik altında toplum içinde tamamlaması anlamına gelmektedir.

6291 Sayılı Kanun'la getirilen değişiklik, "koşullu salıverilme" müessesesinin şartlarını esas almış olup, cezaevinde ve dışarıda mahkumun geçireceği süreler bakımından bazı yenilikler getirmiştir. Bu sebeple, esas itibarıyla 6291 Sayılı Kanun'un tatbikinde "koşullu salıverilme" müessesini düzenleyen Ceza İnfaz Kanunu m.107 hükümleri dikkate alınmalıdır. 107. madde, mahkumun işlediği suçun türü, aldığı ceza sayısı ve süresine göre bir içtima usulü öngörmüştür. Suçun örgütlü işlenip işlenmemesine göre ikili ayırımın yapıldığı bu düzenlemede, mahkumun aldığı cezanın bir veya birden fazla olmasına göre de alt ayırımlar yapılmıştır.

647 Sayılı Yasa kapsamında koşullu salıverilmeden yararlanılabilmesi için, süreli hapis cezalarına mahkum edilmiş olanların, cezalarının beşte ikisini infaz kurumunda geçirmiş olmaları gerekmekte idi. 5275 Sayılı Yasa ise bu süreyi değiştirerek, süreli hapis cezalarında cezanın en az üçte ikisinin infaz kurumunda çekilmesini aramaktadır. Suç tarihi Eski Yasa kapsamında olan mahkumlar yönünden, bu infaz usulünün af niteliğinde olduğu söylenebilir. Ceza kanunlarında olduğu gibi infaza ilişkin kanunlarda da failin lehine olan hükmün uygulanması ilkesi geçerlidir (TCK m.7/3). Bu çerçevede, gerek açık cezaevine geçme koşulları ve gerekse koşullu salıvermeye ilişkin her iki kanunun da uygulanabilir olduğu durumlarda, bu kanunlardan failin lehine olanı tespit etmek ve tespit edilen kanuna göre infaz usulünü belirlemek gerekecektir. 5275 Sayılı Kanun'da, 647 Sayılı Kanun'dan farklı olarak yarı açık cezaevlerine yer verilmemiştir. 6291 Sayılı Kanun'da açık cezaevine geçme, koşullu salıvermenin şartı olarak kabul edildiğinden, 647 Sayılı Kanun'da yer alan yarı açık cezaevine geçme koşulları, ya bu Kanun'un uygulanmasında dikkate alınmayacak veya mahkumun lehine olacak şekilde yarı açık cezaevinde geçirilen süre açık cezaevinde geçirilen süreden kabul sayılacaktır. Bu noktada mahkumun lehine olan uygulama tercih edilmelidir.

Birden fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde cezaların içtimalı (toplanması) gündeme gelecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak cezaların toplanması düzenlenmemiştir. Cezaların toplanması, 5275 Sayılı Yasa'nın 99 ve 107. maddelerinde “koşullu salıverilme” müessesesi bakımından düzenlenmiştir.

Cezaların toplanması durumunda, 5275 Sayılı Yasa'nın 107. maddesinde düzenlenen koşullu salıverilme tarihi, her bir suç için ayrı belirlenmeyip, aynı Yasanın 99. maddesi gereğince cezaların toplanması sonucunda, mahkum olunan cezaların şartla tahliye tarihi ve infaz rejimleri farklı olsa da hükümlü hakkında tek bir koşullu salıverilme tarihi belirlenecektir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi 15.12.2010 tarih, 2010/14558 E. ve 2010/14136 K. sayılı kararında, “5275 Sayılı Yasa'nın 99. maddesine göre, bir kişi hakkında hükümlü olan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar; ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir. Bu düzenlemeyle, hükümlünün birden çok kesinleşmiş mahkumiyetinin bulunması halinde infazda kolaylık sağlanması için cezaların toplanması, infazı gereken tüm hapis cezaları için toplam süre üzerinden tek bir şartla tahliye tarihi, deneme süresi ve bihakkın tahliye tarihinin saptanması ve cezaların infazları ile deneme sürelerinin çakışmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Hükümlü hakkında tayin olunan hürriyeti bağlayıcı cezaların şartla tahliye süreleri ve infaz rejimlerinin farklı olması anılan Yasa maddesinin uygulanmasına engel değildir. Cezaların infazındaki bu farklılık, şartla ve bihakkın tahliye tarihlerinin de farklı olmasını gerektirmeyecek, hükümlünün farklı süre ve rejimlere tabi her bir cezası açısından cezaevinde geçireceği sürelerin cumhuriyet başsavcılığı tarafından müddetnamede gösterilmesi yeterli olacak, ancak yine toplam ceza süresi üzerinden tahliye tarihleri hesaplanacaktır.” demek suretiyle cezaların toplanması hakkında bir tek şartla tahliye tarihinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bu noktada 6291 Sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin, cezaların toplanmasında nasıl uygulama alanı bulacağı sorusu gündeme gelecektir. Yukarıda bizim de katıldığımız Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde cezaların toplanması halinde şartla tahliye tarihinin belirlenmesinden sonra (ki, cezaların toplanmasında 5275 sayılı Yasa'da koşullu salıverilmeye uygulanacak üst sınırlar düzenlenmiş olması sebebiyle cezaların toplanması hükümlü aleyhine değildir.) 6291 Sayılı Yasa'nın uygulamasında aranan açık cezaevine geçme koşulunun hesaplanması önem kazanmaktadır. Cezaların toplandığı durumda açık ceza infaz kurumuna geçme ise, yukarıda 5 ve 6. maddelerine yer verdiğimiz Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre, “Cezaların toplanması halinde, açık ceza infaz kurumuna ayrılmada koşullu salıverme tarihine en az süre aranan suç esas alınır”. Bu halde bir suçtan 3 yıl ve diğer suçtan 5 yıl mahkum olan hükümlünün, ceza-

larının toplanması durumunda açık ceza infaz kurumuna ayrılması, aldığı 3 yıllık mahkumiyetin koşullu salıverme tarihine daha az süre bulunduğundan, açık ceza infaz kurumuna geçiş koşulları bu suça göre belirlenecektir.

Yapılan değişikliğin günümüzde sıkça karşılaşılan örgütlü suçluluğa nasıl etki edeceğine de değinmek gerekmektedir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgütün faaliyeti çerçevesinde, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; insanlığa karşı suçlardan (madde 77, 78), kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188), Devletin güvenliğine karşı suçlardan (madde 302, 303, 304, 307, 308), Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315), mahkum olanların cezaları, 5275 Sayılı Yasa'nın 9 maddesi gereğince yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilir. 28267 sayılı ve 17.04.2012 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesi gereğince cezaları yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilen hükümlülerden, toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi halli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihlerine üç yıl veya daha az süre kalanlar açık ceza infaz kurumuna ayrılabilirler. Bu şartlardan ayrı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102, 103, 142, 148, 149, 188, 190, 328, 335, 336, 337 maddelerinden hüküm alanların açık ceza infaz kurumuna geçebilmeleri için, koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalmış olması aranmaktadır. Yönetmeliğin eski halinde, bu suçlar arasında yer alan TCK m. 220, 17.04.2012 tarihinde yapılan değişiklik ile bu suçlar arasında sayılmamıştır. Kanaatimizce bu değişiklik isabetli olmuştur; zira TCK m.220'de sadece örgüt kurmak suçu bulunmayıp, örgüte üye olmak ve bilerek isteyerek yardım etmek suçları da bulunmaktadır. Örgüt kuran ile bu örgüte üye olan ve/veya yardım edenin aynı infaz rejimine tabi olması doğru değildir.

Yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde nitelikli hırsızlık suçunun yer alması, fakat örgüt kurmak ve yönetmek suçunun yer almaması da adalete olan inancı zedelemektedir. Ayrıca, bu tür kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getiren hükümlerin Anayasa m.13'e uygun şekilde kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu sebeple, kanunda düzenleme olmaksızın yönetmelikle yapılan ve kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getiren düzenlemelerin hukuka aykırı olduğunu, Anayasa m.13 ve yönetmelikleri düzenleyen Anayasa m.124'ün de ihlali anlamına geleceğini belirtmek isteriz. Cezanın infazını mahkumun aleyhine düzenleyen kuralların, mahkumun da birey olması sebebiyle kanun tarafından yapılacak atıf yoluyla yönetmelikle değil, en azından net ve somut çerçevenin bizzat kanun hükümleriyle düzenlenmesi gerekir.

Bir diğer önemli husus da yapılan değişiklikte geçiş hükümlerine yer verilmemiş olmasıdır. Bu konuyu dört örnek ile açıklayacak olursak;

I- Hükümlü, 765 Sayılı Yasa kapsamında 30 ay hapis cezası ile mahkum olduğunda, 647 Sayılı Yasa gereğince ceza infaz kurumunda geçireceği süre bir yıl olacaktır. Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesi gereğince de, toplam cezasının beşte birini, yani 6 ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra, bir başka ifadeyle bu hükümlü bakımından koşullu saliverilme tarihine 6 ay kala açık ceza infaz kurumuna geçiş yapabilecektir. 6291 Sayılı Yasa, denetimli serbestlik altında tahliye olunabilmesi için hükümlünün son altı ayını kesintisiz olarak açık ceza infaz kurumunda geçirme koşulunu aradığından, bu hükümlünün zaten koşullu saliverilme tarihine 6 ay kaldığından, hükümlü bu infaz usulünden yararlanamayacaktır.

II- Hükümlü, 5237 Sayılı Yasa kapsamında 30 ay hapis cezası ile mahkum olduğunda, 5275 Sayılı Yasa gereğince ceza infaz kurumunda geçireceği süre 20 ay olacaktır. Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesi gereğince de toplam cezasının beşte birini, yani 6 ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra, açık ceza infaz kurumuna geçiş yapabilecektir. 6291 Sayılı Yasa gereğince, 6 ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirdikten sonra koşullu saliverme tarihine bir yıldan az, yani 8 ay gibi bir süresi kalan hükümlü, denetimli serbestlik tedbiri altında tahliye olabilecektir. Bu durumda hükümlü, 6291 Sayılı Yasa'nın getirmiş olduğu bu infaz usulünden 8 ay yararlanabilecektir.

III- Hükümlü, 5237 Sayılı Yasa kapsamında örneğin 12 ay hapis cezası ile mahkum olduğunda, 5275 Sayılı Yasa gereğince ceza infaz kurumunda geçireceği süre 8 ay olacaktır. Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 5. maddesi gereğince, azami 2 yıl olan cezasının tamamını, daha önce suç işlemek kaydıyla açık ceza infaz kurumunda geçirebilecektir. 6291 Sayılı Yasa'ya göre, 6 ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirdikten sonra koşullu saliverme tarihine bir yıldan az süre kaldığında denetimli serbestlik tedbiri altında tahliye olabilecektir. Bu hükümlü, 8 ay kalması gereken ceza infaz kurumunda, 6291 Sayılı Yasa uyarınca, 6 ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirdikten sonra, koşullu saliverilme tarihine 2 ay kala bu infaz usulünden yararlanabilecektir. Bu örnekte, 6291 Sayılı Yasa'nın getirdiği bu infaz usulünden 12 ay hapis cezası alan hükümlü, 2 ay yararlanabilecektir.

IV- Hükümlü, 5237 Sayılı Yasa kapsamında 45 ay hapis cezası ile mahkum olduğunda, 5275 sayılı Yasa gereğince ceza infaz kurumunda geçireceği süre 30 ay olacaktır. Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesi gereğince de toplam cezasının beşte birini, yani 9 ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra, açık ceza infaz kurumuna geçiş yapabilecektir.

6291 Sayılı Yasa uyarınca, 6 ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirdikten sonra koşullu salıverme tarihine bir yıldan az süre kaldığında denetimli serbestlik tedbiri altında tahliye olabilecektir. Bu hükümlü, kapalı ceza infaz kurumunda 9 ay, açık ceza infaz kurumunda da 9 ay kaldıktan sonra koşullu salıverilmesine bir yıldan az kaldığında tahliye olabilecektir. Bir başka ifadeyle, 6291 Sayılı Yasa'nın getirmiş olduğu bu infaz usulünden 11 ay 29 gün yararlanabilecektir.

Yukarıda yer verdiğimiz örnekler incelendiğinde, daha fazla ceza alan mahkumun ödüllendirildiği görülmektedir. Bu hususun sonuçlarının, Anayasa m.10'da düzenlenen "eşitlik" ilkesine aykırı olması sebebiyle mahkumlara izahı mümkün olmamanın yanında, adalete ve hukuk devletine olan inancı ve vicdanları zedeleyeceğini ifade etmek isteriz. 6291 Sayılı Yasa'dan yararlanamayan mahkumların Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakları olsa da başvuru ve neticelenme süresi dikkate alındığında bu süre zarfında koşullu salıverilmeleri gerçekleşecektir. Bu bakımdan, meydana gelen hukuka aykırı durumun giderilmesi amacıyla geçiş hükümlerinin düzenlenmesini gerekli görmekteyiz.

Ayrıca, İcra ve İflas Kanunu m.340 gereğince "Taahhüdü İhlal" suçundan mahkum olanların, bu infaz usulünden yararlanamayacaklarını da belirtmek gerekmektedir. İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen taahhüdü ihlal suçunun yaptırımı, tazyik hapsi niteliğindedir. 26131 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün, disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararlarının infazını düzenleyen 193. maddesi, tazyik hapsinin tekrare esas olamayacağını ve bu hapse ilişkin kararların, koşullu salıverilmeye tabi olmadığını ve adli sicil kayıtlarına işlenmeyeceğini düzenlemiştir. Bu suçtan mahkum olanların yeni infaz usulünden yararlanamazlar. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen bu suçun Anayasa m.38/8'e aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Taahhüt bir irade açıklaması olup, kabule bağlı olması sebebiyle sözleşme niteliği taşımaktadır. Hiç kimse sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 4. Ek Protokolü'nün 1. maddesine göre de, "Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz".

TAPU DAİRELERİ UYGULAMALARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(5912 Sayılı Kanun ile KMK'ya eklenen geçici madde 2 hükmüne dayalı
intibak üzerine düşünceler)

(Cehlin ol mertebesi ancak tahsil ile mümkündür)¹

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN²

Yönetimin yasallığı (idarenin kanuniliği) esasını zorunlu kılan hukuk devletinde Tapu daireleri kendilerini bağlayan yasalardan bağımsız hareket etmeleri ile vatandaşa çile çektirebilmektedir. Maalesef, “4483 sayılı Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” uyarınca uygulamadaki zorluk ve koşulsuz kollanmaları sonucu kovuşturmaya muhatap olmamaları ve yasal talepleri bu nedenle fütursuzca reddetmeleri karşısında idare mahkemelerinden karar alınmasının üç yılı bulacağı düşüncesi ile vatandaşın yargı yoluna da gitmeden işini halletmeye kalkışması ile yaratılan kaos sürüp gitmektedir.

Tapu daireleri bilgisizlik örnekleri devamlı artmaktadır.

İpotekli taşınmazın devrine ve 1965 yılında 538 Sayılı Kanun'la İİK m. 91'e yapılan değişiklikle³ mümkün hale gelen hacizli taşınmazın devrine geçit vermeyen tapu İdareleri için söyleyecek söz bulamıyorum. 538 Sayılı Kanun ile İİK m. 91/f.1'e yapılan değişiklik sonucu taşınmazın haczi ile tasarruf hakkının MK m. 1010 anlamında tahdide uğrayacağı belirtilmiştir. Bu ifade ile eşyaya bağlı katlanma borcu oluşturarak haciz şerhli taşınmazı devralan kişinin mülkiyetiyle borcu ödememeye dayalı olarak katlanmak zorunda kalacağı ifade edilmektedir. Bu durum MK m. 1010'un sonuncu fıkrasında yer alan “Tasaruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.

Taşınmaz satış vaatleri Tapu Kanunu 26. Hükmünün 7. fıkrasının “*Noterlik Kanunu'nun 44.maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı in-*

1 Sakallı Celal olarak bilinen ve 6 Haziran 1962'de vefat etmiş olan felsefeci Celal Yalınz'ın ünlü sözü.

2 T. C. Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

3 İİK m. 91/f.1: “Taşınmazın haczi ile tasarruf hakkı Medeni Kanun'un 920 nci (MK m. 1020) maddesi anlamında tahdide uğrar.” Maddedeki “tasarruf hakkının MK m. 1020 anlamında tahdide uğrayacağı” ifadesi ile, taşınmazı devralan kişinin mülkiyetiyle borcu ödemeye katlanmak zorunda kalacağı anlamına gelen eşyaya bağlı katlanma borcu oluşacağı, ifade edilmektedir.

şaat sözleşmeleri de **tarafardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir**” şeklindeki apaçık hükmüne rağmen şerh yetkisi kanundan doğmuş ve bu konuda sözleşme taraflarının anlaşması gerekmeksizin de şerh verilebilecek iken tapu dairelerinde metni okuyarak şerh edilebilmesine ilişkin hüküm arayanlar tarafların birlikte tapuya gelmesini zorlayanlar sıklıkla yaşadığımız olumsuzluklardandır. Yasa metni daha nasıl açık bir düzenleme getirmelidir ki bu yönde hatalı uygulama olmasın. Ayrıca bu tür sözleşmelerin her ne kadar isimsiz (atipik) sözleşme niteliğini değiştirmese de bunların şerhini mümkün kılabilmek için MK 1009 hükmü ile artık sözleşmelerin adlandırılmış (isimlendirilmiş) olduğunu görüyoruz. Artık “arsa payı karşılığı inşaat” olarak yasal bir terimi bulunan bu tür sözleşmeler için “hizmet standartları”⁴ olarak başarılı bir uygulamayla idarenin yapmakla görevli olduğu bilgilendirme amaçlı, düzenleyen metinlerde “kat karşılığı temlik” şeklinde uydurma bir isim takılması asla kabul edilebilir değildir. Hemen belirtmek gerekirse bu sözleşmede arasa sahibinin yükümlülüğü alacaklısına MK 716 hükmüne tabi tescili (tasarruf işlemi niteliğinde) talep hakkı vermekten ibarettir. “Temlik” bir tasarruf işlemi olan ve yeni Borçlar Yasası ile “devir” olarak ifade edilen bir mal varlığı kalemi alacak hakkını başka bir mal varlığına geçirmekten ibaret olan işlem için kullanılan bir tabir olup hiçbir şekilde tescili karşılayan bir tabir olarak kullanılamaz. Bu yanlışlıkla tarafların hazırlamış olduğu sözleşmelerin “kat karşılığı temlik” ibaresi taşımadığı için şerhi taleplerinin reddedilmesi karşısında “görevi kötüye kullanma (TCK m. 257)” suçunun işlendiği tereddütsüz kabul edilmelidir.

İpotekli taşınmazlarda ifa sonucu terkin edilen önde gelen derecenin boşalmakla adı üstünde sabit olması gerekirken boşalan derecede sonradan yüksek meblağlı alacakla sabit derece miktarını aşan miktarla ipotek kuran tapu dairelerini de şaşkınlıkla izlemekteyiz.

Ayrıca MK m. 705/2 fıkra hükmünce tescilsiz edinme sonucuna bağlı olarak ilamı MK m. 1013 “*Tescil, tasarrufa konu taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır. Edinen kimse, Kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa bu beyana gerek yoktur*” hükmüne rağmen bu defa Montesquieu’yu mezarından hoplatan uygulama ile mahkeme ilamını okuyarak kendince yorumla yanlış olduğunu beyanla veya başka bir olayda mahkemenin verdiği mirasçılık belgesini (veraset ilamını) yorumla yanlış bulan hukukçuluk oynayan yetkililer bu konudaki derin hukuk bilgileri ile talepleri reddedebilme gücünü kendinde görebilmektedir.

Kanunda olmasına rağmen bazı hak ve yetkilerin tapu daireleri sayesinde asla kullanılamayacağı haller de az sayıda değildir. Adi ortaklık kurup sermaye oluşturan taşınmazını kanunen elbirliğine tabi olmasına rağmen adi ortaklık sözleşmesine istinaden anılan birlikte mülkiyet tipi MK 701-703 hükümleriyle

4 <http://web.tkgm.gov.tr/files/dosyalar/TKGMHIZMETSTANDARTLARI.doc>

dolaylı nitelikte kendiliğinden (ipso iure) doğmasına rağmen tescil ettirebilen Türk vatandaşına rastlanmamıştır.

MK m 676/3 fıkra hükmünce kanunen adi yazılı şekilde geçerli olarak yapılabilen miras taksimi (paylaşma) sözleşmeleri gereği oy birliğini sağlayarak tapuya başvuran mirasçılardan içlerinden bazılarının taşınmaz almadığını ileri sürerek kendine özgü hakkaniyet yorumu ile hepsinin taşınmaz almaları gerektiği gerekçesiyle talebi reddeden yetkililere karşı görevi ihmalden dava açılması artık düşünülmelidir.

Değerli hukukçular, hukuk fakültesinde “real sözleşme” ile “aynı sözleşme”nin farkını öğrendiğimiz zaman Roma Hukukunda örneğine karz, ariyet ve vedia sözleşmelerinde rastlanan bu “real sözleşmelerin” Türk Hukukunda örneği olmadığını öğretildiğini hatırlayacaksınız. Siz öyle zannedin, değerli tapu uygulayıcıları sayesinde taşınmaz mülkiyeti devir ve her türlü aynı hak kuran sözleşmelerin “real akit” niteliğini kazandığını unutmamalısınız. Şöyle ki; anılan sözleşmeler borçlandırıcı işlem (taahhüt muameleleri) niteliğinde vade ve koşula bağlı olarak tescil işleminden önce ve tescili de bu nitelikte sonraya bırakan hükümlerle yapılması olanaklı iken matbu akit tablosunu (resmi suret) bilgisayar çıktısı olarak alan ve gerekli yerleri doldurarak hiçbir irade beyanını bu metnin içeriğine dahil etmemize olanak tanımaksızın yalnızca okumamız için önümüze koymaları sonucu tescili sonraya bırakmanıza asla müsaade edilmeyecektir.⁵ Doğal olarak ön sözleşmenin (akit yapma vaadi) niçin inanılmaz yoğunlukta yapıldığını hemen anlayacaksınız. Peki, bu durumda iki kere harç ödeyen vatandaşın mağduriyetini önlemeyi düşünen var mıdır? Bu konuda da “de lege feranda” (olması lazım gelen) önerimle artık tapu dairelerinin taşınmaza ilişkin (borçlandırıcı işlemler) yapma yetkisi kaldırılarak bu yetki noterlere devredilmelidir. Ayrıca sözleşmelerin avukatlar tarafından imzaları ile tasdikli şekilde hazırlanmasında noterler de devre dışı bırakılmalıdır.

Tapu dairelerinin taşınmazlara ilişkin ön sözleşme (akit yapma vaadi) yapma yetkilerinin ve doğal olarak vatandaş talebi karşısında yükümlülüklerinin varlığını Tapu ve Kadastro Kanunu'nun 26. hükmündeki açık kuralı hatırlatmanın dahi bu açıklamalarımız karşısında beyhude bir çaba olacağını belirtmeliyim.

5 BK m. 214 “Bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart tahakkuk etmedikçe satım, tapu siciline kaydedilmez. Mülkiyetin satıcı uhdesinde mahfuziyetine dair olan şart dahi tescil olunmaz.” Şeklindeki hükmün değişmeksizin sadeleştirilerek YBK 243 “Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz. Taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma koşulu da tescil edilemez.” şeklinde tekrar edilen hüküm uyarınca tapu dairelerinin tescili şarta ve vadeye bağlayan sözleşmelerin tescilini talep beyanı olmaksızın yapması gerektiği başka hangi açık hükümle ifade edilebilir. Zira, bu hüküm uyarınca taşınmaz satımında tescil tasarruf işlemi olarak şarta bağlanamaz. Örneğin iradi bozucu koşul ile taşınmaz mülkiyetinin satıcıya döneceği şartını resmi senede hüküm olarak koyamazsınız.

Hukuk fakültesi öğrencilerine sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince diledikleri kapsamda sözleşme- ki doğal olarak taşınmaza ilişkin sözleşmeler de bu kapsamdadır- yapabileceklerini öğretiriz. Ancak bir tapu müdürlüğüne karma ve bileşik bir şekilde yapma talebi ile başvurduğumuzda alacağımız cevap hiç şüphesiz olumsuz olacaktır. Bırakın bu tür bir sözleşme yapmayı bir taşınmazla bir taşınırı (otomobil gibi) trampayı tapuda resmi senede bağlamayı dahi beceremeyeceksiniz. Çünkü, tapu dairelerinin fiili (de facto) uygulaması ile trampa ancak iki taşınmazın değişimi şeklinde yapılabilmektedir. Bu konuda size hemen pratik öneri de yapılacaktır. Resmi senette satım gibi gösterir bedeli nakit olarak aldığımızı söylerseniz otomobil satışını da ayrıca yaparsınız. Peki; bu şekilde Borçlar Kanunumuzun bana verdiği imkânla devrettiğim taşınmaz kendisiyle trampa sonucu devredilmesi sonrası otomobilin satışında hile olması durumunda bu sözleşmeyi iptal ile geçmişe etkili olarak sonlandırarak olursam trampa sözleşmesine dayalı sebepsiz zenginleşme olgusunca taşınmazın iadesini MK 716 hükmünce nasıl sağlayacağım? Bana bunu kim izah edecektir? MK 7. madde hükmünce resmi şekle tabi taşınmaz satım sözleşmesi ve otomobil satışı ayrı ayrı resmi şekilde satış olarak gözükmekte olduğundan otomobil satışının hile dolayısıyla iptal edilmesi halinde taşınmaz satış sözleşmesinin de iptal edilmesi mümkün olamayacaktır.

Yıllarca Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulunda dersler verdim ve birçok öğrencim bu dairelerde görev yaptı. Ancak münferit bu olumsuzluklar herkese mal edilemese de yaşandığı anda ilgili vatandaşa yarattığı mağduriyeti kimse izah edemeyecektir.

Araştırma başlığımız altında Kat Mülkiyeti Kanunu ile yapılan değişikliklerle “toplu yapılar” hukuki bir düzenlemeye kavuşturulmuş ve fakat yasa koyucunun iradesi, intibak konusunda yaşanan kargaşa ve üstelik bu kargaşaya tapu dairelerinin her birinin kendine özgü yorumuyla daha da arttığından yaşa değişiklinden beklenen yarar bir türlü elde edilememektedir. İlk olarak “Yönetmelik”ler ve tebliğler konusunda yapılan baştan savmacılık, hatalar inanılmaz boyutlara ulaşmıştır. İlk örnek 5711 ve 5912 Sayılı Kanun'larla Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonrası yönetmelik ve tebliğe ilişkin olacaktır.

“Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Tesisine Dair Yönetmelik” başlıklı 16.08.2008 tarihli ve 26969 sayılı RG'de yayım ile yürürlüğe giren Yönetmelik Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nü devre dışı bırakarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı şu an ki adıyla (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) tarafından hazırlanarak yürürlüğe sokulmuş bulunmaktadır. Bu konuda hiçbir tecrübe taşımayan bu idarenin hazırladığı hükümlerdeki hatalar hemen kendini belli etmiştir. KMK 14'üncü madde kat irtifakının kurulması (tescil ile tesisi) için idarece proje tasdiki yeterli görmüş iken anılan Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında -Montesquieu 'nun “Kanunların Ruhü” adlı eserinde güçler ayrılığı

tezine aykırılık ile kemiklerini sızlatacak şekilde- toplu yapılarda kat irtifakının kurulması için inşaat izinlerinin (yapı ruhsatnamesi) varlığını şart koşmuştur.

Toplu yapılara ilişkin 03.08.2009 tarihli 1685 numaralı Genelge ile tamamen Kanun hükümlerini tekrar ile hiçbir açıklık taşımamaktadır. Şöyle ki; 1685 nolu Genelgenin 3. maddesinde “*Toplu Yapılarda ise: 634 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici 2. maddesine göre 5912 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 07.07.2009 tarihinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim planının 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun hükümlerine uyarlanması amacıyla yapılacak ilk değişiklik taleplerinde: değişiklik için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu ile karar alınması ve yeni yönetim planı mevcut kat maliklerinin imzalarının bulunması halinde tapu kütüğünün beyanlar hanesindeki eski yönetim planının tarih ve yevmiyesi terkin edilerek yeni yönetim planının tarih ve yevmiyesi alınmak suretiyle düzeltme işlemi yapılması gerekmektedir*” şeklindeki yönetim planının intibakına ilişkin hükümde geçen “mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu” aynı ifadelerle Genelgede tekrar edilmiştir. Oysa Genelgeden beklenen, bu konuda kargaşaya yol açmak değil Kanun'un gerekçesini bilimsel olarak ele alarak toplu yapıların mevcut yönetim planlarını yeni hükümlere uygun hale getirebilmeleri için yapılması gereken değişikliğin (kat malikleri birliği kararı ile olmayıp) “mevcut kat malikleri kurulu”nun kararıyla yapılacağı açıklanarak karar nisabının ne olduğu ve fakat asıl en önemlisi bu konularda Tapu dairelerinin hiçbir şekilde intibaka müdahil olmayıp intibakların geçerli olup olmadığı sorununun yargı makamlarını ilgilendirdiğinin vurgulanmasıdır.

Doğal olarak “kat malikleri birliği” ile “kat malikleri kurulunun” varlığının ayırt edilmemesine dayalı bilgisizlik ile kanun hükmünü uygulayabilmek Tapu Dairelerinde mümkün gözükmemektedir. Kanun koyucu “kat malikleri birliği”nin yani; kurul olarak belirli bir prosedüre tabi olarak toplanması gerekmeyen ve o parselde ya da toplu yapılarda tümü bağımsız bölüm maliklerinin varlığına dayalı tüzel kişilik sıfatı olmayan birliği “bütün kat malikleri” olarak ifade etmektedir. İşte KMK 28. madde hükmünce yönetim planı değişikliği için “bütün kat maliklerinin 4/5'inin oyu şarttır” ifadesiyle bu birliğe işaret edilmiştir.

Hemen belirtelim, kat malikleri birliğinin kararlarında kurul olarak toplanılması gerekmediği için elden imza ile dolaştırarak karar metnini adi yazılı şekilde oluşturmak mümkündür. Tam bu noktada Tapu Dairelerinde gözlemlediğimiz bazı komik savları da gündeme getirecek olursak; “kat malikleri kurulu” kararı tutanağı isteyenler, “Ben bu imzaların sahte olmadığını nereden bileyim noterden getirin.” diye dedektifliğe soyunanlar, yönetim planı içinde yasaya aykırı hükümler var diye yargılama makamı rolü üstlenenler, hukuken insanın kanını dondurmaya yeterli uygulamalardır. 5912 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesiyle getirilen intibak hükmü, yasa koyucunun bu konuda ki

başarısız hükmüne dayalı bir de tapu dairelerinin hatalı uygulaması ile hiçbir şekilde uygulanamaz hale sokulmuştur. Bu konudaki görüşlerimiz Hafize Kır ile ortak eserimizde⁶ detaylı bir şekilde açıklanmış olduğundan burada bu görüşlerimizi aynen aktarmakta fayda görmekteyim:

“Bu konuda yukarıda değindiğimiz şekilde her zaman kanun değişikliği ile birlikte geçici madde numaralarının Arap harfleri ile 1’den başlayarak numaralandırılması eleştirisi kendisi en yoğun şekilde hissettiren bir maddede düzenlediğini görüyoruz. Ayrıca 5711 sayılı geçici madde 3. Yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir düzenlemeyi de 5912 Sayılı Kanun’da görmemekle geçici madde 2 numarası verilen bu madde ile KMK’nın geçici 4. Maddesi olmaktadır. Daha önce yapılan değişiklikler ile getirilmiş olan geçici maddelerin süreye bağlı olmayanları hala yürürlükte olduğu düşünülecek olursa geçici maddeleri değişiklik yapan kanuna göre kodlamak gereği ortaya çıkacaktır. Oysa her geçici maddeye sonradan gelen bir madde numarası verilecek hem değişikliklerin silsilesi hem de aynı numara altında farklı maddelere vücut verilmemiş olacaktır.

Üstelik geçici 3. maddenin yürürlükten kaldırılmamasına veya varlığına dayalı olarak yeni 5912 Sayılı Kanun’un geçici 2. maddesi ile birlikte uygulanmasına (kabili telif olmasına) yönelik bir düzenleme getirilmemesi de duraksamalara yol açacaktır. Bu nedenle bu araştırmada önce intibak (uyarlama) boyutunu ele alarak, sonrasında 5711 Sayılı Kanun’un geçici 3. Maddesi ile 5912 Sayılı Kanun’un geçici 2. maddesini birlikte ele alacağız.

Bilindiği gibi toplu yapılar, 5711 Sayılı Kanun öncesinde de Yargıtay 18 HD içtihatlarıyla da kabul edildiği üzere, yönetim planlarına getirilen özel hükümler ve TST m. 26 hükmüne dayalı eşyaya bağlı mülkiyet esasına ilişkin olarak yapılan sözleşmelerle oluşturulmaktaydı, KMK m. 66 vd. hükümleri ile toplu yapılar kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Bu konuda tek parsel toplu yapılara ilişkin KMK hükmü bulunmasına rağmen komşu parsel toplu yapılar ilk defa hükme bağlanmıştır. Doğal olarak bu değişiklik ile mevcut yönetim planlarının bu değişikliklerden nasıl etkileneceği konusu da gündeme gelecektir.

İşte bu konuda geçici madde 3 hükmü ile yönetim planlarının 5711 Sayılı Kanun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 6 ay içinde, bu kanun hükümlerine uyarlanacağı kuralı getirilmiştir (5912 sy. Kanun’un Geçici 2. maddesi ile değişiklik sonrası altı aylık süre kalkmıştır). Bu hükmün hemen göze çarpan özelliği, mevcut yönetim planlarının 5711 Sayılı Yasa hükümlerine uyarlanmasına ilişkin kuralın bir yaptırımının bulunmamasıdır. Hal böyle olunca da bir hukuk kuralından değil, temenniden söz etmek gerekir.

⁶ Saba Özmen/Hafize Kır, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanun’lar), İstanbul 2010, s. 259- 264.

Gerçekten de kural bu hali ile yönetim planını yeniden toplu yapılara özgü hazırlamak isteyenlere beşte dört olarak kabul edilmiş nitelikli çoğunluk ile değiştirme zorunluluğundan kurtarmanın dışında, bir intibak zorunluluğu getirilmemektedir. Bu durumda, toplu yapı oluşturmakla birlikte yönetim planında toplu yapıya ilişkin hüküm getirmeyen oluşumlar KMK m. 66 ve devamında düzenlenmiş hükümlere tabi olacaktır. Öyle ya, yönetim planlarında toplu yapının niteliğini yansıtan özel düzenlemeler bulunmayınca KMK vd. da yer alan yedek hukuk kuraları devreye girecektir ve bu hükümlere göre toplu yapı organları oluşacaktır.

Madde bunu dahi ifade etmemiş, bütün düşüncesi intibakların nasılsa yapılacağı tezi üzerine oluşturmuştur.

Bu madde ile ilgili endişemiz yine lafzı hukukçularının yapacağı yorumlara yönelik olacaktır. Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren tüm toplu yapılarda intibak zorunluluğu bulunduğunu öne süren kişilerce, yönetim planında toplu yapıya ilişkin olarak hüküm bulunan yapılanmalarda, mevcut hükümlerin KMK m. 66 vd. hükümlerine uygun hale getirilmesi savunulabilecektir. Bu yolda öne sürülecek tezler fahiş hatalı olacaktır. Maddenin amacı hiçbir şekilde yönetim planlarını KMK m. 66 ve devamı hükümlerine uygun hale getirmek değildir. Aksine, toplu yapı niteliği arz ettiği halde yönetim planında buna ilişkin hüküm bulunmayan ve yönetim planlarına toplu yapıya ilişkin hüküm koymak isteyen kat maliklerini bu değişiklik için aranan nitelikli çoğunluktan kurtarmaktır. Anlaşılacağı üzere, Yargıtay'ın eski hatalı içtihatlarının "kanun hükümlerine uygun hazırlanmamış yönetim planlarını imzalamaktan kaçınanların haklı sebeple imzalamaktan kaçınmış sayılacağı gerektiği" yolundaki kararları burada hatıra dahi getirilmemelidir. Çünkü 5711 Sayılı Yasa toplu yapıya ilişkin tüm düzenlemelerinde, "yönetim planında aksine hüküm bulunmadıkça" "aksi kararlaştırılmadıkça" şeklindeki ifade ile toplu yapıya ilişkin olarak yedek hukuk kuralı niteliğinde hükümler getirmiştir.

Madde de, yönetim planlarında yapılacak uyarılamanın "... bu kanun hükümlerine uyarlanı" şeklindeki ifade edilmiş olması nedeniyle bazı hukukçular tarafından, tüm yönetim planlarının 5711 Sayılı Kanun değişikliklerine dayalı olarak yapılacağı ileri sürülebilecektir. Ancak, maddenin başlangıcında hükmün düzenleme konusunu oluşturan yönetim planları "toplulara ait yönetim planları" olarak sınırlandırılmıştır. Bu nedenle 5711 Sayılı Kanun değişikliği, toplu yapı niteliğinde olmayan yapılarda yönetim planının intibakına imkan vermeyecektir. Bu tespitin sonucunda, 5711 Sayılı Yasa ile yönetim planlarının intibakı hakkında getirilen kolaylaştırılmış toplantı çoğunluğu oranının klasik kat mülkiyeti yönetim planlarında yapılan değişikliklerde uygulama alanı bulabileceğini söyleyebiliriz.

Uyarlamanın bu kanun hükümlerine dönmek suretiyle toplu yapı niteliği arz eden oluşumlarda kolaylaştırılmış çoğunluğun 5711 Sayılı Kanun'la getirilen hükümlere uygun olma koşuluyla geçerli olup olmayacağı tartışılabilecektir. Buna göre, kolaylaştırılmış çoğunluğun yeni kat malikleri kurulunda salt (olağan) çoğunlukla yönetim planı değişikliğinin yalnızca KMK m. 66 vd. hükümlerini tekrar eden yönetim planları için geçerli olacağı savunulabilecektir. Bu yolda ileri sürülecek görüşler uyarınca KMK 66 vd. hükümlerinin yönetim planında aksine düzenleme olmadıkça şeklinde irade özgürlüğüne olanak tanıdığı hükümlerin kolaylaştırılmış çoğunlukla yönetim planına eklenemeyeceği ileri sürülebilecektir.

Görüşümüzce bu gündemle toplanacak mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu ile 6 aylık yasal süre içinde kat malikleri kurulları 5711 Sayılı Yasa ile getirilen hükümlerin tanıdığı her olanaktan yararlanarak yönetim planı değişikliğini gerçekleştirebileceklerdir.

Ancak toplu yapılara ilişkin hüküm getirilirken, bu hükümlerin yanı sıra toplu yapıya ilişkin olmayan hususlarda da yeni hüküm getirmek veya mevcut hükümde değişiklik yapmak istenebilir. Acaba bu değişikliklerde kolaylaştırılmış çoğunlukla karara konu edilebilecek midir? Bu soruya verilecek cevap olumsuz olacaktır. 5711 Sayılı Yasa ile getirilen kolaylaştırılmış çoğunluk oranı toplu yapıya ilişkin yönetim planlarında ve toplu yapıya ilişkin olarak getirilecek hükümler veya mevcut hükümlerdeki değişiklikler hakkındadır. Toplu yapıya ilişkin bir yönetim planının uyarlanması sırasında dahi olsa, eğer yapılacak değişikliklerden bir kısmı toplu yapıya ilişkin değilse bu hükümler açısından KMK 28 hükmünde öngörülen bütün kat maliklerinin 4/5 oy çoğunluğu oranı aranacaktır.

Toplu yapıya ilişkin herhangi bir hüküm içermemesine rağmen uyarlama yapılmayan yönetim planları söz konusu olduğunda, 5711 Sayılı Yasa'nın yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümleri kendiliğinden uygulama alanı bulacaktır. Ancak, bu konuda blok yöneticisi atanmış olan yapılanmalarda uyarlama yapılmamış olmasına dayalı olarak toplu yapı temsilciler kurulu değil, parsel ayırımı yapılmaksızın toplu yapı kat malikleri kurulunu toplamak gerekecektir. Her ne kadar hukuki sonuç doğmasa da yönetim planına KMK 66 vd. hükümlerini tekrar eden hükümlerin konması gerekse de intibakın kolaylaştırılmış çoğunlukla ve 5711 Sayılı Kanun'la getirilen 6 aylık intibak süresinin geçirilmesi halinde de 4/5 (beşte dört) çoğunlukla yapılması gerekecekti. 5711 Sayılı Kanun ile getirilen intibak süresi 5912 Sayılı Kanun'la isabetli bir şekilde kaldırılmıştır. Artık yönetim planlarının toplu yapı hükümlerinin intibakı amacıyla yapılacak ilk değişiklikler ne zaman yapıldığına bakılmaksızın mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğunun oyları ile yapılabilecektir.

Bu başlık altında, yönetim planlarının komşu parsel toplu yapılarda dahi her bir parsel için ayrı ayrı geçerli olduğu tezine değinmemiz kaçınılmazdır. Bu saptama ile tek parsel toplu yapılarda yönetim planı değişikliğine gidilmesi halinde, kat malikleri kurulunun toplantıya çağırılması, parselde mevcut tüm kat maliklerine yapılacak duyuru ile gerçekleştirilecektir. Komşu parsel toplu yapılarda da bu sonuç değişmeyecektir. Her bir komşu parselde yer alan kat malikleri toplanacak ve yönetim planı intibakını oylayacaklardır. Toplu yapıyı oluşturan tüm parsellerin kat malikleri kurulunda intibak kararı çıkması halinde sorun yaşanmayacaktır. Ancak toplu yapıyı oluşturan bazı parsellerde intibak kararı alınamayacak olursa, intibaka konu yönetim planlarının toplu yapıya ilişkin hükümlerinin özdeğ olması şartı nedeniyle oluşan sorunun nasıl çözüleceği bu madde ile belirlenmiş değildir. Bu noktada KMK m. 33 hükmünün uygulanması gerektiğini savunuyoruz.

Toplu yapı yönetim planının intibakına ilişkin olarak, KMK m. 33 hükmünün uygulanması hususunu ikiye ayırarak incelemek gerekir. İlk olarak, parsel kat malikleri kurulunda intibak kararı alınmaması halinde, o parselde mevcut kat maliklerinden biri hâkimin müdahalesini talep ederek, intibakın yapılmasını sağlayabilecektir. Gerek tek parsel toplu yapıda gerekse komşu parsel toplu yapıya dâhil parsellerden birinde bu sorunun çıkması halinde sonuç aynıdır. Bu konuda sorun yoktur. Ancak, ikinci olasılıkta komşu parsel toplu yapı oluşumuna dâhil parsellerden birinin kat malikleri kurulunda intibaka ilişkin gerekli çoğunlukla karar alınmaması fakat o parsel kat maliklerinden birinin KMK m. 33 hükmüne bağlı olarak da talep etmemesi halinde, diğer komşu parsel kat maliklerinden biri hâkimin müdahalesini talep edebilecek midir? Bizim görüşümüze göre, komşu parsel toplu yapıya dâhil parsellerden birinin kat malikleri kurulunda yönetim planı intibakı konusunda gerekli kararın alınmaması halinde diğer komşu parsel kat maliklerinden herhangi biri dahi KMK m. 33 hükmü uyarınca hâkimin müdahalesini talep edebilmelidir. Maddenin KMK m. 66 vd. hükümlerine uygun amaçsal yorumu bu görüşümüzü savunmaya olanak verecektir. Somut bir örnekte, bir parselde yer almakla birlikte diğer komşu parsellerinde yararlanmasına özgüleneceği için, inşa masraflarına komşu parsel kat maliklerinin de katıldığı havuzun içinde yer aldığı parsel kat maliklerinin intibaka ilişkin karar almaktan kaçınmaları halinde, diğer komşu parsel kat maliklerinin KMK m. 33 hükmüne başvurmakta menfaati açıktır.

Yönetim planı değişikliklerine ilişkin genel kural KMK m. 28/III. Fıkıradaki "Yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şattır. Kat maliklerinin 33 üncü maddeye göre mahkemeye başvurma hakları saklıdır" şeklindedir. Buna göre kat malikleri kurulu birliği ile kat malikleri kurulu kararı arasındaki ayrımın öne çıktığı kararlardan biri ile karşı karşıya bulunmaktayız. Madde kat malikleri kurulu söz etmemiştir.

Bu nedenle kat malikleri birliği kararı ile yönetim planının adi yazılı şekilde düzenlenmiş metnine 4/5 niceliği oluşturan irade beyanının imzaları ile yansması yeterli olacaktır.

Bu hüküm gereği yönetim planı değişikliklerinin kat malikleri kurulu gerekmeksizin elden imzaya açılarak kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilmesi olanaklıdır.

Oysa şimdi söz konusu geçici maddelerde kat malikleri kurulu kararından söz edilmektedir. Bu düzenleme yerindedir. Böylece kanun değişikliği sonrası intibakın kolaylıkla yapılması sağlanmıştır. Eğer kat maliklerinin yarısından bir fazlası denmiş olsa idi yine elden imza ile yönetim planı değişikliği intibak amaçlı gerçekleştirilebilecekti. Oysa kuruldan söz ederek olağan karar nisabı ile intibakın yapılması mümkün kılınmıştır. Bu nedenle geçerli çoğunluğun oluşup oluşmadığı ancak kat malikleri kurulunun yapılacak toplantı tutanaklarının varlığı ile ispatlanabilecektir.

Ancak kat malikleri birliğinin hukuki niteliği karşısında elden yazı (katılma ilişkin karar metni içeren) dolaştırarak tüm kat maliklerinin salt çoğunluğu ile de intibakın yapılabileceğinde tereddüt olmaması gerekir.

Uyarlamanın kat malikleri kurulunca karara bağlanacağı hüküm altına alınmış olmakla birlikte “hangi kat maliklerini kurulundan bahsedildiği?” sorusu gündeme gelebilecektir. Yönetim planının parsel bazında düzenleyeceği hususu dikkate alındığında uyarlamanın da parsel bazında yapılacağı ve uyarlamaya ilişkin gündem maddesinin olağan ve olağanüstü parsel kat malikleri kurulunca karara bağlanabileceği tartışmasızdır.

Burada bir kez daha vurgulamak gerekir ki “mevcut kat malikleri kurulu salt çoğunluğu” ibaresinden kasıt, yönetim planının intibakı amacıyla toplanmış bulunan kat malikleri kurulunun salt çoğunluğudur. Yoksa toplu yapıda mevcut tüm kat maliklerinin salt çoğunluğu değildir. Kanun koyucunun, kat malikleri birliğini işaret etmek istediği yerlerde “tüm kat maliklerinin...” veya “bütün kat maliklerinin...” (örneğin KMK m.19/II. Fıkra, yeni 18/III. Fıkra) ifadelerine yer verdiği; kat malikleri kurulu ibaresi ile işaret edilmek istenenin ise yapılan geçerli usuldeki çağrı üzerine belirli gün ve saatte toplanmış olan kat malikleri olduğu unutulmamalıdır. Ancak kat malikleri kurulunun KMK m. 30. hükmünce nitelikli çoğunlukla toplanma zorunluluğu kaldırılmış değildir. “Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarasından bir fazlası ile toplanır ve oy çokluğu ile karar verir” şeklindeki hükmü gereği ilk toplantıda intibak için toplanılmış olsa da sayı ve arsa payı çoğunluğu aranacak ve katılanların salt çoğunluğu ile intibaka ilişkin değişiklikler yapılabilecektir. Somut bir örneklerle pekiştirmek gerekirse, ilk toplantıda toplantı karar çoğunluğunun oluşmadığı durumlarda ikinci toplantının kurul olarak toplanabilmesinin zorunlu niceliği ile as-

gari üç kat malikinin varlığı ile geçerli olarak toplanabilecek, kat malikleri kurulunda, (kat malikleri birliğinin sayısı ne olursa olsun) iki kat malikinin oyu ile geçerli bir şekilde yönetim planı intibakı 5912 Sayılı Kanun geçici 2. maddesi uyarınca yapılmış olacaktır.

Yaşam tecrübelerimiz ile bu düzenlemenin Türk halkına uygun düştüğünü belirtmeliyiz. Çünkü bu düzenleme uyarınca, kat maliklerinin kendilerini ilgilendiren bu gibi konularda toplantıya katılmaları ve oylarını kullanmaları, bu gereği yerine getirmemeleri halinde ise kurula katılanların aldığı karara saygı göstermeleri gerekecektir. Bu gerekçe maddenin düzenlenmiş amacını desteklemektedir.

Gerçek mevcut yönetim planında toplu yapı hükümlerine yer vermiş parselleri, gerekse tek parselde mevcut birden çok yapıların özelliğine göre hazırlanmış yönetim planının 5711 Sayılı Yasa uyarınca intibak zorunluluğu bulunmadığına ilişkin tespitimizi tekrar etmek istiyoruz. Diğer yünden, toplu yapı niceliği taşımakla birlikte, yönetim planında buna ilişkin hüküm bulunmayan parsel veya komşu parsellerde yönetim planının intibakı yoluna gidilmemesinin herhangi bir yaptırımının olmaması nedeniyle, 5711 Sayılı Yasa'nun yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümler devreye girecektir. Bu durumdaki toplu yapılar KMK m. 66 vd. hükümlerince seçilecek organların yönetimine tabi olacaklardır.

Bu sonuçla mevcut yönetim planlarında Yargıtay 18 H.D.'si içtihatları ile sözleşme niteliğinde geçerlilik taşıyan ve 5711 Sayılı Yasa değişikliğine kadar uygulanması toplu yapı organlarını oluşturmuş ve sorun yaşanmamış toplu yapıların hiçbir şekilde intibakla yükümlü olmadığını söyleyebiliriz⁷. Bu konuda KMK m. 69 hükmüne aykırı organlara yer verilmiş olsa sonucu değiştirmeyecektir. Örneğin yukarıda ilgili başlıkla verdiğimiz örnekle ve parselden oluşan komşu parsel toplu yapısında her bir parselde bulunan bloklara dayalı toplu yapı temsilciler kurulu oluşturmadan parsellerde yönetim kurulu seçerek, toplu yapı yönetim kurulunu parsel yöneticilerinden oluşturan toplu yapı yönetim planının intibaka konu olmasından söz edi-

7 Yargıtay bu konuda her ne kadar gerekçeyi oluşturan görüşüne katılmasak da, yönetim planında yasal dayanağı olmaması sonucu (5711 Sayılı Yasa ile yasal düzenlemeye kavuşmadan önce) yönetim planına konan hükümlerle birden fazla parselin ortak yönetime tabi kılınarak toplu yapı masraflarının ödenmesi yükümlülüğünü getirmesini sözleşmeden doğan yükümlülük olarak nitelemesi ve alacak davalarına ilişkin genel hüküm boyutu ile 13. H. D. 'sinin görüş alanına sokulması gerektiğine karar vermiştir. Bu boyutu göz ardı edilerek intibak yapılmayan toplu yapı yönetiminde mevcut yönetim planına dayalı alınacak kararların yok hükmünde olacağını savunan görüşlere katılmak mümkün değildir. Bu konuda bkz. Ömer Lütfi Coşar, "Toplu Yapılarda 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nu Değiştiren 5711 Sayılı Kanun'a Uyarlanmış Yönetim Planlarının Uygulanması Sorunu", İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan 2012 Cilt 86 Sayı 2012/2, s 243. Üstelik yazarın 5912 Sayılı Yasa ile yürürlükten kalkmış geçici madde 3 hükmüne dayalı yürürlük tarihinden itibaren en geç altı aylık süreden sonra (28.05.2008) "28.05.2008 tarihinden sonra, toplu yapılarda eski yönetim planına göre yapılan kat malikleri genel kurul toplantısı, alınan kararlar ve seçilen kurullar isterse oybirliğiyle olsun, "Yok Hükmündedir" ifadesiyle, vardığı hukuksal sonuç fahiş hatalıdır.

lemez. Bu noktada sorun mevcut toplu yapı yönetimine KMK m. 66 vd. hükümlerinden farklı organlarla yer vermiş toplu yapılarda intibak yapılmak istenirse basitleştirilmiş intibak çoğunluğunu mu yoksa nitelikli çoğunluk mu aranacağı tartışması yaşanabilecektir. KMK hükümlerinin ruhuna (MK m.1 hükmünce) uygun olarak, bu şekildeki toplu yapı yönetim planlarının intibaka konu olmayacağı ve normal yönetim planı değişikliği prosedürünün uygulanması gerektiği görüşünderiz.”

Bu gerekçeler ve sürenin uygulamada yarattığı sıkıntı dikkate alınmış ve 5912 Sayılı Kanun ile KMK'a eklenen Geçici 2. madde ile “Bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim palanlarının, bu kanun hükümlerine uyarlanması amacıyla yapılacak ilk değişiklik için **mevcut kat malikleri kurulunun** salt çoğunluğu yeterlidir.” hükmü getirilmiştir. Böylece yönetim planının intibakının ne zaman yapıldığına bakılmayarak, toplu yapı hükümlerinin intibakı amacıyla yapılacak ilk yönetim planı değişikliği kolaylaştırılmış çoğunluğa tabi tutulmuştur.

Tapu daireleri, “mevcut kat malikler kurulu” tabirini “kat malikleri birliği” şeklinde anlayarak tüm kat maliklerini yarıdan bir fazlasını arayacak olsalar dahi bu şekilde tüm kat maliklerinin oyçokluğu ile alınmış talepleri karşılamaları gerekmektedir. Hal böyle olmakla beraber tapu daireleri bu konudaki hukuksuzluklarına bir de yönetim planlarının içeriğine müdahale ile yukarıda bahsettiğimiz eleştiriye paralel olarak 4/5 çoğunluğun kararı olmadan yönetim planı uyarlamalarını tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazımı taleplerini reddetmeyi eklemektedirler. Bu konuda tarafımda hazırlanan bir karara dayalı olarak alınmış intibak kararı böyle bir uygulamayı tahmin ettiğim için dikkat ve özenle KMK hükümlerini tekrar eden ve bunu da **Toplu Yapı Yönetim Planı Hükümleri çerçevesinde Ek Madde 1- Yönetim Planına Konu Tek Parselde Mevcut yapılaşmanın Toplu Yapı Niteliği başlığı altında** “12 nci pafta, 643 ada,112 numaralı parsel üzerinde, bazıları bitişik mahiyete binalardan oluşan bloklar olmak üzere birden fazla blok niteliğinde yapı ile bunlara ait eklentiler, ortak yerler ve tesisler mevcuttur. Bu açıdan yönetim planına konu olan parsel zemininde yer alan birden fazla yapıya dayalı olarak, tek parsel toplu yapı olma özelliği, 5711 Sayılı Kanun ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerince yönetim planına taşınmıştır.” şeklinde karar alınmış ve takip eden maddelerde Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Toplu Yapı Yönetim Kurulu, Toplu Yapı Denetim Kurulu ve Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu kanundaki hükümlerle karar altına alınmış olmasına rağmen intibak talebi reddedilmiştir. Bu konuda öne sürülen gerekçe karşısında söyleyecek söz bulamıyorum. Tapu dairesi talebimizi ret gerekçesini; eskiden yönetim planında toplu yapıya ilişkin hüküm bulunması halinde, kat malikleri kurulunda alınan kararda bir cümlelik “mevcut yönetim planı hükümlerinin yasa değişikliklerine intibakı yapılmıştır” yönünde bir ifade bulunması gerektiği ve başvurumuzda bu ifadenin bulunmadığı şeklinde açıkla-

mıştır. Sonuç olarak yasaları hukuka uygun olmayan, onları düşünceleri ile yorumlayan yetkili memurların bu tutumuna karşı yapılacak hiçbir şey yoktur. İşte yasa metinlerini hukukçu sıfatı taşımayan kimlikle istediği gibi değiştirip uygulayabilme gücüne sahip olduğunu düşünen zihniyetler bu şekilde yorum yapacak olursa elden bir şey gelmeyecektir.

Ayrıca bir konudaki bilgisizliği daha gidermek gerekirse; yönetim planı hükümleri ve değişikliklerinde tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazım asla kurucu unsur değildir. Yönetim planı hukukumuzda kanunen eşyaya bağlı borç niteliğinde olup⁸; Kanun hükümleri gereği tüm kat maliklerini (değişiklikleri ile de) kendiliğinden bağlar; beyanlar hanesine yazılmasa da bu nitelik değişmez.⁹

Artık Tapu Sicil Müdürlerinin hukukçu olma zorunluluğundan başka çare yoktur. Bu öneri ile hukuk fakültesini bitiren herkesin Tapu Sicil Müdürü olarak atanmasını izahtan vareste tutarım. Tapu dairelerinde çalışanların özlük hakları düzenlenmeli Hazinesinin kusursuz sorumluluğunun da emanet edildiği bu kişilerin liyakatle seçimi yapılarak yüksek maaşlı olarak istihdam zamanı artık gelmiştir.

Ayrıca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tebliğleri konusunda uzman hukukçulardan (taşınmazlara ilişkin tez yazan çok sayıda genç meslektaşlarımız mevcuttur) görüş alınmalıdır. Bu konularda görev yapan Yargıtay'ın değerli üyeleri ve uzman öğretim üyelerinden danışma kurulu oluşturulmalıdır. Meslek içi eğitime önem verilmek suretiyle bu kişilerden ve eski mensuplardan yararlanılmalıdır.

8 Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s.236

9 Erel, s.236

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ÜÇÜNCÜ MADDESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME¹

Çınar Can EVREN²

Özet: 2011 yılı Ekim ayında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi, idari eylem ve işlemlerden dolayı ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali halinde doğacak zararların tazmini için açılacak davaları adli yargıya bırakmaktadır. Ancak 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ve Türkiye'de uygulanmakta olan idari rejim karşısında, bir Kanun maddesiyle böyle bir değişikliğin yapılabilmesi mümkün görünmemektedir.

Genel Olarak:

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş, 27836 sayı ve 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır³. Kanun koyucu 6100 s. Kanun'un yürürlüğe gireceği tarihi, 451. maddede, 01.10.2011 olarak belirlemiştir. Hükümet gerekçesinde, Kanun'un yürürlük tarihinin farklı bir zaman olarak belirlenmesinin nedeni olarak "*Hukuk yargılamasını bütünüyle etkileyecek temel bir kanunun derhal yürürlüğe girmesinin yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek ve yeni getirilen kavram ve kurumların kavranmasını ve yerleşmesini temin etmek amacıyla, Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesi esası*"nın benimsendiği gösterilmiştir⁴.

Genel gerekçede HMK'nın çıkarılma nedeni olarak kısaca şu hususlardan söz edilmiştir⁵: Bölge adliye mahkemelerinin kurulması nedeniyle kanun yollarında önemli değişikliklere gidilmiş olması; HUMK'nun dilinin eskimiş olması, HUMK'nda zaman içinde yapılan değişikliklerde aynı anlama gelen yeni ve eski terimlerin bir arada kullanılmış olması, bazı terimlerin yanlış kullanılmış olması; makul sürede yargılanma hakkının hayata geçirilmesi gerekliliği vb...

1 Makalenin yayıma hazırlanması sırasında, Anayasa Mahkemesi 2011/35 Esas sayılı kararı ile inceleme konusu 3. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinin iptaline, birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci ve üçüncü cümlelerinin de iptaline karar vermiştir. Mahkemenin gerekçeli kararı Resmi Gazete'de henüz yayımlanmadığı için gerekçeler bu makalede incelenememiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=353>

2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

3 Genel Gerekçede, 6100 Sayılı Kanun'un HUMK'ndan tamamen farklı, bütün kurumları tamamen yeni bir tasarı olmadığı, daha çok HUMK'nun, gerektiği hallerde yeni kurumlara da yer verilmiş olmakla birlikte, revize edilmiş hali olduğu belirtilmiştir. Dinç Mutlu: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 34.

4 İlgili maddenin Meclis Genel Kurulundaki görüşmeleri sırasında verilen bir değişiklik önergesinin kabulü ile yürürlük tarihi son şeklini (01.10.2011) almıştır. Budak Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, XII Levha Yayınları, Yayın No. 27, İstanbul 2011, s. 516.

5 Budak: s. 3 vd.

I. HMK Üçüncü Maddenin Adalet Komisyonu Gerekçesi⁶:

Üçüncü maddenin gerekçeleri ve onların incelemesine geçilmesinden evvel maddenin belirtilmesinde fayda vardır.

HUMK'da karşılığı olmayan inceleme konusu HMK'nın 3. maddesi⁷ başlığı ile birlikte şöyledir:

“Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev

MADDE 3- (1) Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”

Üçüncü maddenin Adalet Komisyonundaki gerekçesi genel olarak aşağıdaki hususlara değinmektedir:

- Sağlık ve yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğu,

- Adli - idari yargı ayırımında temel ölçüt olarak idari hizmetin niteliğinin esas alındığı, ancak bunun yerine zararının öznesinin (insanın) esas alınması gerektiği,

- Fiziksel bir zarar gören insanın davasını açtığında görev düzeni sorunu ile karşılaşması halinde, askeri, idari ve adli yargı kolları arasında senelerce gidip gelmek zorunda kaldığı; Uyuşmazlık Mahkemesinin bu konudaki içtihat farklılıkları, süre aşımı, kısmi dava, tazminat miktarlarındaki farklılıklar, çok hukukluluk sorunlarının adalet duygusu ve hukuk devleti anlayışına aykırı düştüğü,

- Kamulaştırma, fiili yol niteliğindeki müdahaleler veya tapu sicillerinin tutulması gibi hususlardan doğan zararların tazmini için adli yargıya müracaat imkânının, insan zararları açısından tanınmamış olmasının bir çelişki olduğu,

6 Budak: s. 29 vd.

7 HMK'nın 3. maddesine paralel bir düzenleme 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca 6099 Sayılı Kanun'un 14. maddesiyle (19.01.2011 tarih ve 27820 sayılı RG) 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110 maddesi de şu şekilde değiştirmiştir:

“Görevli ve Yetkili Mahkeme:

MADDE 110 - İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır. Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir.”

- İdari yargı yerlerinin de önlerine gelen tam yargı davalarında Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunu temel aldıkları,

- Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğinin açıkça vurgulandığı,

- Yasama organının, anlaşmazlığın niteliğine, uygulamada yaşanan ve adil yargılanma hakkı ile bağdaştırılamayacak kronik sorunlara, hukuk disiplininin ulaştığı özerk karaktere ve diğer bilimsel verilere göre yargı kolları arasındaki görev alanını belirleyebileceği,

- Anayasa'da yargı kollarını düzenleyen normların doğrudan görev direktifi veren normlar olmadığı,

- İnsan zararının öznesi olan insan ve insan haklarının yargı kolları çatışmasına feda edilmemesi gerektiği, bu yolla adil yargılanma hakkının ve hukukun üstünlüğünün sağlanacağı.

II. HMK'nın Üçüncü Maddesinin Gerekçelerinin İncelenmesi:

HMK üçüncü madde, idare mahkemelerinin ihtisas mahkemeleri oluşunu göz önünde bulundurmadığı gibi, Anayasa'da düzenlenmiş olan adli-idari yargı ayırımına, usul ekonomisine ve diğer birkaç hususa da aykırı nitelik taşımakta olup, aşağıda bu aykırılıklar incelenmeye çalışılacaktır⁸.

A. İdari mahkemeler ihtisas mahkemeleridir:

Gerek İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) gerekse bu Kanun'un 31. maddesinde HUMK'na atıf yapılan konularda, idari yargı yerleri için davanın ıslahına, fazlaya dair hakların saklı tutulmasına⁹, tanık dinlenmesine¹⁰ imkân veren düzenlemelerin mevcut olmadığı açıktır. Yargı içtihatları da bu doğrultudadır. Bununla birlikte bu eksikliğin idari yargılamaya ilişkin kanunların yeterli düzenlenmemiş olmasından kaynaklandığı söylenebilir. İYUK'na HUMK ve HMK'ndaki benzer kurumlar getirilirse idari yargı da zararları tazmin etmeye yönelik daha adaletli kararlar verebilecektir. Bu usuli müesseseler idari yargı hakimine de tanınırsa, adliye mahkemelerinin eksiği olan uzmanlık ilkesi gereği, idari yargıda dağıtılacak olan adalet, adli yargıdakinden daha iyi olabilecektir.

Gerekçede ileride ihtisas dairelerinin kurulmasından bahsedilmektedir. Oysa idare mahkemeleri zaten idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemeleridir. HMK üçüncü madde, iş mahkemelerinin görevlerini saklı tutma gereği duymuş ve gerekçede buna sebep olarak, bu mahkemelerin ihtisas

8 Bununla birlikte düzenlemenin çok yerinde olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Yılmaz Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", ABD, Y. 69, S. 2011/2, s. 222.

9 D10D: 15.05.1992, E. 91/2716, K. 92/2050; D6D: 21.12.2005, E. 05/2255, K. 05/6540; D10D: 06.02.2009, E. 06/1212, K. 09/652, DBB.

10 D3D: 25.12.1990, E. 89/3460, K. 90/3569; D8D: 25.02.2004, E. 03/3369, K. 04/917, DBB.

mahkemeleri olmalarını göstermiştir. İdari yargı yerleri çok uzun senelerin birikimi olarak kendine ait yerleşmiş içtihatları olan uzmanlık mahkemeleridir. Kamu hizmeti, kamu gücü, kamu yararı, hizmet kusuru gibi kavramlar iş kazası veya meslek hastalıklarından daha az ihtisaslaşma gerektiren kavramlar olmasa gerektir. Bununla beraber işçilerin ölümü veya vücut bütünlüğüne verilen zararlardan doğan davalar iş mahkemelerinde görülmeye devam edilecekken, iki mahkemenin de ihtisas mahkemesi olması dolayısıyla, idari yargı açısından niçin böyle bir farklılık yaratıldığının anlaşılması zordur.

Gerekçede, idare mahkemelerinin Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun hükümlerinden yararlandığı belirtilmiştir. İdari yargı yerleri önlerine gelen davalarda özel hukuk hükümlerinden, adliye mahkemelerindeki gibi değil, idare hukukunun ayrı bir hukuk dalı olması nedeniyle, idare hukukunun özelliklerine uyduğu ölçüde yararlanırlar¹¹. Bu durum idari yargının içtihadi bir hukuk dalı olmasının da sonucudur. İdare hukuku ve idari yargının içtihadi bir hukuk dalı olması kendisini en çok idari sözleşmeler ve idarenin sorumluluğu konularında göstermektedir. Örneğin, kusursuz sorumluluğun temel dayanaklarından biri olan “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*”; idare ile doğan zarar arasında bir illiyet bağı olmasa da idarenin toplumsal olaylardan sorumlu tutulmasına imkân veren “*sosyal risk ilkesi*”¹² özel hukuk alanında benzeri olmayan sorumluluk halleridir. Borçlar Kanunu’nda kusursuz sorumluluk sınırlı hallerde ve ikincil iken idare hukuku için böyle bir sınırlama yoktur ve kusursuz sorumluluk da en az hizmet kusuru kadar tazmin sebebi olmaktadır.

Gerekçede kamulaştırma, kamulaştırmaz el atma, tapu sicilinin tutulmasının idari işlem ve eylem olmakla beraber bunlardan doğan zararların çözümlenmesinin kanun veya içtihatlarla adli yargıya bırakıldığı, ancak en temel hak olan yaşama hakkına yapılan müdahaleler neticesinde doğan zararların tazmin edilmesinin adli yargıya bırakılmadığı, bunun bir çelişki olduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçeye yönelik olarak da şu söylenebilir: Eğer bütün hakları adli yargı idari yargıya oranla daha iyi koruyacaksa o halde idari yargının tamamen kaldırılması ve her türlü uyuşmazlığın adli yargıya bırakılması gerekir.

HMK üçüncü maddede malvarlığına verilen zararlara ilişkin bir hüküm getirilmediği için bu tür zararlara ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda görülmeye devam edilecektir. Bu durumda bir kişinin taşınmazına hukuka aykırı olarak el atılması ile (fiili yol), o kişinin taşınmazının idareye ait bir aracının patlaması sonucu zarar görmesi arasında ne gibi bir fark vardır. İki halde de ortada idarenin sebep olduğu bir zarar vardır ve yine iki halde de zararın konusu mülkiyet hakkıdır. Bu nedenle gerek bu Kanun ile gerek bundan önce

11 AYİM2D: 29.12.1992, E. 91/74, K. 92/913; AYİM2D: 27.06.2001, E. 00/292, K. 01/549, aktaran, Akyılmaz Bahtiyar-Sezginer Murat-Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2011, s. 148.

12 D10D: 13.10.1993, E. 92/3372, K. 93/3777, DBB.

çıkarılan kanunlar (Kamulaştırma Kanunu, Medeni Kanun gibi) veya adli yargı veya Uyuşmazlık Mahkemesince oluşturulan içtihatlar ile böylesi bir ayrıma gidilmesinin nedeni nedir? Bunu hukuken saptayabilmek güçtür.

B. Yargılamada usul ekonomisine uyulması bir zorunluluktur:

HMK üçüncü maddenin bu düzenleme biçimi bazı zararlar için idari, bazı zararlar için de adli yargıya gitme gerekliliğini doğuracaktır. Anayasa Mahkemesi 1997 tarihli bir kararında *"idarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idari işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetiminde bırakılmasında isabet yoktur."* gerekçesiyle İmar Kanunu'nun 42/5. fıkra hükmünü Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir¹³. Yukarıda da ifade edildiği gibi HMK üçüncü maddenin uygulanmaya başlaması halinde aynı maddi olaydan doğan uyuşmazlık için iki farklı yargı yerine başvurmak gerekecektir. Bu ise Anayasa Mahkemesinin kararında vurguladığı gibi maddenin iptaline neden olabilecek niteliktedir. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun *"Başvuru Yolu"*nu düzenleyen 27. maddesine, 5560 Sayılı Kanun'la 8. fıkra eklenerek¹⁴ görev konusunun iyice karmaşık hale gelmesi ve yine görev konusunda iki başlılığın doğması önlenmeye çalışılmıştır¹⁵.

İdari işlem veya eylemler neticesinde meydana gelen ölüm ya da yararlanmadan doğan maddi ve manevi zararlar adli yargıda, kişinin malvarlığına bir zarar gelmesi halinde açılacak davalar idari yargıda görülecektir. Bu durum gerekçede ifade edilen, birden fazla yargı düzeninin insanlar için doğuracağı sakıncayı gidermek bir yana daha fazla probleme neden olabilir. Zira bu durumda kişi, önceki düzenlemede bütün zararlarını tek bir yargı merciinden

13 AYM: 15.05.1997, E. 96/72, K. 97/51, aktaran, Akad Mehmet-Dinçkol Abdullah: 1982 Anayasa'sı ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007, s. 644 vd. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nu gerekçe göstererek (daha doğrusu yasamanın itiraz yolu adı verilen bir uygulama ile iptal davası konusu olacak uyuşmazlıkları adli yargıya bırakmayı adet edinmesi nedeniyle) İmar Kanunu uyarınca verilen idari para cezalarına karşı yapılacak itirazların çözüm yeri olarak adli yargının görevli olduğunu belirlemiştir. UyM: 02.10.2006, E. 06/127, K. 06/141, DBB.

14 "İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür."

15 "Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine, 19.12.2006 günlü, 26381 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5560 Sayılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkrada, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmış, bu maddenin gerekçesinde de bu hükümle, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir." D6D: 30.01.2007, E. 06/1498, K. 07/438, DBB.

isterken bu sefer iki ayrı yargılama usulü kanunu olan iki farklı mahkemede dava açmak ve bunları takip etmek zorunda kalacaktır.

Asliye hukuk ve idare mahkemelerinin farklı yargılama usullerine tabi olması da uygulamada çeşitli sakıncalar doğurabilir. Bu durumda ilgililer veya vekilleri farklı yargı yerlerine farklı sürelerde dava açmak; kimisinde dava açmadan önce idareye başvurmak zorunda kalacaktır. Bütün bu hususlar, kişinin zaman, özellikle vekille takip edilecek davalarda fazladan masraf yapmasına neden olacaktır. Bu ise Anayasa'nın 141. maddesine aykırı nitelikte sonuçlar doğurabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 20'de resen tahkik ilkesi düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca idari yargı yerleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yaparlar¹⁶. Bu ilke idare karşısında güçsüz durumda olan bireyi korumak için kabul edilmiştir. Adli yargıda ise taraflarca hazırlama ilkesi (HMK madde 25) geçerlidir ve hâkim istisnai haller dışında tarafların söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Yine bu ilke uyarınca hakim kanunda öngörülen istisnalar dışında kendiliğinden delil toplayamaz. Tarafların menfaatlerini en iyi yine tarafların koruyabileceği¹⁷ düşüncesinden hareketle medeni usul hukukunda kabul edilen bu ilke, sadece bireysel yarar değil kamu yararının da gözetildiği idare hukuku ve idari yargıda, idarenin teşkilatının karmaşıklığı, mevzuat birliğinin olmaması, işlem ve eylemlerinin niteliğinin farklı olması gibi nedenlerle, davacının ve kamunun aleyhine sonuçlar doğurabilir.

HMK üçüncü madde uyarınca idari işlem ve eylemden doğan bir kısım zararın tazmini için açılacak davalar adli yargıda görüleceği için asliye hukuk mahkemeleri, HMK hükümleri uygulayacaktır. Bu durumda idari yargılama usulünde mevcut olan resen tahkik, gerçek hasma tebliğ (İYUK madde 15/1-c) gibi pek çok kurum adli yargıda uygulanamayacaktır.

C. Anayasa'da adli yargı idari yargı ayrımı mevcuttur:

Gereğince, Anayasa'nın 142. maddesinden bahsedilmektedir¹⁸. Yine Anayasa'da yer alan hükümlerin, Yasama Organını uyuşmazlıkların çözümüneceği yargı düzenini belirlerken bağlayan hükümler olmadığı, Yasamanın bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmakta serbest olduğu vurgulanmıştır.

Adli-idari yargı ayrımına Anayasa'nın değişik hükümlerinde rastlamak mümkündür. Bunlar Anayasa'nın 2., 125., 140., 155., 157. maddeleridir. Nitelik Anayasa Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarda bu hususu vurgulamış

16 D5D: 17.03.2003, E. 99/6343, K. 03/825; DİDDK: 12.06.2008, E. 05/3292, K. 08/1633, aktaran, Akyılmaz Bahtiyar-Sezginer Murat-Kaya Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 463 vd.

17 Pekcanitez Hakan-Atalay Oğuz-Özkes Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2011, s. 251.

18 "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."

ve Yasamanın bu konuda takdir yetkisinin sınırlı olduğunu ifade etmiştir^{19,20}. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği kararlarda bir içtihat birliği olduğu da söylenemez. Yüksek Mahkeme 2006 tarihli bir kararında "... Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın 125., ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'da yargı ayrılığının kabul edildiği görülmektedir. Buna göre mahkemelerin görevleri belirlenirken adli ve idari olarak nitelenen yargı ayrılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyumsuzluğun çözümlü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir." gerekçesiyle Yasamanın bu konuda takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir²¹.

- 19 "... Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da **adli ve idari yargı ayırımı**na gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir. Öte yandan, Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki kurallara yer verilmesi idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyumsuzlukların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir." AyM: 04.10.2006, E. 06/75, K. 06/99. Ayrıca bkz. AyM: 08.10.2002, E. 01/225, K. 02/88; AyM: 17.02.2004, E. 03/72, K. 04/24, AyM: 4.10.2006, E.06/75, K.06/99 www.anayasa.gov.tr. Yasamanın, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarına rağmen idari işlem ve eylemlere ilişkin başvuru yollarını ısrarla adli yargıya bırakmak istemesinin anlaşılmasının güç olduğu, bunun yapılabilmesi için Anayasa değişikliğinin gerektiği vurgulanmaktadır. Otacı Cengiz-Keskin İbrahim: Türk Kabahatler Kanunu, 2. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara 2010, s. 97.
- 20 Anayasa Mahkemesi bazı kararların yukarıda aktarılan gerekçelere ek olarak "Yasama organı, Anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir." diyerek tersi durumun Anayasa'nın kanunî hâkim güvencesine (m. 37) aykırı olacağını da vurgulamaktadır. AyM: 09.12.1994, E. 94/43, K. 94/42-2; AyM: 22.12. 1988, E. 88/5, K. 88/55; AyM: 28.06.1995, E. 94/71, K. 95/23, www.anayasa.gov.tr.
- 21 AYM: 21.12.2006, E. 03/75, K. 06/114. İdari işlem veya eylem olmakla birlikte Yüksek Mahkeme'nin adli yargının görevli sayılmasını Anayasa'ya aykırı bulmadığı başka kararları için bkz. AyM: 01.03.2006, E. 05/108, K. 06/35; AyM: 06.04.2006, E. 06/54, K. 06/47; AyM: 09.03.2006, E. 06/34, K. 06/37, www.anayasa.gov.tr.

Öğretide de bu konuda tam bir fikir birliği olduğu söylenemez. Örneğin Günday'a göre askeri idari yargının görev alanı Anayasal güvenceye kavuşturulmuşsa ondan daha genel nitelikte olan sivil idari yargının görev alanının Anayasal güvenceye kavuşturulmadığından söz edilemez²². Buna karşılık Özay ve Yayla, idari uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde çözümleneceğini belirleme yetkisinin yasama organına ait olduğunu vurgulamışlardır²³.

Tan'a göre ise idari yargının Anayasa ile korunan görev alanı, iptal davaları ile sınırlıdır. İdarenin sorumluluğundan veya sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenebilir²⁴.

Anayasa'nın 125. maddesi "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" hükmünü taşır. Burada geçen "*...yargı yolu açıktır*" ibaresinde, idari yargıya değil genel olarak yargıya atıf yapılmıştır. Anayasa'nın Danıştay'ı düzenleyen 155. maddenin 2. fıkrasında da Danıştay'ın görevleri arasında "*... davaları görmek*" ibaresine yer verilmiştir²⁵. Bu düzenlemelere dayanarak yasama organının idari uyuşmazlıkları dilediği yargı düzenine bırakabileceği iddia edilmektedir²⁶. Anayasa'nın idari yargıya ilişkin yukarıda belirtilen maddeleri, bu maddelere ek olarak idari yargı yerlerinin görevlerini düzenleyen 2575, 2576, 2577 Sayılı Kanun'lar²⁷ ve Anayasa Mahkemesi kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde Anayasa'nın adli-idari yargı ayırımına yer verdiği görülmektedir. Bu hem pozitif hukuk hem de Anayasa hükümlerinin ve kanunların mantıki bir sonucudur. Zira özel hukuktan farklı özellikleri olan (kamu hizmeti, kamu gücü, kamu yararı) idare hukukunun ve idari rejimin benimsenmiş olduğu bir ülkede Anayasa ve kanunlarla ayrı ve ihtisaslaşmış idari yargı yerleri benimsenmişken idari uyuşmazlıkların adli yargıya bırakılması kamu yararı-bireysel yarar arasındaki çatışmanın adalete en uygun şekilde çözümlenmesinde çeşitli sakıncalar doğurabilir.

22 Günday Metin: "*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*", Anayasa Yargısı, Y. 1997, No. 14, s. 353.

23 Özay İl Han, "*Türkiye'de İdari Yargının İşlevi Ve Kapsamı*", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s. 29, Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 1985, s. 31, aktaran Tan Turgut, "*İdare Hukuku Ve Tahkim*", AİD, Y. 1999, C. 32, S. 3, s. 7.

24 Tan: s. 12.

25 1961 Anayasası'nın 140. maddesinde ise Danıştay'ın görevleri arasında "*idari uyuşmazlıklar ve davaları görmek*" sayılmıştır. Gözübüyük Şeref: *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 189.

26 Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi "*Anayasanın 114. maddesi (1982 Anayasası madde 125), idarenin eylem ve işlemi, hangi alanda olursa olsun, daha açık bir deyimle ister kamu hukuku, isterse özel hukuk alanına girsin, bunlara karşı yargı yolununa açık olacağını kesin olarak kuralla bağlamıştır. Anayasanın bu kuralla açık tuttuğu "yargı yolu"nun kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir.*" gerekçesiyle "*yargı yolu*" ifadesinin Yasama Organına bu konuda takdir yetkisi vermeyeceğini vurgulamıştır. AyM: 25.05.1976, E. 76/1, K. 76/28, www.anayasa.gov.tr.

27 Bu Kanunların dahi idari yargıyı görevlileri, yetki ve görevleriyle adliye mahkemelerine benzettiği söylenmektedir. Duran Lütfi: "*İdari Yargı Adlileşti...*", İHİD, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 53 vd.

Her ne kadar yukarıda yapılmış olan açıklamalar karşısında kabul edilmesi gerekir ise de bir an için Yasamanın idari uyuşmazlıkları dilediği yargı düzenine bırakmakta takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile HMK madde 3 bu durumda da Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen Anayasa'nın 157. maddesine aykırı olacaktır. Şöyle ki HMK'nın 3. maddesi "*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı... zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar.*" şeklindedir. Askeri idarenin de idari teşkilat içinde yer aldığı aşikârdır. Bu bakımdan Kanun'da her ne kadar açıkça askeri makamlardan bahsedilmemiş olsa da askeri makamların da idari teşkilat içinde yer alması ayrıca maddede "*...İş Mahkemeleri Kanunu Hükümleri saklıdır.*" gibi bir ibarenin (istisna hükümünün) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu içinde getirilmemiş olması nedenleriyle askeri makamların eylem ve işlemlerinden doğacak zararlara karşı açılacak davalar da asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. Ancak, Anayasa'nın 157. maddesinin²⁸ açıkça idari işlem ve eylemlerden bahsetmiş olması karşısında HMK madde 3 hükmü Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır.

Gereğede Anayasa'nın 142. maddesinin çok açık olduğu ve mahkemelelerin görevlerinin kanunla düzenleneceği, bu yetkinin ise Yasamaya ait olduğu vurgulanmıştır. Anayasa maddeleri arasında pozitif hukuk açısından, astlık üstlük ilişkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi de "*...Anayasa'nın bir hükmünün anlam ve kapsamını saptarken Anayasa'nın bütün kurallarının birlikte ele alınması, değerlendirilmesi gerekir.*" diyerek aynı hususa vurgu yapmıştır²⁹. Hal böyle olunca sadece Anayasa'nın bir maddesine bakarak ve yukarıda belirtilen diğer maddeleri görmezden gelerek Yasamanın bu konuda mutlak bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunmak zor görünmektedir. Ayrıca bir hususu daha belirtmek gerekir: Her ne kadar Anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki yok ise de Gereğede temel alınan 142. madde Anayasa'nın Yargı Bölümünün genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Oysa Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen maddeler Yüksek Mahkemeler başlığı altında yer almakta olup daha özel niteliktedirler.

Ç. HMK madde 3 ile getirilen düzenleme muğlak ifadeler içermektedir:

HMK madde 3 muğlak ifadeler taşımaktadır. Öncelikle şu sorulabilir: İdari işlemlerden ölüm veya vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen kaybı nasıl olacaktır? İdari işlem nihayetinde genellikle bir kağıt üstüne yazılmış ve kişilerin hukuk alanında değişiklik meydana getiren, icrai, tek yanlı kararlardır. Burada vurgulanmak istenen husus, idari işlem üzerine yapılan idari eylemler olsa gerektir.

28 "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir."

29 AyM: 25.05.1976, E. 76/1, K. 76/28, www.anayasa.gov.tr.

Ayrıca yine “İdarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı” ifadesi ne anlama gelmektedir? İdare yerine getirmek zorunda olduğu hizmetleri idari işlem ve eylemlerle ifa eder. Burada kastedilen idarenin kusursuz sorumluluğu olabilir. Ancak bu husus açık olmadığı gibi gerekçeden de herhangi bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Bu ifadenin içine sosyal risk ilkesi uyarınca ödenecek tazminatlar girecek midir? Yoksa sosyal risk ilkesi artık uygulama imkânı bulmayacak mıdır? İdari yargı yerlerinin içtihatları ile geliştirilen bu ilke asliye hukuk mahkemelerince kullanılmazsa ortaya ilginç bir durum çıkabilir: Örneğin terör örgütünün gösteri sırasında arabasıyla birlikte kendisi de zarar gören bir kişi arabasına ilişkin maddi zararının tazmini için idari yargıya gittiğinde bu zararı tazmin ettirebilecek ancak aynı kişi, eğer bu ilke adli yargıda uygulanmazsa, vücut bütünlüğünün ihlalinin doğan zararının tazminini sağlayamayacaktır. Bu durumun değişiklik gerekçesi olarak ileri sürülen “insanı mağdur etmeme” ile bağdaştırılabilmesi güçtür.

III. Mahkemelerin İzleyebileceği Yollar:

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi HMK üçüncü maddeyi iptal ettiğini internet sitesinde ilan etmişse de gerekçeli kararın yazılıp Resmi Gazete’de yayımlanmasına kadar madde yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bu durum karşısında mahkemelerin nasıl bir yol izleyebileceği de belirlenmelidir.

HMK üçüncü maddenin uygulanması durumunda aynı idari eylem veya işlem sonucunda hem vücut bütünlüğünün ihlali hem de malvarlığına verilen zararların tazmini için iki farklı yargı (adli ve idari yargı) yerinde dava açılması halinde nasıl bir yol izlenecektir? Asliye hukuk mahkemesi ile idari mahkemelerinden biri diğer davayı bekletici sorun yapacak mıdır? İki mahkemeden birinin verdiği karar diğerini bağlayacak mıdır? Mahkemelerden birinin kararı kesin hüküm halini alırsa bu kesin hüküm diğer mahkemeyi bağlayacak mıdır? Bunlar konuya ilişkin cevaplandırılması gereken sorulardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki iki ayrı yargı düzenindeki iki dava da birbirinden bağımsız olarak yürüyecektir.

Davalardan biri önce açılırsa diğer mahkeme bekleme kararı verebilir. Ancak bekleme kararı verilmesi birkaç istisna dışında zorunlu değildir³⁰. Bir mahkemenin kararı diğer mahkemeyi bağlamayacağı³¹ gibi yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine verilecek rapor da diğer mahkemeyi bağlamayacaktır.

Davacı önce adli yargıda tespit davası açabilir, sonra bu mahkemeden aldığı tespit kararı ile birlikte hem idare mahkemesinde hem de asliye hukuk mahkemesinde dava açabilir. Ancak açılacak bu iki davada da farklı olan dava açma sürelerinin kaçırılmaması gerekir.

30 İtiraz yolu ile yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi kararının beklenmesi Anayasa madde 152; 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluşu Ve İşleyişi Hakkında Kanun madde 18 ve 19; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu madde 10, vb...

31 Bu durumun istisnası olarak Anayasa madde 152/3 fıkrası örnek verilebilir.

İki ayrı tazminat (malvarlığı ve vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik zararlar için) isteği için idari yargıya gidilecek olursa, İYUK madde 14 ve 15 hükümleri uyarınca vücut bütünlüğünün ihlaline veya ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemlerine yönelik olarak idari yargı görev yönünden davanın reddine kararı verecektir.

Zarar gören hem vücut bütünlüğünün ihlali hem de malvarlığına ilişkin zararlarının tazminini aynı davada adli yargıda isterse ne olacaktır? Bu durumda asliye hukuk mahkemesi, ön inceleme aşamasında, tahkikat aşamasına geçilmeden, dava şartı yokluğundan (HMK madde 114/1-b) davayı usulden reddetmelidir. (HMK madde 137 vd ve 115). Zira görev kamu düzenine ilişkin olduğu için mahkeme kendisi de resen göz önüne bulundurup ayırma kararı vermeli ve mal varlığına ilişkin zararın tazmini için açılan davayı görevden reddetmeli ve kalan uyumsuzluğu çözümlmelidir.

Akkaya'ya göre yargılanacak uyumsuzluklar arasında bağlantının varlığı saptandığında, muhakemelerin birleştirilmesi, nispi muhakeme ve bekletici sorun sayma seçenekleri gündeme gelebilir³². Adli ve idari yargı yerlerinde aynı konuya ilişkin olarak açılacak davalarda yargılamanın birleştirilmesi, idare mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemelerinin farklı yargı düzenlerine tabi olmaları nedeniyle mümkün değildir. Nispi muhakeme yapılması ise, daha sonra aynı konuda diğer mahkemeden farklı bir karar çıkma olasılığının bulunması nedeniyle sakıncalıdır. Bu noktada asliye hukuk mahkemesinin izleyebileceği en iyi yol, idari yargıda açılmış olan davanın sonucunu bekletici sorun yapmaktır³³. Zira bu usulün uygulanması, iki farklı mahkemenin birbiriyle çelişkili karar vermesini, aynı iş için iki ayrı inceleme yapılmasını, bu nedenle zaman ve masraf kaybı olmasını önleyecek ve mahkemelerin birbirinin kararından yararlanmalarını sağlayacaktır³⁴.

İki mahkemeden birinin kararının diğerinden önce kesin hüküm halini almış olması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de belirlenmelidir. Pozitif hukuk açısından bir mahkemenin kesin hükmünün başka bir mahkemeyi bağlayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu konuda Ünver/Hakeri, kesin hüküm halini almış olan kararın diğer mahkemece de en azından tartışılma-

32 Akkaya Mustafa: "Vergi Mahkemesi Ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", AÜHFD, Y. 2000, C. 49, S. 1-4 s. 92-3.

33 "Görüldüğü üzere gerek davalı tarafından, 1.5.2007 tarihli Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali için Danıştay 13. Hukuk Dairesinde açılan, gerekse davacı tarafından tapu iptal tescil istemiyle Manisa 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davalar sonucunda verilecek olan kararların, hukuki sonuçları itibarıyla iş bu davayı etkileyeceği açık olup, eldeki davada yukarıda sözü edilen davaların sonucunun beklenmesi zorunludur. O halde mahkemece değinilen bu yön gözetilerek sözü edilen davaların kesinleşmesi, "bekletici sorun" yapılmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y13HD: 22.06.2010, E. 09/14545, K. 10/9103, HT.

34 Pekcantez/Atalay/Özekes: s. 398; Kuru Baki-Arslan Ramazan-Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2003, s. 566.

sı gerektiğini; mahkemenin verdiği kararın gerekçelerinin aynı konuda başka bir mahkemede verilecek kararda tartışılması ve açıkça neden aksi halin benimsendiği açıklanmadıkça da aynı yönde karar verilmesinin daha yerinde olacağını vurgulamaktadır³⁵. İki mahkemeden aynı konuda birbirinden farklı kararların çıkması yargıya güveni azaltacağı gibi hak ve adalet duygusunu da zedeleyecektir³⁶.

SONUÇ

Türkiye’de idari yargının adli yargıya kayma (adlileşme) sürecinin 1980’lerde başladığı ifade edilmiştir. Bu süreç 2575, 2576, 2577 Sayılı Kanun’larla³⁷; en son olarak da tespit edebildiğimiz 6099 ve çalışma konumuz olan 6100 Sayılı Kanun’larda vücut bulmuştur.

Uzun bir tecrübe ve birikimin eseri olan, gelişmiş ve yerleşmiş içtihatların bulunduğu bir alanın, bir kanun maddesi ile değiştirilmesi istenen sonucu almaya engel olabilir. Zira Tasarı gerekçesinde de HMK’nın HUMK’nun revize edilmiş hali olduğu ifade edilmekte, bunun nedeni olarak da yıllardır oluşmuş bilgi birikimi ve tecrübelerden bahsedilmektedir. Oysa aynı durum idari yargı için de geçerlidir.

HMK’da yapılacak böylesi bir düzenleme yerine idari yargıya ilişkin mevzuatta, idari yargının özellikleri göz önünde bulundurularak değişiklikler yapmak daha yerinde olacaktır. Zira daha önce de birçok kereler, birçok yazarın bahsettiği gibi idare mahkemeleri kendine ait ilke ve kuralları olan, idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların ihtisas mahkemeleridir.

Özel hukukun temelini tarafların eşitliği ve işlemlerin rızaya dayanması oluşturur. Buna karşın idare hukukunda idarenin sahip olduğu üstün ve ayrıcalıklı yetkilere bir de idari teşkilatın karmaşık yapısı, işlemlerin tesisi sırasında vatandaşların genellikle bu işlemlerden hiç haberdar olamaması, idareye ait çok sayıda mevzuat da eklenince özel kişilerden farklı hak ve yetkilere sahip, farklı mevzuata tabi bu idareyi denetleyecek ayrı ve uzman bir mahkemenin varlığı da bir zorunluluk haline gelmektedir. Ayrıca idari yargıda, sadece haklı olana hakkın teslimi ile yetinilmeyip aynı zamanda idarenin hukukla bağlı kalması da sağlanmaktadır³⁸.

Kamu hizmetine ilişkin uyuşmazlıklarda hukukun ne olduğunu söylemek, ihtisas mahkemeleri olması nedeniyle, esas olarak idari yargı yerlerinin göre-

35 Ünver Yener-Hakeri Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2010, s. 78-9.

36 Akkaya: s. 91.

37 Duran: s. 53.

38 Anayasa Mahkemesi de bir kararında, idari işlem ve eylemlerinin denetiminin adli yargıda yapılmasının şekli bir denetimden öteye gidemeyeceğini vurgulamış ve adli yargıdan bağımsız bir idari yargının neden var olması gerektiğini uzunca izah etmiştir. AyM: 25.05.1976, E. 76/1, K. 76/28, www.anayasa.gov.tr.

vidir. Bu duruma bir de İYUK madde 20'de yer alan re'sen tahkik ilkesi eklendiğinde idari yargının verdiği ve kesin hüküm halini almış olan karara asliye hukuk mahkemesinin uyması daha doğru olacaktır.

Kanun'un bu şekilde uygulanması durumunda idarenin işlemi veya eyleminden vücut bütünlüğü ile birlikte mal varlığına ilişkin bir zarara da uğrayan kişinin iki ayrı yargı yerinde iki ayrı dava açması gerekecektir. Bu durum öncelikle çoğu davada iki ayrı vekâlet veya bilirkişi ücretinin gündeme gelmesine neden olabilir. Bu durumda mümkün olduğu ölçüde ulaşılabilir olması gereken adalet hizmetine ulaşmak güçleşecektir. Nitekim HMK madde 30'da usul ekonomisi ilkesi benimsenmiş ve madde gerekçesinde de maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili olduğu vurgulanmıştır.

Kaynakça

- Akad Mehmet-Dinçkol Abdullah: 1982 Anayasası Ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007.
- Akkaya Mustafa, "Vergi Mahkemesi Ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", AÜHFD, Y. 2000, C. 49, S. 1-4.
- Akyılmaz Bahtiyar-Sezginer Murat-Kaya Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Akyılmaz Bahtiyar-Sezginer Murat-Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2011.
- Budak Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, XII Levha Yayınları, Yayın No. 27, İstanbul 2011.
- Dinç Mutlu: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- Duran Lütfi: "İdari Yargı Adlileşti"... , İHİD, Y. 1982, C. 3, S. 1-3.
- Gözübüyük Şeref: Açıklamalı Türk Anayasaları, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Günday Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, Y. 1997, No. 14.
- Kuru Baki-Arslan Ramazan-Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2003.
- Otacı Cengiz-Keskin İbrahim: Türk Kabahatler Kanunu, 2. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara 2010.
- Pekcanitez Hakan-Atalay Oğuz-Özekes Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2011.
- Tan Turgut, "İdare Hukuku Ve Tahkim", AİD, Y. 1999, C. 32, S. 3.
- Ünver Yener-Hakeri Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2010.
- Yılmaz Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", ABD, Y. 69, S. 2011/2.

ADİL YARGILANMA HAKKINA YARGICIN ETKİSİ

Av. Başar YALTI

“Kötü yasa yoktur, iyi yargıç vardır.”

Anayasa'nın 36. maddesine göre herkesin yargı mercileri önünde “adil yargılanma” hakkı bulunmaktadır. Bu hak, 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle Anayasa'ya girmiş, Anayasa'nın, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde, “Hak arama hürriyeti” adı altında yer almıştır.

Adil yargılanma hakkı “kavram” olarak Anayasa'da yerini almış olmakla birlikte, bu kavramın kapsam ve içeriğini yansıtan düzenlemeleri hukuk mevzuatımızda bulmak mümkün değildir. Diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, adil yargılanma hakkının ne olduğu konusunda da, “batı hukuku” kaynaklarına başvurmak gerekmektedir.

Bu nedenle olacak, 7.5.2004 tarihinde Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklemeye yapılarak; temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkarılabilecek uyumsuzluklarda, milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Böylece, iç hukuk karşısında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınmıştır.

Türkiye'nin, temel hak ve özgürlükler konusunda imzaladığı sözleşmelerden en önemli ikisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmedir (MSHİS). Bu sözleşmelerin konumuz bakımından önemi, adil yargılanma hakkının ana çerçevesinin sözleşmelerde açıkça belirlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. MSHİS'in 14. maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, Türkiye'nin yargı yetkisini tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da adil yargılanma hakkının kapsamı bakımından önemli bir kaynak oluşturmaktadır.

Anayasa ile tanınan hak ve özgürlüklerin korunması ve yerine getirilmesi devletin öncelikli görevleri arasındadır. Anayasa'nın 65. maddesinde, sosyal ve ekonomik konulardaki hakların, mali kaynakların yeterliliği oranında yerine getirileceği belirtilmiş olmasına karşın, kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından Anayasa'da bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla, Anayasanın kişi hak ve özgürlükleri konusunda yaptığı düzenlemelerin yerine getirilmesi devlet organları bakımından bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, Anayasa'nın 40. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Anayasa ile tanınan kişi hak ve özgürlüklerinin kullanılabilmesi için ayrıca talep edilmeleri gerekmemektedir. O

hakkı kullandırmakla görevli kamu kurumlarının / görevlilerinin kendiliklerinden hakkın kullanımına ilişkin ortamı hazırlamaları anayasal bir yükümlülüktür. Anayasa ile tanınmış temel bir hak olduğundan, adil yargılanma hakkı bakımından da aynı çerçeve geçerlidir. Dolayısıyla yargı yerlerinde davalı veya davacı (sanık / katılan) olarak bulunan kişilerin, adil yargılanma hakkını kullanabilmeleri için gerekli ortam ve koşulların kendilerine devlet tarafından sağlanması gerekmektedir.

Kişi hak ve özgürlükleri bugünkü aşamasına, insan hakları için verilen zorlu mücadeleler sonucu ulaşmış, anayasacılık hareketleri sonucunda da yazılı / tanımlı hale gelmiştir. Bu çerçevede, elde edilen hakların devlet otoritesine karşı korunması bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine sahip bir yargı organının varlığı özgürlüklerin güvencesi olarak görülmüştür. Oysa kimi durumlarda, bizzat yargı yerleri (mahkemeler) hak ihlallerinin kaynağı, hatta nedeni olabilmektedir. Yargı yerleri siyasal iktidarın denetim ve etkisine girebilmekte, bağımsızlık ve tarafsızlıklarını yitirebilmekte, adil ve hakkaniyete uygun yargılama bakımından yetersiz kalabilmektedir. Bu gerçeklik, adil yargılanmanın bir insan hakkı olarak geliştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Daha açık bir söyleyişle, adil yargılanma hakkıyla kişilerin, mahkemelerin saldırisından ve kayıtsızlığından korunması amaçlanmıştır.

Adil yargılanma hakkı, suçlama ile başlayıp, infaz ile tamamlanan uzun bir süreci kapsar. 1 Adil yargılanma hakkının kullanılmasında sorumluluk, büyük ölçüde yargı mensuplarına (yargıç ve savcılara) düşmektedir. Böylece hakkın kullanılması, yargı görevlilerinin, adil yargılama koşullarına uygun yargılama yapıp yapmadıklarına dönüşmektedir. Anayasa gereğince, yargıçlar, anayasa

1 Adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği, AİHM kararları ve AİHS ve MSHİS hükümleriyle tanımlanmış ve somutlaştırılmıştır. Bu çerçevede yargı yerlerinde hak arayan kişilere, adil yargılanma hakkı kapsamında, en azından, aşağıda belirtilen hakları kullanma olanağının sağlanması gerekmektedir:

- Bağımsız, tarafsız ve doğal hakim ilkesine uygun bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı,
- Adil, hakkaniyete uygun ve açık olarak yargılanma hakkı,
- Makul bir süre içinde, sebepsiz yere gecikmeden yargılanma hakkı,
- Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilme hakkı,
- Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı,
- Duruşmalarda hazır bulunma / bulundurulma hakkı,
- Kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma hakkı,
- Eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa ücretsiz olarak bir avukatın yardımından yararlanma hakkı,
- Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çıkmalarını ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama hakkı,
- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı,
- Masumiyet karinesinden yararlanma (suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılma) hakkı,
- İşkence ve onur kırıcı ceza ve kötü muamelelere tabi tutulmama hakkı.

ile kişilere tanınan adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde yargılama yapmak zorundadırlar. Mahkemelerin bağımsızlığı ve kimsenin yargıçlara emir ve talimat veremeyeceği (Anys. m.138/1) ilkesi, yargıçlara sorumsuz davranma olanağı sağlamaz. Bu ilke yargılamanın adil şekilde yürütülmesi için konulmuştur. Çünkü yurttaşlara Anayasal hak olarak tanınan adil yargılanma, yargıçlar bakımından bir görevdir.

Ne yazık ki, ne Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda ne de mevzuatın başka bir yerinde yargıçların yargılama görevlerini adil yargılanma hakkının gereklerine göre yerine getireceklerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Disiplin suçu bakımından dahi bu konuda yeterli düzenleme yoktur.

Bangalor yargı etiği ilkelerinde, dürüst yargılama yapmanın ve tarafsız davranmanın yargıçlar için bir görev olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, yargıçların, meslekî davranış bakımından, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmaları gerektiği dile getirilmiştir. Ayrıca, yargıcın davranış ve tutumunun, yargıcının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olması gerektiği, adaletin hem somut olayda, hem görüntüde gerçekleştirildiğinin sağlanmasının önemli olduğu vurgulanmıştır.

Yargıya duyulacak güven, yargıcın bağımsız ve tarafsız olarak karar vereceğine olan inançla doğru orantılıdır.

Son dönemde yapılan bir anket sonucuna göre halkın % 68'i yargıya güven duymamaktadır. Toplumda böyle bir duygunun oluşmasında, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılan siyasal nitelikli yargılamalardan edinilen izlenimin etkili olduğu görüşü egemendir. Özel mahkemelerde yapılan uygulamalar sonucunda ikili bir yargı anlayışı ortaya çıkmıştır. Özel mahkemeler ve yargıçları, adeta bir düşman ceza yargısı² uygulamaktadırlar. Bu mahkemelerde yapılan yargılamalarda; savunma hakkının kısıtlanması, haksız ve hukuka aykırı tutuklamalar, tutuklama sürelerinin uzunluğu, gerekçesiz kararlar, gizli tanık, yasaya aykırı elde edilen deliller, birbiriyle ilgili ya da ilgisiz birçok davanın tek bir dava içinde birleştirilmesiyle ortaya çıkan torba davalar, insan gücünü aşar nitelikte iddia ve suçlama dokümanı yaratılarak yargıçlardan adil sonuç beklenilmesi gibi nedenler, adil yargılanma hakkına uyulmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim hükümetin özel görevli mahkemelerin yetkilerinin kısıtlanması yönünde atmayı düşündüğü adımlar, siyasi iktidarın bile bu mahkemelerden rahatsızlık duyduğunu göstermektedir.³

2 Düşman ceza yargısı deyimi, delillerden yola çıkılarak suçlunun saptanması yerine, kişilerin potansiyel suçlu kabul edilerek eylemlerinden suç yaratma anlayışını yansıtmaktadır. Bu anlayış, klasik ceza hukuku ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır.

3 Nitekim bu makalenin yazılmasından sonra yapılan yasa değişikliği ile Özel Yetkili Mahkemeler kaldırılmıştır. Ancak yerine kurulan mahkemelerin yaşanan sorunları çözmeyeceği yasa metninden anlaşılmaktadır.

HSYK'nın siyasal bir örgüt gibi çalışması, yargıç ve savcılar arasındaki meslek dışı örgütlenmelerin varlığı, özel yetkili mahkemelere atananların "özel" yargıç ve savcılardan seçilmesi, yaratılan korku ve sindirmenin ve yeni vesayetçi anlayışın, yargıçların bağımsız ve tarafsız düşünme ve davranma yetilerini etkilemesi, yargıçlar arasında ayrışma yaşanmasına neden olmuş, yargı siyasallaşarak güven erozyonuna uğramıştır.

Son dönemde, adeta yeni bir yargıç / savcı tipi yaratılmıştır. Bu yargıç, siyasal iktidara / cemaate yüzü dönük olarak durmakta, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını önemsememekte, ön yargılarıyla hareket etmekte, toplumun bir kesimini düşman olarak algılamakta, avukatı sevmemekte, savunma hakkını kısıtlamakta, adaleti dünyevi bir olgu olarak görmemektedir. Yeni yargıç, Anayasal haklara karşı aldırışsızdır. Tartışmaktan, itirazdan ve felsefeden hoşlanmamaktadır. Sorgulamayan, yaratıcı ve evrensel düşün(e)meyen yeni yargıç, bilge değildir. Bir hukuk teknisyenidir. Entelektüel birikimi yetersizdir. Yorum yapmaya, gerekçe yazmaya üşenen yeni yargıç, düşünce kekemesidir. Aldığı işaret ve gösterilen parmağa göre (blok) oy kullanmaktadır. Suçlarken aklayan, aklarken olumsuzlayan çelişki içindeki yeni yargıç, hüküm veren değil, hükmeden bir anlayıştır.

Yargı, bu yargıçtan kurtulmalıdır.

Adaletsizlik; kaçınılmaz bir yazgı değil, kabul edilmez bir sonuçtur. Yargıcın adaletsizlik karşısındaki tutumu, açıktır ki, sıradan insanlardan daha önemli ve işlevseldir. Yargıç, sadece adil yargılamayı gerçekleştirmekle değil, yargılama adaletini sağlamakla da yükümlüdür.

Aranan ve özlenen yargıç budur.

FAZLA ÇALIŞMANIN ÜCRETE DÂHİL OLDUĞUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME HÜKMÜNE GEÇERLİK TANIYAN YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ İÇTİHADININ ELEŞTİRİSİ

Av. Ergin TÜRSOY¹

GİRİŞ

Uzunca bir süreden beri, özellikle çok sayıda işçi çalıştıran ve ülke çapında faaliyet gösteren, istihdam hacmi diğer işyerlerine nazaran daha büyük olan yerli ve yabancı patentli bazı işyerlerinde adaletsiz bir uygulama giderek yaygınlaşmaktadır. Bu uygulama, işe yeni alınacak ve/veya halen çalışmakta olan işçilere, yıl içinde yapacakları 270 saatlik fazla çalışmanın ücretin içinde olduğu hükmünü de taşıyan iş sözleşmelerinin imzalatılması şeklinde hayata geçirilmektedir. İşe yeni alınanlara ve sözleşme yenileme bahanesiyle mevcut çalışanlarına bu hükmü taşıyan iş sözleşmelerinin imzalatılması, işverenlere, kanunî düzenlemelerin arkasına dolanarak, işçi emeğinden karşılıksız yararlanma imkânı vermektedir. İşçilerin, karşılığını almadan günde 3 saatten yılda 270 saat fazla çalışma yapmalarını zorunlu kılan ve karşılıksız yapılan fazla üretim sayesinde yaratılan artı değerden işverenlere ek kazanç elde etme olanağı sağlayan bu sözleşme hükmünün adil ve hakkaniyete uygun olduğunu söyleyebilmek herhalde mümkün değildir. İşverenler, sözleşmenin bu hükmünden yararlanmak suretiyle, sadece İş Kanunu'nda fazla çalışma için öngörülen bir takım ek parasal yükümlülüklerden değil, aynı zamanda, fazla çalışma için işçiden onay alma zorunluluğundan da kendilerini kolayca kurtarmakta, ayrıca, fazla çalışma yapan işçilerin zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma yönündeki tercih haklarına da ket vurmuş olmaktadır. İş sözleşmelerinde bu hükmün giderek yaygın bir uygulama halini alması, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu hükmü geçerli sayan istikrar kazanmış ve içtihat haline gelmiş olan kararlarına dayanmaktadır. İş sözleşmesi görünümü altında, sözleşmenin diğer tarafı olan işçiye tek taraflı ve ağır bir yük bindiren ve ayrıca işçiye bazı kanunî haklarını kullanabilme imkanından mahrum kılan bir uygulamaya Yüksek Daire tarafından geçit verilmesi, çok yönlü tartışma kaldırır bir yargı tasarrufu mahiyetindedir. Bu uygulamanın, ivazlar arasında olağan dışı bir orantısızlık meydana getirdiği, o nedenle de haksızlığa ve adaletsizliğe yol açtığı gözle görülür bir somutluktur. Sözleşmenin bir tarafına fazladan imkanlar sağlayan, diğer tarafını ise mutlak anlamda hak kaybına uğratan adaletsiz bir uygulamanın kaynağını oluşturan bir sözleşme hükmünü geçerli kabul eden

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik hale gelmiş bulunan içtihadının eleştirel bir yaklaşımla ele alınıp tartışılması gerektiği kanaatindeyim.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu yöne ilişkin olarak oluşturmuş olduğu içtihatlarda, bilebildiğim kadarıyla, bu hükmün neden geçerli kabul edildiği açıklanmamış, bu kabule ilişkin olarak bir kanuni dayanak gösterilmemiştir. Bu kararlarda, sadece **“Dairemiz 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir”** denilmekle yetinilmiştir. Çalışma ilişkilerini doğrudan ve önemli ölçüde ilgilendiren ve toplumun geniş bir kesimini kapsayan, etki alanı son derece geniş bir Yüksek Daire içtihadının, açıklamasız bırakılarak, böylesine sınırlı ve yalın bir ibare içine sığdırılmasını yeterli ve tatminkâr görmek, bunu yargının bir takdir hakkı olarak algılayarak tartışmasız kabul etmek, özellikle işçilerin bugün karşı karşıya buldukları çalışma koşulları ve bu koşullar karşısındaki çaresizlikleri göz önüne alınırsa, kanımızca mümkün değildir. Başka bir ihtimal söz konusu olamayacağından, bu yargısal tasarrufun “sözleşme özgürlüğü” kapsamı içinde mütalaa edilmiş olduğunu varsaymak gerekir. Belirtelim ki, sözleşme özgürlüğü kavramı soyut ve genel bir kavramdır ve inşa edilen her sözleşmenin bu özgürlükten nasibini aldığı söylenemez. Aksi halde aktedilen ne kadar sözleşme varsa, hepsi salt bu kavramdan dolayı tartışmasız hale gelir. Elbette buna imkan yoktur; çünkü bu kavramın hukuk alanında bir anlam ifade edebilmesi ve sonuç doğurabilmesi için, bu kavramın içinin doldurulması ve ete kemiğe büründürülmesi şarttır. Bu bağlamda, taraflar açısından, sözleşmenin inşa edildiği aşamadaki objektif ve subjektif koşulların elverişli olup olmadığının, diğer bir ifadeyle, bu koşullar tahtında, tarafların bu sözleşmeyle meydana gelecek sonuçları bilerek ve isteyerek, herhangi bir zor ve baskı altında olmaksızın özgür iradeleriyle kabul etmiş olup olmadıklarının araştırılması ve sonucuna göre bir kanaat oluşturulması gerekir. Gerçek anlamda bir sözleşme özgürlüğünün var olup olmadığını belirleyen bu koşullar tamam olmadan, soyut bir sözleşme özgürlüğü kavramından hareketle, bir sözleşme hükmünü bağlayıcı saymak ve o sözleşme hükmüne geçit verecek şekilde hüküm tesis etmek, o hükmü tartışmalı hale getirir. Bu sözleşme hükmünün ivazlar arasında meydana getirdiği aşırı orantısızlık, buna bağlı olarak işçi yönünden yarattığı yük ve zararlandırıcı sonuçlar göz önüne alınırsa, Yüksek Dairenin bu içtihadı tesis ederken, kanuni haklarından bir çırpıda feragat eden işçinin, akdin oluşumu aşamasında, gerek objektif ve gerekse subjektif koşullar bakımından, attığı imzayı geçerli kılacak bir irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı yönünde bir araştırma yaptığını söyleyebilmek mümkün değildir. İşçinin, kendisini hak kaybına uğratan bir hükmü bağrında taşıyan bir sözleşmeye hangi şartlar altında imza atmış olduğunun irdelenmemiş ve araştırılmamış olması, işçiye ağır bir yük bindiren bu sözleşme hükmünü geçerli kabul eden Yargıtay içtihadını eksik ve tartışmalı hale getirmiştir. O bakımdan, yukarıda belirtilen yalın ve sınırlı ibare çerçevesinde tartışma konusu sözleşme hükmüne hot be hot geçerlik tanıyan Yüksek

Daire kararı, mer'i mevzuata aykırılığı bir yana, tek başına bile, bu yönüyle her türlü tartışma ve eleştiriye açık bir yargısal tasarruf mahiyetindedir.

Belirtelim ki, Yüksek Daire'nin bu yoldaki içtihatları yerel mahkemeler üzerinde, neredeyse kanun mesabesinde öylesine bağlayıcı bir etki yaratmıştır ki, bilirkişileri hesap yap(a)maz, yerel mahkemeleri de başka türlü bir karar ver(e)mez hale getirmiştir. Bu durum da, yaşayan bir organizma olarak her türlü değişime ve yeniliğe açık olması gereken yargısal işleyişi statik hale getirmiştir.

Gelenen bu aşamada, ülkenin içinde bulunduğu politik ve sosyo-ekonomik koşullar ve bunların çalışma yaşamına, özellikle de işçi kesimine dönük etkileri ve yansımaları göz ardı edilerek, sözü edilen sözleşme hükmüne geçit hakkı veren Yüksek Yargı kararlarının eleştirel bir yaklaşımla tartışmaya açılması, hukuksal olduğu kadar, aynı zamanda, ülkenin işçi kesimini yakından ilgilendiren sosyal ve toplumsal bir ihtiyaç olarak da kendini hissettirmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, Sayın meslektaşlarımızın görüşlerine sunulacak olan değerlendirmelerimiz, Sosyal ve Ekonomik Koşulların Çalışma Yaşamı Üzerindeki Etkileri, Bu Etkiler Karşısında Sözleşme Özgürlüğünün İrdelenmesi alt başlıklarıyla Dış Etkenler ana başlığı altında, bu içtihadın Türk Hukuk Mevzuatı karşısındaki yerinin Anayasa, Uluslararası Sözleşmeler, İş Kanunu, Borçlar Kanunu alt başlıklarıyla Hukuksal Değerlendirme ana başlığı altında ele alınarak yapılacaktır.

I- DIŞ ETKENLER

1- Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Koşulların Çalışma Yaşamı Üzerindeki Etkileri:

Gelmiş geçmiş siyasal iktidarlarca öngörülen ve bugün de ivme kazanarak devam eden faaliyet programları çerçevesinde uygulamaya konulan kapitalist sisteme özgü ekonomik modeller, yasa düzenlemeleri yoluyla, işçilerin çalışma koşullarını giderek daha da zorlaştıran, mevcut haklarını budayan, sendikal örgütlenmelerin önüne aşılması zor engeller koyan bir toplumsal düzenin oluşmasına meydan vermiştir. İçinde yaşanan sistemin yarattığı sorunlarla ilgili ve ilişkili olarak bir Yargıtay içtihadı oluşturulurken, örneğin bir iş sözleşmesinin herhangi bir hükmüne geçerlik tanınırken, işin hukuki boyutunun yanı sıra, bu sistemin çalışma yaşamı üzerindeki etkilerinin de göz önünde bulundurulması mutlak bir zarurettir. Toplumların içinde yaşadığı sosyal ve ekonomik ilişkileri belirleyen ve biçimlendiren koşullar, ülkemizde de olduğu gibi, siyasal iktidarların tercihleri doğrultusunda oluşur. Bu tercihlerin uygulamada bazı kesimlere daha fazla olanaklar sağlaması, daha kayırmacı bir yaklaşım içinde olması mümkün ve muhtemeldir. Ülkemiz açısından bakıldığında, dünden bugüne yaşanan ve günümüz siyasal iktidarınca da benimsenen ekonomik faaliyet programlarının kapitalist sisteme özgü olduğu açıktır. De-

mokrasinin gereği olarak, programlarını kendi siyasal tercihlerine göre yapma ve biçimlendirme hakkına sahip olan siyasî iktidarların tayin ettiği ekonomik politikaların, öngörülen hedeflere ulaşabilmesi bakımından, sermaye ve sermayedarlardan yana bir ağırlığın olması da, eşyanın doğası gereğidir. Ancak bu demek değildir ki, siyasal iktidarın bu yaklaşım ve tercihleri, işçilik haklarının alabildiğine kısıtlanmasını ve haksızlıkları beraberinde getirecek kadar kötüye kullanılsın... Bunun demokrasilerde elbette bir sınırı vardır ve bu sınır insan hak ve özgürlüklerine özgülünmüş evrensel hukuk ilkeleridir. Bu ilkelere aykırı olarak, bir kesim yararına yaratılan imkanların, haddinden fazla zorlanarak, anayasal sistemi ve hukuk mevzuatını esnetecek şekilde kullanılmasına, bu cümleden olarak, işçi bedenlerinin, sistematik olarak, sadece kâr amacına hizmet etmesi gereken birer meta, birer makine parçası olarak görülmeye ve kullanılmaya kalkışılmasına izin verilemez; çünkü bu bir insan hakkı ihlalidir. Buna izin vermeyecek ve bu gibi ihlallere karşı bir sigorta görevi üstlenecek olan tek merci ise, parlamenter demokrasilerde devletin yargısıdır. Toplumun işçi kesimini yakından ilgilendiren bir içtihat oluşturulurken, Yüksek Yargı, içinde yaşanan siyasal ve ekonomik koşulların bu kesim üzerinde yarattığı olumsuz etkilerden kendisini soyutlayamaz; soyutlamamalıdır. Anayasasında demokratik ve sosyal bir devlet olduğu yazan ülkemizin yargısı için bu büsbütün böyledir.

Bugün, ülkedeki istihdam ve işsizlikle ilgili ekonomik verilere ve yayınlanan ürkütücü istatistik sonuçlarına bakılacak olursa, işçi kesiminin tâbi olduğu sistemin ve içinde yaşadığı koşulların düne nazaran çok daha zorlaşmış ve ağırlaştığını görmemek mümkün değildir. Kapitalist sisteme dayanan ekonomilerin yükselen bir grafik çizmesi, çalışanların da bundan aynı oranda yararlanacağı anlamına gelmez ; bu duruma günümüzde en çarpıcı örnek Çin'dir; bu ülke müthiş bir ekonomik çıkış yakalamıştır ama, işçilerinin hali pürmelali ortadadır... Ülkemizde de ekonomik alanda bir süreden beri yükselen bir trend yakalanmıştır ama, bunun işçiler üzerinde olumlu yansımaları olduğunu söyleyebilmek, günümüz gerçekleri göz önüne alındığında imkan haricidir. Yayınlanan istatistikler, yoğun bir işsizlikle karşı karşıya bulunulduğunu, kayıt dışı(sigortasız) çalışmanın istisnai olmaktan çıkıp neredeyse kural haline gelerek olağanlaştığını, işçi ücretlerinde ekonomik gelişmeyle doğru orantıda bir yükselme sağlanamadığını, asgarî ücretin asgari yaşam standartlarına cevap veremediğini gözler önüne sermektedir. Buna mukabil kapı önüne konulmanın anlık bir mesele olduğu, iş güvencesinin beklenen ölçüde bu gelişmelere engel olucu bir işleve sahip olmadığı, işverenlere giderek daha geniş imkanlar sağlanmaya başlandığı, işten atılan bir işçinin kayıt dışı bile olsa, bu ortamda bir iş bulup çalışmasının kolay kolay mümkün olmadığı, çalışma yaşamının sosyolojik gerçekleri olarak önümüzde durmaktadır. İşçinin de her şeyden önce bir insan, sosyal bir varlık olduğu, iş saatleri dışında yaşamdan herkes gibi istifade etme hakkına sahip bulunduğu göz önüne alınırsa, hepimiz gibi

onun da, yaşamın sunduğu bütün olanaklardan kendince pay almaya hakkına sahip bulunduğunu teslim etmek gerekir. Bunun gerçekleşmesi için, kısıtlı ve sınırlı da olsa elindeki tek imkan çalışıyorsa işidir; işsizse, bir iş imkanı doğduğunda o imkana sıkı sıkıya sarılmaktır. Bu bir yaşam savaşıdır; var olma savaşıdır. İçinde yaşanan sistemin işçi kesimini karşı karşıya bıraktığı sosyolojik ve ekonomik koşullar gözetilmeden, bütün bunlardan soyutlanarak, salt bir sözleşme altına imza attı diye, o işçiyi kendisine ağır yük yükleyen o sözleşmeyle veya o sözleşmenin herhangi bir hükmüyle bağlı sayarak hüküm kurmak, çalışma hayatının pratikleriyle ve gerçekleriyle bağdaşmaz. Eleştiri konusu yaptığımız, kanunda öngörülen zamlı karşılığında feragat ederek, yılda 270 saat fazla çalışma yapma taahhüdü altına giren bir işçinin attığı imzayı, o işçinin içinde bulunduğu zorlayıcı ve özgür iradeyi ortadan kaldıracı öznel ve nesnel koşulları dikkate almaksızın, bağlayıcı mahiyette gören Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kökleşmiş içtihadı, bu yönüyle, sözleşme özgürlüğüyle çelişir bir durum arz etmektedir.

2- Sosyo - Ekonomik Koşullar Karşısında Sözleşme Özgürlüğü ve Akdi İradenin İrdelenmesi:

Yüksek Dairenin, işçinin yılda 90 gün ve 270 saatlik fazla çalışmalarının ücrete dahil olduğu yönündeki sözleşmelere geçerlik tanıyan içtihatlarının temel dayanağının sözleşme özgürlüğü olduğu açıktır. Ne var ki, sözleşme özgürlüğü, sözleşme inşa edilirken, akdin taraflarının özgür iradeye sahip olup olmadıklarının, herhangi bir zor altında olmaksızın bu sözleşmeyi imzalayıp imzalamadıklarının, nesnel ve öznel koşullar göz önüne alınarak kapsamlı bir şekilde araştırılmasını gerekli kılan ve tek başına hüküm ifade etmeyen bir kavramdır. O bakımdan bu kavramı, içinde yaşanan objektif ve subjektif şartlardan ve davranışlara yön veren dış etkenlerden soyutlayarak yorumlamaktan kaçınmak gerekir. Başka bir anlatımla, tarafların imzasını ihtiva eden her sözleşmenin, salt bu nedenle, başkaca hiçbir koşul gözetilmeksizin, sözleşme özgürlüğü kapsamı içinde mütalaa edilerek geçerli addedilmesi, tartışma konumuzda olduğu gibi, önemli haksızlıklara sebebiyet verebilir. Özellikle de, işçi ve işveren arasında bağlanmış olan iş akitlerinde, İş Hukukunun koruyucu ve kazandırıcı düzenlemelerinden feragat etmeyi beraberinde getiren hükümlerin de yer alması durumunda, işçi tarafının bu hükümleri özgür iradesi ve rızasıyla güle oynaya kabul ettiği şeklinde anlamak ve yorumlamak doğru olmaz. Bu gibi sözleşme hükümlerinin, ülkenin sosyo-ekonomik yapısından kaynaklanan objektif koşullar ve subjektif davranış kodları göz önüne alınarak irdelenmesi ve sonucuna göre bir karara varılması gerekir. Sözleşme altında işçinin imzasının bulunması, o imzanın behemahal özgür bir irade tahtında atıldığına delalet etmez. Haksızlık ve adaletsizlikle harmanlanmış olduğu her halinden belli olan bir sözleşme hükmüne, altında işçinin imzası var diye, salt sözleşme özgürlüğünden bahisle geçerlik ve bağlayıcılık tanımak, daha baştan sakat olan bir iradeye meşruiyet atfetmek anlamına gelir. Bu durumda, sözleş-

me özgürlüğü gibi soyut bir kavrama, kanundan doğan bir takım hakları ortadan kaldıracak güçte bir ağırlık sağlanmış olur. Özgürlükçü demokrasilerde, hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı, olamayacağı, her özgürlüğün sınırının bir başka özgürlüğün sınırında sona ereceği, bir özgürlüğün diğerini ortadan kaldıracak şekilde kötüye kullanılamayacağı evrensel anayasa hukukunun en temel ve evrensel kurallarından biridir. Yüksek Dairenin anılan sözleşme hükmüne geçerlik tanıyan içtihadının, Anayasa'nın 14. maddesindeki bu ilkeye aykırı olarak, işçilerin kanunlardan doğan ve kanunlarla korunan haklarını ortadan kaldıran bir sonuca meydan verdiğini görmemek mümkün değildir.

Diğer yandan, şurası muhakkak ki, yukarıda (1) numaralı bölümde belirtilen sosyal ve ekonomik koşullar altındaki bir işçinin, ister bir işte çalışıyor, isterse işe yeni başlayacak olsun, tartışma konusu hükmü de bağrında taşıyan bir iş sözleşmesine imza atması istendiğinde, buna itiraz edebilecek ne gücü vardır, ne de özgürlüğü... Çalışma hayatının dünden bugüne değişmeyen, ama koşulları giderek ağırlaşan gerçeği budur. O bakımdan, bir sözleşmeyi çarncar, bir yığın mecburiyetler ve baskılar karşısında imzalamak zorunda kalan bir işçinin, o imzayı atarken içinde bulunduğu hal ve şeraitin yarattığı baskıcı ve zorlayıcı etkiyi göz ardı ederek, o sözleşmenin o işçiyi bağladığına hükmetmek, hayatın gerçeğine ve çalışma yaşamının pratiklerine uygun düşmez. Sözleşme özgürlüğü ancak, o özgürlüğü besleyen bütün şartlar tamamsa ve o özgürlüğe hanel getirecek bir takım olumsuz iç ve dış etkenler söz konusu değilse bir anlam ifade eder Aksi halde bu özgürlüğe tek başına mutlak bir sınırsızlık atfedilmiş olur. Nitekim Yargıtay, kira sözleşmelerinin başlangıcında verilen tahliye taahhüdünün, kiracının içinde bulunduğu objektif ve sübjektif koşulları dikkate alarak, korumacı bir yaklaşımla, geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bu hukuki değerlendirme tartışma konumuz bakımından evleviyetle geçerli olup, anılan sözleşme hükmünün geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul eden 9. Daire içtihadı bağlamında dile getirdiğimiz yukarıdaki tespitlerimize haklılık kazandıran bir yargı tasarrufudur.

Anayasamızda çalışma ve sözleşme hürriyetinin aynı madde (Madde 48) çatısı altında düzenlenmiş olması anlamlıdır ve her iki özgürlüğün sosyal amaçlara uygun ve dengeli bir şekilde kullanılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu noktadan hareket edildiğinde, işçiye imzalatılan ve ona külfetten başka bir şey getirmeyen bu sözleşme hükmünün, sosyal devlet amaçlarına uygun, dengeli bir düzenleme olduğunu söylemek asla mümkün değildir. İşçinin bu sözleşme hükmünü zor altında imzaladığı ve imzasını atarken iradi bir özgürlüğe sahip olmadığı, olamayacağı, iradesinin daha baştan sakat olduğu aşıkardır. Yoksa hiç kimse, durup dururken, kendisine bir takım haklar bahşeden kanun hükümlerinden kolay kolay vazgeçen bir davranış içinde olmaz; olamaz. İşçi, zaman içinde yaşadığı deneyimler sonucunda, bu hükme itiraz etmesi ve karşı koyması halinde başına nelerin gelebileceğini bizzat yaşayarak öğrenmiştir. O nedenle, böyle bir durum karşısında işçiler, kendilerinden istenen o imzayı

her zaman ve her koşulda atmak zorundadırlar; atmaya mecburdurlar; başka şekilde hareket etme şansları hiç yoktur. Bu bir gücü gücüne yeten meselesidir ve bu karşılaşmada işçi her zaman daha baştan kayıptadır. Bu tablo, ülkemiz çalışma yaşamının yadsınması mümkün olmayan sosyo-ekonomik gerçeğini yansıtmaktadır; görünen o ki, yakın bir gelecekte bu tablonun değişebileceği ihtimal dahilinde değildir. Kayıt dışı bile olsa, iş bulabilmenin aslanın ağzında olduğu bir düzende, iş bulabilmek veya mevcut işini kaybetmemek için işçinin önüne uzatılan her şarta evet demekten başka bir seçeneği yoktur ve olamaz. Ekonomisi kapitalist sistemin paradigmalarına göre programlanmış bir siyasal düzende, üretim kazanının yakıtı olarak görülen işçi kesiminin sosyal devlet kavramına yaraşır şekilde korunması yaşamsal önemdedir. Gücü gücüne yetenin üste çıktığı, güçlünün güçsüzü çaresiz bıraktığı serbest piyasa koşullarında, sermaye kesiminin her bakımdan mutlak bir ağırlığa sahip olduğu tartışmasızdır. İşçi ve sermaye kesimleri arasındaki makas giderek açılmaktadır. Bu güç dengesizliğinin, yeri geldiğinde ve koşullar elverdiğinde, işçi lehine yorum ilkesi benimsenmek suretiyle bir ölçüde dengelenmesi, Sosyal Devlet Yargı'sının bu misyonu üstlenmesiyle ancak mümkün olabilir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin eski başkanlarından rahmetli Mustafa Çenberci'nin İş Kanunu Şerhi isimli eserinde, iş hukuku uygulamasında işçi lehine yorum ilkesinin lüzumuna işaret edilmiş, bu ilke, emek ve sermaye arasındaki güç dengesinin bir ölçüde sağlanabilmesi bakımından, işçinin kefesine fazladan birkaç dara daha atmak olarak tarif edilmiştir. Bu tarif, dünden bu güne değişmeyen 'Türkiye'nin demokratik ve sosyal bir hukuk devleti' olduğuna ilişkin Anayasa hükmünün Yüksek Yargı'daki yansıması olarak, işçi lehine pozitif bir ayrımcılığın lüzumuna işaret etmektedir. Olumsuz koşullar bugün düne oranla daha da artmıştır ve artmaya devam etmektedir. O nedenledir ki, günümüz koşullarında, işçilerden yana pozitif bir ayrımcılığın işçi lehine yorum bağlamında bugün çok daha kapsamlı olarak gözetilmesi ve uygulanması demokratik ve sosyal bir devlet olmanın olmazsa olmazıdır. Bunu sağlayacak olan ve bu yaklaşımıyla güçler arasında adaletli bir denge oluşturacak olan tek merci ise, yukarıda ifade edildiği gibi, sosyal devletin yargısıdır.

İşçinin gerektiğinde Yargı tarafından korunması yönündeki bu temenniyi her koşulda, mutlak ve sınırsız olarak algılamak elbette söz konusu değildir. Ne var ki, sözleşme serbestisi kavramının da, mevzuatın çizdiği sınırlar tahtında kırmızı çizgileri olması gerekir; bu kırmızı çizgilere riayet edilmesinin de yargı tarafından sağlanması gerekir. Aksi halde işin çığırından çıkması işten bile değildir. O nedenle, sözleşme serbestisi kavramından hareketle, sermayenin kural tanımaz biçimde mevcut hukuk mevzuatının dışına taşarak başını alıp gitmesine ve yörüngesi dışına çıkmasına meydan vermemek gerekir. Ücretlerin düşük, istihdamın kısıtlı olduğu, Yaşar ne çalışır ne çalışmaz misali geleceği olmayan ve akıbeti iki dudak arasına sıkışan, işçi sendikalarında örgütlenmenin ölüm fermanını bizzat imzalamak anlamına geldiği bir çalışma düzeninde,

sözleşme serbestisi adı altında işçiye her türlü sözleşmeyi imzalatmak hiç ama hiç zor değildir. Nitekim, bu mevcut siyasal, sosyal ve iktisadî koşulların kendi yararına işlediğinin ayırında olan işverenler, tartışma konusu hükmü de içeren iş sözleşmelerini işçilere hiçbir güçlükle karşılaşmadan imzalatabilmişlerdir. Evinin ve ailesinin geçimini sağlamak ve daha bir çok yükümlülüğü yerine getirmek mecburiyetinde olan ve yarınlarına dönük gerçekçi bir güvenceye sahip olmayan bir işçi için işsiz kalmak, işini kaybetmek mutlak bir yıkım, bir felaket demektir. Direnme gücü olmayan işçinin sözleşme altına attığı imza, zor altında atılmış bir imza olduğundan gerçek ve özgür iradeyi yansıtmaktan uzaktır. O bakımdan, imzanın atıldığı anda, ortada işçi yönünden özgür iradeye dayalı bir sözleşmeden, dolayısıyla da hukuk ilkelerine ve kanun hükümlerine uygun bir sözleşme serbestisinden söz etmek imkan dahilinde değildir; böylesi dayatmacı bir anlayışla imzalatılan bir sözleşme hükmünün, bize göre, hukuk ve kanun önünde bir geçerliliği olamaz

İşçi tarafını tartışılmaz biçimde hak kaybına uğratan ve işverenlere fazladan haksız kazançlar sağlayan bu gibi hükümlere, iradedeki sakatlık nedeniyle geçit verilmemesi gerekir İşin hukuki boyutu işçi iradesindeki sakatlık olmakla birlikte, bu sözleşmeye imza atan işçinin içinde bulunduğu koşulların doğru ve gerçekçi bir biçimde değerlendirilmesi ve bu sonucun meydana gelmesinde bu koşulların etkisinin, işçi lehine yorum ilkesi de gözetilmek suretiyle göz önüne alınması, adil yargıya ulaşmanın önemli bir ayağıdır. Adil ve eşitlikçi olmayan bir sözleşme hükmüne dayanan bir uygulamanın adalet içine çekilmesi, haksızlıkları adalet nezdinde giderecek olan yargıya düşen bir görevdir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu görevi, tartışma konusu içtihat bağlamında yerine getirdiğini söyleyebilmemiz ne yazık ki mümkün değildir.

II- HUKUKSAL DEĞERLENDİRME:

1- Anayasa Açısından:

Yukarıda sözünü ettiğimiz, kaynağını ve dayanağını iş sözleşmesinde yer alan bir hükümden alan bu uygulamanın ve bu uygulamaya geçit veren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadının, Anayasa'nın bazı hükümleriyle de örtüşmediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda:

A-Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması" başlıklı 14. maddesinin son fıkrasında, hiçbir Anayasa hükmünün, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamayacağı hükmü altına alınmıştır. Bu Anayasa hükmünden hareketle uygulamaya ve bu uygulamaya geçit veren Yüksek Daire içtihadına bakıldığında, Anayasada yer alan sözleşme özgürlüğünün, yine Anayasada yer alan çalışma hakkının önüne geçtiğini görmekteyiz. Çünkü, tartışma konusu sözleşme hükmü, kanunla verilmiş olan fazla çalışma için onay verme, fazla çalışma halinde zamlı ücret

alma ve fazla çalışma halinde serbest zaman kullanma tercih haklarını bir çırpıda ortadan kaldırmaktadır. Bu haklar çalışanlara kanunla verilmiş haklar olduğundan, bu hakları ortadan kaldıran her uygulama ve bu uygulamayı kabul eden her yargı tasarrufu, doğal olarak “çalışma hakkını” ortadan kaldıran bir sonuca meydan vermektedir. Bu sonucu yaratan bir yargı tasarrufunun Anayasa ile bağdaştığını söyleyebilmek ise mümkün görünmemektedir.

B- Anayasa'nın 10. maddesi, ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğunu söylemesine karşın, bu eşitsiz uygulamaya imkan veren hükmün Yargıtayca geçerli kabul edilmesi karşısında, çalışma hayatının pratiğinde bu anayasal hükmün çok da yaşam alanı bulduğu söylenemez. Gerçekten de, işveren tarafının işçiye, onun rızası hilafına imzalatmış olduğu bir iş sözleşmesinde, işçiye tek taraflı yükler ve yükümlülükler getiren ve kanuni haklarından feragat etmesi sonucunu doğuran bir hükmün yargı katlarında muteber addedilmesi, işveren kesimine imtiyazlı yaklaşıldığını ve sözleşme özgürlüğü bağlamında kanun önünde eşitlik ilkesinin işçi yönünden gerçekleşmediği göstermektedir. Bu sözleşme hükmüne hayır diyebilme, bu hükmü veto edebilme hakkını, yukarıda açıklanan nedenlerle kullanma imkanı elinden alınmış bir işçi için, kanun önünde eşitlik ilkesi hem lafta hem de rafta kalmış demektir.

C- Anayasa'nın 18. maddesi, “hiç kimse zorla çalıştırılmaz, angarya yasaktır” hükmünü vaz etmiştir. İşçileri yılda 270 saat fazla çalışma yapmaya mecbur kılan, buna mukabil karşılığının zamlı olarak ödenmesini hükme bağlayan kanunun arkasına dolanma imkanı veren sözleşme hükmünün tek yanlı olduğu ve işverenlere imkanlar sağladığı tartışmasızdır. Bu hükümden yola çıkan işverenlerin, sözleşmede öngörülen sürelerle sınırlı da olsa, işçilerini bedavadan fazla çalışma yapmaya zorlama hak ve yetkisi vardır ve bu hak kullanılmaktadır. İşverene işçisini zorla çalıştırma imtiyazı veren bir hükme dayanılarak, rızası hilafına -bunun aksini kimse söyleyemez- zorla çalıştırılan işçi için o çalışma angaryadan başka bir şey değildir. Hal bu olunca da, Yüksek Dairenin bu içtihadı, dolaylı olarak, Anayasa ile yasaklanmış olan zorla çalıştırma yasağına aykırı düşmekte ve angarya niteliğindeki bir çalışmaya imkan vermiş olmaktadır.

D- Çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu belirten Anayasanın 49. maddesinin 2. ve 3. Bentlerinde, Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alması görevine işaret edilmiş, buna bağlı olarak da, devletin işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri alması istenmiştir. Bu madde başlı başına sosyal devlet kavramıyla örtüşen bir devlet anlayışını ima etmektedir. Anayasa'nın bu hükmü ile egemenliğin millet adına anayasal esaslar çerçevesinde yetkili organlar eliyle kullanılacağına ilişkin 6.maddesi bir arada düşünüldüğünde, 49. madde

ile devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesinde, yetkili organ sıfatına haiz Yargı Erki'nin de görevli sayıldığı tartışmasızdır. Yani yukarıda işaret edilmiş olduğu üzere, Yargı Organı olarak görev yapan birimlerin tümü, takdir ve yorum haklarını bu anayasal ilkelere hayat verecek şekilde kullanmakla kendilerini yükümlü saymak durumundadırlar. Bir sosyal devlet bağlamında meseleye bakıldığında, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen devletin temel amaç ve görevleri arasında “ kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma” da yer almış olduğundan, bu görevlerin yerine getirilmesinde Sosyal Devlet Yargısı'nın da ne kadar yaşamsal önemde bir işleve sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Ekonomik ve sosyal bağlamda işçiler üzerinde önemli bir engel/ bir angarya oluşturan tartışma konusu hükmün Yargı Erki tarafından bertaraf edilmesi Sosyal Devlet kavramının özü ve esasına uygundur. Yukarıda Yargı Erki için dile getirmiş olduğumuz temenni, bu görüşe dayanmaktadır.

2- Uluslararası Sözleşmeler Açısından:

Anayasa'nın değişik 90. maddesi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanunların önünde bir uygulama önceliğine sahip olduğunu söylemektedir. Tartışma konusu sözleşme hükmüne ve bu hükmü geçerli kabul eden Yüksek Daire içtihadına bu Anayasa hükmü penceresinden bakıldığında, bunların ulusal hukuk mevzuatımız içinde yerini almış bulunan uluslararası sözleşme hükümleriyle örtüşmediği görülmektedir. Bu bağlamda:

A- İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 23/1.maddesinde, 'Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır' denilmiştir. İş sözleşmelerinde yer alan ve Yüksek Daire de kabul gören, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin maddenin, adil ve elverişli koşullarda çalışma kuralına uygunluk arz ettiği söylenemez.

B- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4/2. Maddesinde yer alan 'Hiç kimse zorla çalıştırılmaz, zorunlu çalışmaya tâbi tutulmaz' kuralı emredici mahiyettedir. İşçilerin tartışma konusu iş sözleşmelerindeki hüküm nedeniyle, karşılığı ödenmeden ve onay alınmadan zorla ve zorunlu olarak fazla çalışma yapmaya icbar edildiğini yadsımak mümkün değildir. Bu hükmün geçerli olduğunu kabul etmek, işçilerin bu uluslararası sözleşme hükmüne aykırı olarak zorla çalıştırılmasına imkan tanımak anlamına gelir.

C- Keza, işçilerin tartışma konusu iş sözleşmesi hükmünde belirtilen koşullarla çalıştırılması adil olmadığından, Avrupa Sosyal Şartı'nın, Bölüm-1/2 maddesinde yer alan ' Tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır' ilkesine de açık bir aykırılık oluşturduğu açıktır.

D- Bu konuda en çarpıcı uluslararası sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmış olan, Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO)'nun Cebri veya Mecburi Çalışma Hakkında 29 sayılı Sözleşmedir. Bu sözleşmenin onaylanması ile;

- Mümkün olan en kısa sürede, **her ne şekil altında olursa olsun**, cebri veya mecburi çalıştırmanın kaldırılması,

- Cebri veya Mecburi Çalıştırma ifadesinin, herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin **tam isteği olmadan** mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade edeceği,

- Bu sözleşmenin uygulanmasında yetkili olan makamların, özel kişiler, şirketler veya özel-tüzel kişiler menfaatine cebri veya mecburi çalıştırmayı empoze edemeyecekleri veya empoze edilmesine izin vermeyecekleri,

- Özel şahıslara, şirketlere ve özel - tüzel kişilere tanınan hiçbir imtiyazın, **bunların kullandıkları ya da ticaretini yaptıkları ürünlerin üretilmesi veya toplanması için** cebri veya mecburi çalıştırma imkanını vermeyeceği, böylesi imtiyazlar mevcut ise, imtiyaz içeren hükümlerin Sözleşme'nin 1. Maddesine uygunluk sağlanması için mümkün olan süratle feshedileceği,

taahhüt ve kabul edilmiş olmaktadır. Bu sözleşmede sözü edilen yetkili makamlar ibaresinin, yargı organının tüm birimlerini kapsadığı ve ifade ettiği çok açıktır. 29 sayılı İLO sözleşmesinde yer alan önleyici tedbirlere ilişkin taahhüt ve kabuller ile İşverenlerin bir iş sözleşmesi hükmüne dayanarak işçilere yaptırdıkları fazla çalışma uygulamaları bir arada düşünüldüğünde, işçinin gerçek ve samimi rızası tahtında gerçekleşmesi asla söz konusu olmayan bu uygulamaların İLO Sözleşmesi ile yasaklanan cebri veya mecburi çalıştırma niteliğinde olduğu ortadadır. Bu durumda, bu uygulamayı önleme yükümü altında olan Yargıtay'ın tartışma konusu içtihadının, bu uygulamayı önlemek yerine, tam tersi bir yorumla buna geçit vermesinin, Anayasa gereğince kanunların önünde bir uygulama önceliğine sahip olan İLO'nun yukarıda açıklanan 29 sayılı Sözleşmesi ile örtüşmediği açıktır.

3- 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından:

A- 32. 41. ve 63. maddeler Karşısında Sözleşme Hükümünün İrdelenmesi:

4857 sayılı İş Kanunu hükümleri açısından bakılacak olursa, ücret ve fazla çalışma ücreti gibi birbirinden farklı iki unsurun, aynı pota içinde ele alınmasına ve birinin diğerinin içinde eritilmesine imkan bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen 'Ücret', "bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar" olarak tanımlanmıştır.

İş Kanunu'nun 'Çalışma Süresi' başlıklı 63. maddesi, haftalık çalışma süresini en çok 45 saat olarak belirlemiştir.

Anılan Kanun'un 'Fazla Çalışma Ücreti' başlıklı 41 maddesinde de;

• ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle işyerinde fazla çalışma yapılabileceği;

• haftada 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu;

• her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 yükseltilerek ödeneceği,

• ancak haftalık çalışma süresi sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmişse, bu belirleme çerçevesinde ortalama haftalık süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmaların fazla sürelerle çalışma olduğu, bu durumda fazla çalışma ücretinin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 yükseltilerek ödeneceği,

• İşçi isterse, yaptığı fazla çalışmalar karşılığını zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakika, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığını ise 1 saat 15 dakika serbest zaman olarak kullanabileceği; işçinin hak ettiği bu serbest zamandan, 6 ay zarfında, çalışma süresi içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın istifade edebileceği;

• fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerektiği;

• fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda 270 saati geçemeyeceği;

İfade edilmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz kanun hükümlerine bakıldığında, ücretin işçiye yapılan bir iş karşılığında ödendiği, yapılan işin de çalışma süresi ile sınırlı olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu sonuca göre, çalışma süresi ile sınırlı olarak yapılan işin karşılığı olarak öngörülen ücretin içine, normal iş süresinin dışında yapılarak kazanılan ve niteliği itibariyle farklı olan fazla çalışmanın zamlı ücretini dahil ederek aynı pota içinde eritmek kanuna aykırıdır. Yapılan fazla çalışmanın saat başına düşen miktarının haftalık çalışma sürelerine bağlı olarak %50 veya % 25 zamlı olarak ödeneceği göz önüne alınırsa, bu gibi sözleşme hükümleri yoluyla işçiyi kanunî alacaklarından mahrum bırakmak, başlı başına bir haksızlık ve adaletsizlik demek olur. Kanun Koyucu tarafından, fazla çalışma süresinin normal mesai süresinden ve fazla çalışma ücretinin de normal mesai ücretinden ayrı ve farklı olgular çerçevesinde düşünülmüş ve düzenlenmiş olması, bu olguların birbiri içine girecek ve biri diğerini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmasının mümkün olamayacağını göstermektedir. Kanunda öngörüldüğü üzere, normal iş süresinin dışında ve üstünde yapılan ve karşılığı zamlı olarak ödenmesi gereken onaya tâbi bir çalışmanın, normal iş süresinden sayılmasına ve karşılığının normal ücret üzerinden ödenmesine olanak sağlayan, bundan dolayı da Kanun Koyucu'nun iradesini ve kanunun amacını aşan bir uygulamayı geçerli ve kabule şayan gören Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bu içtihadını takdir hakkı bağlamında değerlendirmek mümkün

değildir. Yapılan fazla çalışma süresinin de normal iş süresine dahil olduğu sonucunu yaratan ve fazla çalışma nedeniyle kanunen hak kazanılması gereken zamlı ücreti de normal mesai ücreti içine hapseden ve işçiye bu zamlı ücreti ödeme yükümlülüğünden kurtulmayı sağlayan bir iş sözleşmesinin, bu niteliği itibariyle, bırakalım kanuna aykırı olup olmadığını, insanî olmadığı rahatlıkla söylenebilir. İvazlar arasında uçurum meydana getiren ve adaletsizlik yaratan bir sözleşme hükmüne kanunun cevaz vermesi düşünülemeyeceği gibi, kanunun cevaz vermediği bir imkânı işverenin sözleşme yoluyla elde edebilmesine geçit vermemek gerekir. Bu da, hak ve adaletin gerçekleşebilmesi ve sağlanabilmesi açısından adil yargıya düşen bir görevdir.

Öte yandan, bu sözleşme hükmünün uygulanmasına izin verilmesi halinde, Kanun'un 41. maddesinde fazla mesai yapan işçi için öngörülen serbest zaman kullanımına ilişkin hak da fiilen ortadan kaldırılmış olacaktır. Belli sürelerle sınırlı dahi olsa, kanunun tanıdığı bir hakkı fiilen ortadan kaldıran ve işçinin bu haktan peşinen feragatini beraberinde getiren bir sözleşme hükmünün, salt bu nedenle bile, kanuna uygunluk kriterine sahip olduğu söylenemez. Yine, Kanun'un aynı maddesinde, fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması şart koşulmuştur. İşçinin, yukarıda açıklanan nesnel ve öznel koşullar nedeniyle, önüne uzatılan bu sözleşme hükmüne hayır diyebilme olanağı yoktur; bu şartlar altında olması da mümkün değildir. Böylesi bir toplumsal düzende, işçi daha baştan, yılda 270 saatlik fazla çalışmaya onay vermiş olacaktır. Bu peşin onay nedeniyle, işçi, işveren ne zaman isterse, zaman uygun olsun olmasın, öznel koşullar elverişli olsun olmasın, işverenin istediği fazla çalışmayı, normal ücreti karşılığında yapmak zorunda olacaktır. Bunu hakka niyet kurallarıyla bağdaştırabilmenin olanağı yoktur.

Kanunda yer verilen fazla çalışmaya ait hükümlerin, bir ölçüde sosyal devlet kavramıyla örtüştüğünü söyleyebilmek mümkündür. Bu cümleden olarak, yukarıda 41.madde ile ilgili döküm yapılırken belirtilmiş olduğumuz üzere, bu maddede yer alan hükümler bağlamında, fazla mesai yapacak olan ve bundan dolayı yıpratıcı ve yorucu etkilere maruz kalacak olan işçiden onay şartının, fazla mesai yapan işçinin dilerse karşılığını serbest zaman olarak kullanma hakkının, fazla çalışmanın yıpratıcı etkilerine karşı yıl içinde yapılacak fazla mesainin 270 saatle sınırlı tutulmasının, sosyal devlete has koruyucu tedbirler olarak düşünülmüş olduğunu söylemek mümkündür. Hiç kuşkusuz bu tespitimiz, mevcut yasa hükümlerine riayet edilmesi ve bu yasalarda yer alan hükümlerde öngörülen amaçlara uygun olarak uygulanabilmesi halinde bir anlam ifade eder. Yoksa bunların kâğıt üzerinde kalması mukadder hale gelir. Çalışma hayatının pratiklerine bakıldığında, sadece fazla çalışma konusunda değil, diğer başka alanlarda da yasalara uygun davranılmadığı yaygın olarak görülmektedir. Tartışma konumuz olan sözleşme hükmü de bunlardan biridir. Aslında işçilere dayatılan bu uygulamanın , fazla çalışmanın yılda 270 saatle sınırlandırılmış olmasından dolayı meydana gelecek olan üretim

azalmasına karşı, hiç değilse bu saatlerle sınırlı olarak yapılacak olan fazla çalışmanın bedavaya getirilmesi düşüncesine dayandığını söylemek bile mümkündür.

Sonuç itibariyle, hangi taraftan bakılırsa bakılsın, bu sözleşme hükmünün İş Kanunu'nda yer alan konuya ilişkin düzenlemelere uygun olduğu asla söylenemeyeceği gibi, tek yanlı bu uygulamanın işçi yönünden kanunla verilen hakları , maddi ve manevi anlamda kaybettirici sonuçlara yol açtığı da gün gibi açıktır.

B- Sözleşme Hükmünün İş Kanunu'nun 62. maddesine Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığının İrdelenmesi:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 62. maddesi, ücrette indirim yasağına ilişkin bir düzenlemedir. Bu maddeye göre, işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirmesi nedeniyle ya da **Kanun hükümlerinden her hangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılması yasaktır.**

Sorun bu sözleşme hükmünün uygulanmasından dolayı işçi ücretlerinde bir eksilme meydana gelip gelmediğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Uygulamanın İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin 41. Maddesinden kaynaklandığı, dolayısıyla da bir kanun hükmünün uygulanması sonucuna dayandığı açıktır. Bu uygulamaya imkan veren sözleşme hükmünün, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi gibi, sadece soyut bir sözleşme özgürlüğünden hareketle geçerli olduğu kabul edilecek olursa, bu hükmün asgari ücretle çalışanları da kapsayacak şekilde yorumlanmasına ve onlar için de uygulanabilir olduğuna bir engel olmamak gerekir. Tartışma konusu içtihadın oluşması aşamasında Yüksek Dairece benimsenen ve temel alınan ilke/prensip nedeniyle bu değerlendirmenin makul ve mantıklı olduğunu kabul etmek gerekir. Ne var ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, oluşturduğu bir başka içtihadında (2009/3491 Esas, 2011/1509 Karar, 31.01.2011 Tarih) benimsediği bu ilkedен/prensipten ayrılmış ve yılda 270 saat fazla çalışmanın asgari ücrete dahil olamayacağı sonucuna varmıştır. Yüksek Dairenin temel aldığı ilkedен bu karar bağlamında ayrılmasının üzerinde, İş Kanunu'nun 62. maddesini doğrudan ilgilendiriyor olmasından dolayı, durulması gerekir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu kararıyla, tartışma konusu hükmün uygulanması halinde, yılda 270 saatlik fazla çalışmaların yapıldığı zamanlarda, ücretin asgari ücretin altına düşeceğini, diğer bir anlatımla, bu uygulamanın ücrette bir azalma meydana getireceğini kabul etmiş olmaktadır. Bunu başka şekilde yorumlamak mümkün değildir. O zaman, yılda 270 saatlik fazla mesainin ücretin içinde olduğuna ilişkin sözleşme hükmüne dayanan bir uygulamanın, ister asgari olsun isterse olmasın, bütün ücretlerde bir düşüş meydana vereceğinin, bir eksilmeye sebep olacağının Yüksek Daire tarafından da öngörüldüğü açıklığa kavuşmaktadır. Ücret kavramı, genel anlamıyla, asgari ücreti de içine alan bir kavramdır. Asgari ücrette bir azalma

meydana getiren bir uygulamanın, asgarî ücretin üzerindeki ücretlerde de bir azalma meydana getireceği izahından varestedir. Hal böyle olunca, bu tarz bir sözleşmeye bağlı olarak işçinin ücreti, yılda 270 saatlik fazla çalışma yapmadığı zamanlardaki ücretine nazaran daha düşük olacaktır. Şu duruma göre, iş sözleşmelerinde yer alan yılda 270 saatlik fazla çalışma ücretinin normal ücretin içinde olduğu yolundaki hükmün, fazla çalışma yapılan dönemler bakımından ücrette bir azalma meydana getireceği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda da, Yüksek Daire'nin tartışma konusu yaptığımız içtihadının, ücrette azalma meydana getiren bir uygulamayı geçerli addetmesinden dolayı, İş Kanunu'nun 62. maddesiyle çeliştiği sonucuna varmak kaçınılmaz hale gelmektedir.

4- Borçlar Kanunu Açısından:

A- B.K.'nin 19. ve 21. maddeleri Gözetilmelidir:

İvazlar arasında uçurum meydana getiren ve sadece bir tarafın yararına işleyecek olan bir sözleşme hükmünün işçi tarafından çarnaçar imzalanmış olması, ortada özgür iradeye dayalı bir sözleşmenin bulunmadığı anlamına gelir. Bu hükümden dolayı bir taraf tümünden kayıpta, diğer taraf tümünden kazançlıdır. Bu sözleşmelerin tartışma konusu yaptığımız hükmünde işçi açısından hiçbir karşılık yoktur, o tek başına bir kaybedendir. Yukarıda açıklandığı üzere, çalışma yaşamının koşullarının dayatmasıyla bu gibi iş sözleşmelerinin işverenler tarafından işçilere imzalatılması, işçi kesimin içinde bulunduğu müzayaka halinden ziyadesiyle istifade edildiğini, bu sözleşme hükmünün bir sömürü vasıtası olarak kullanılmak istendiğini göstermektedir. İşsizliğin kol gezdiği ülkemizde, işçinin başka şekilde hareket etmesine imkan vermeyen öznel ve nesnel koşullardan yararlanmak suretiyle, hak kaybına sebebiyet veren ve kanunî haklardan feragat edilmesi sonucunu yaratan bir sözleşmenin imzalatılması ahlaki olmaktan uzaktır. O nedenle de bu ve benzeri sözleşmelerden kaynaklanan haksız ve adaletsiz uygulamalara, B.K.'nin 19. Ve 21. maddeleri gözetilmek suretiyle geçit verilmemelidir.

B- 1 Temmuz'da Yürürlüğe Girecek Yeni Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi Tartışma Konusuna Işık Tutmaktadır.

Bilindiği üzere, yeni Borçlar Kanunu 1 Temmuz'da yürürlüğe girecektir. Bu kanundaki düzenlemelere, kanun henüz yürürlüğe girmediği düşüncesiyle kayıtsız kalınmaması gerektiğini düşünmekteyim. Sonuçta bu düzenlemeler bir hukuk çalışmasının ürünüdürler ve çok kısa bir süre sonra yürürlüğe girecektir Bu düzenlemelere eleştiri hakkımız elbette saklıdır ve aksi düşünülemez. Ama, bu düzenlemelerin evrensel nitelikte bir hukuk ilkesine kanunilik vasfı kazandırmak suretiyle hayatın pratiğine aktarmasını, bu ilkeyi ete kemiğe büründürmesini, sırf yürürlük gibi biçimsel bir yaklaşımla gözmezlikten gelmek doğru olmaz. **Belirtelim ki, yürürlüğe girecek olan yeni Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi, tartışageldiğimiz konuya adeta neşter vur-**

maktadır. Bu madde, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” amir hükmünü vaz etmek suretiyle, eleştiri konusu yaptığımız sömürü uygulamasına benzer mahiyetteki uygulamaların önüne duvar örmekte ve gelecekteki yargısal tasarruflara yön verecek bir pusula görevi üstlenmektedir.

SONUÇ

Yukarıda dile getirmiş olduğumuz açıklamalar, saptamalar ve bu saptamalardan kaynaklanan çıkarımlar elbette tartışmaya ziyadesiyle açıktır. Hukuk camiasının bir ferdi olarak maksadım, sonuçları itibariyle işçi kesimini, içinde buldukları objektif ve sübjektif koşullar göz önüne alınmaksızın, tek yanlı ağırlaştırıcı nitelikteki bir sözleşme hükmüne bağlı kılan, adil olmadığını düşündüğüm bir Yüksek Daire içtihadının, ülkemizin sosyolojik gerçekleri ve meri hukuk mevzuatı önünde tartışmak ve eleştirmek olmuştur. Neticeten vardığım sonuç, tartışma konusu sözleşme hükmünün hukuka ve kanuna aykırı, insan hakları içinde yer alan ve kanunla tanınmış işçilik haklarını zedeleyici bir niteliğe sahip olduğu, bu sözleşme hükmünü geçerli sayan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi içtihadının da bu nedenle adil olmadığıdır.

ZORUNLU SENDİKA ÜYELİĞİ: DİYALOG ÇAĞININ GEREĞİ

Dr. Kapt. Hasan PEKDEMİR¹

İster mal, isterse hizmet şeklinde olsun, her üretimin üç olmazsa olmazından bir tanesi, emektir. Mal üretimindeki fabrika / atölye işçisi, hizmet üretimindeki gemiadamı / deniz adamı gibi.

Denizci, yolculuğun tamamında ya da arızı olarak bir bölümünde gemide çalışan emekçidir. Yolculuğun tamamında gemide çalışma koşulu, TTK hükümüdür; hem de “yola elverişlilik” gereğidir.

Eski TTK m.817/2 (yeni TTK m.932/2), yola elverişli olmayı, “denize elverişli geminin teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, *gemiadamlarının yeterliği ve sayısı* bakımlarından yapacağı yolculuğun olağan tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunması” şeklinde hüküm altına almıştır.

Burada gemiadamının nitelik ve nicelik olarak yeterliği geminin yapacağı yolculuk açısından aranan koşuldur.

Gemiadamı bizde yola elverişlilik (voyageworthiness) kapsamında yer almasına karşın uluslar arası kurallarda,² bu nedenle de birçok denizci ülke uygulamasında, denize elverişlilik (seaworthiness) kapsamındadır. Dolayısıyla denize elverişli bir gemi, gemiadamı donatımı bakımından da “elverişli” olma durumundadır.

Bizdeki uygulamasıyla denize elverişlilik, yapacağı yolculukla bağlantılı olarak geminin ve donanımlarının fiziki uygunluğunu esas alırken uluslar arası kurallardaki anlayış, hem fiziki elverişliliği, hem de gemiadamı donatımı bakımından uygunluğu, yakıt, kumanya, stor ve belgeler bakımından yeterliliği kapsamaktadır.³

Günümüz örgütlenme çağıdır. Yalnızca insanlar, işletmeler, dernekler, hatta sendikalar değil, devletler de artık örgütlenme, bir çatı altında toplanma yoluna gitmektedir. İnsanlar ve işletmeler / kurumlar açısından dernekler, sendikalar; dernekler açısından federasyonlar; devletler açısından ekonomik ve siyasal birliktelikler gibi.

1 Türkiye Denizciler Sendikası Genel Başkanı

2 1924 Lahey Kuralları ve 1968 Lahey/Visby Kuralları, K.III/1.

3 John F Wilson (2008): Carriage of Goods by Sea, 6 th ed., Pearson-Longman, London, 11.

Örneğin, devletlerarası birlikteliklerde AB ve LAFTA⁴ bölgesel ilkleri oluşturmaktadır.

Örgütlenmede çokluk hizmet ya da meslek birlikteliği gözetilir.

Hizmet birlikteliği genelde denizde hat taşımacılığında görülür. Layner taşımacılığı / tarifeli taşımacılık da denen hat taşımacılığı taşıyanları bir çatı altında toplar. Bir taşıma bölgesinin tonaj ihtiyacını karşılamak üzere oluşturulan hizmet birlikteliği “navlun konferansı” olarak bilinir.

Navlun konferansı, taşıyan örgütüdür. Aynı taşıma bölgesinde (taşıma hatında) hizmet veren uyuşu farklı taşıyanlar için ortak hedef amaçlar. Ortak hedef de, birörnek navlun uygulamasıdır. Bunun anlamı aynı yüke aynı navlun bazının uygulanmasıdır.

Geçmişi Süveyş Kanalı'nın açılmasına kadar uzanan navlun konferanslarında bayrağı ve sicili farklı gemiler ortak navlun tarifesi uygular. Bu bakımdan, özde hizmet birlikteliğini esas alan örgütlenme biçimi olarak ortaya çıkan navlun konferansları dünyadaki ilk kartellerdir de...⁵

Hizmet birlikteliği salt navlun konferanslarıyla sınırlı değildir. Kamu yararı gözetilen kuruluşlarda da hizmet önceliği söz konusudur. Türk Kızılayı, Kızılhaç, Çocuk Esirgeme Kurumu, Türkiye Çevre ve Yeşillendirme Kurumu Derneği gibi...

Meslek birlikteliği özde aynı meslek sahibi olan kişi / kuruluşların bir çatı altında örgütlenmesidir. Örgütlenmenin odağında aynı meslekten olma koşulu vardır. Örgütlenme, farklı meslekler açısından söz konusu değildir.

Kişi dernekleri, işletme / kuruluş dernekleri, meslek birlikleri, sendikalar, odalar, barolar, federasyonlar ve konfederasyonlar bu alana özgü örgüt yapılarıdır.

Meslek birlikteliğini esas alan örgütlere meslek dernekleri (Türk Uzakyol Gemi Kaptanları Derneği, Türk Kütüphaneciler Derneği, Türk Tabipler Birliği gibi), işadamları / işletme dernekleri (Uluslar arası Nakliyeciler Derneği, Türkiye Çimento Müstahsilleri Derneği gibi, Türk Armatörler Birliği Derneği, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği gibi), ticaret odaları, sanayi odaları, sendikalar (Türkiye Denizciler Sendikası-TDS, Türkiye Armatör İşverenler Sendikası-TAİS gibi), mühendis ve mimar odaları (Gemi Mühendisleri Odası gibi), esnaf odaları, sendika federasyonları ve konfederasyonları (Türk-İş gibi), barolar ve baro birlikleri (Türkiye Barolar Birliği gibi) örnek verilebilir...

4 Latin America Free Trade Association

5 Necmettin Akten (1995): Taşımacılık Kılavuzu, İstanbul Ticaret Odası,1995-27, Can Matbaa, İstanbul,16-18

Meslek birlikteliğini esas alan örgütlerde gönüllü veya zorunlu üyelik koşulu vardır. Zorunlu üyelik çokluk hem meslek dayanışmasının, hem de mesleği yürütebilmenin temel koşuludur. Örgütüne üye olmayan meslek insanı bir anlamda mesleğini sürdüremez. Mühendis odasına üye olmayan bir mühendisin proje çizememesi, barosuna üye olmayan avukatın avukatlık yapamaması, ticaret odasına üye olmayan ticaret erbabının ticaret yapamaması gibi...

Meslek örgütlerine üye olması zorunlu kılınmış tüccar, mühendis, mimar, ziraatçı / çiftçi, esnaf, sanatkâr, avukat vb meslekler için “zorunlu üyelik” ön-gören yasalar ve ilgili hükümleri şöyledir:

- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu (5174;01.06.2004, RG 25479) m.9.

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu (6235, 7303, KHK 601; 06.06.2000) m.33.

- Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu (6964; 23.05.1957, RG 9614) m.5,

- Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu – Esnaf ve Sanatkârlar Odası (5362; 07.06.2005) m.6,

- Avukatlık Kanunu (1136; 07.04.1969, RG 13168) m.66

Bu örnekleri daha da çoğaltmak olasıdır.

Ne türden örgüt olursa olsun, örgütlenme yasal çerçeveye olur. Zorunlu ya da gönüllü üyelik gibi koşullar da bu yasal çerçevenin içinde yer alır.

Yasa koyucu üretim üçgeninin sermaye köşesini oluşturan örgütlenme yapılarında zorunlu üyelik koşulunu getirmiş; dolayısıyla “güçlü örgüt” modelini benimsemiştir. Ticaret odalarına, sanayi odalarına, mühendis ve mimar odalarına, esnaf odalarına, barolara üyeliğin zorunlu olması gibi...

Aynı yasa koyucu üretim üçgeninin emek köşesini oluşturan örgütlenme yapılarında her nedense gönüllü üyelik koşulunu getirerek “güçlü örgüt” modelini benimsememiştir.

Nitekim 17.10.2001 tarihli, 24556 sayılı R.G de yayınlanan TC Anayasasının Değişik m.51 hükmü sendika üyeliğini serbest bırakmıştır. TC Anayasasının sendika kurma hakkını belirleyen m.51 / ilk fıkra hükmü aynen şöyledir:

“Madde 51: Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”

Yasa koyucu aynı işverenler için - yeter ki işletmeleri kapatılmamış olsun - ticaret veya sanayi odası üyeliği konusunda gönüllü üyelik koşulunu getirmemiştir. O kadar ki bu işverenler - işletmeleri fiilen iş yapmasalar bile - zorunlu üyelik görevlerini yerine getirmek durumundadır!

Burada şu soru akla geliyor:

Sendika üyeliği neden zorunlu değil?

Oysa sendikal örgütlenme demokratik yaşamının güvencesi ve olmazsa olmazıdır. İşvereni kol-kola girmeye, birlikte harekete iter. Ayrıca sendikacının eli işverenin cebinde de değildir. Belki geçmişte sendikal örgütlülük kimi çalışanlarca yanlış anlaşılmış, kimi işverenleri rahatsız etmiş olabilir. Ama iş hayatının ve iş barışının sürdürülebilir olması bağlamında sendikal güçlülüğe de yeşil ışık yakılması gerekir.

Bunun da günümüzdeki reçetesi diyalogdur.

Günümüz artık diyalog çağıdır. Gerek uluslar arası, gerek ulusal ölçekli ilişkilerde diyalog, sorunların çözümünde ve ilişkilerin geliştirilmesinde ana enstrüman haline gelmiştir. Diyalog yoluyla birliktelik zaman-zaman güçlüklerle karşılaşılrsa da, güçlükler aşıldığında, uzun soluklu hatta kalıcı yapıya dönüşmektedir.

Fedakârlık yapılsa da diyalog yoluyla, taviz verilse de diyalog içinde...

Diyalog çağdaş işbirliğinin, belki de birlikteliğin sihirli sözcüğüdür. Diyalog sözcüğünün her bir harfinde başka-başka marifetler saklıdır. Sabır gibi, inanç gibi, hoşgörür gibi, usanmamak gibi, üstelemek gibi...⁶

İsteksiz olursa da masa etrafında yerini almak gibi!

Sendikal güçlülük diyalogu güçlendirir; iş barışına sürdürülebilir kılar. Ancak sendikal gücün etkin silahu üye potansiyelidir.

Uluslar arası camia diyalogu, ilişki geliştirmede ve ortak payda oluşturmada kullanılmaktadır. Her türlü zorluklarına, çözümünü de bazen zamana yaymasına karşın diyalog yolu, çağımız ilişkileri açısından değerli bir enstrümandır

Diyalog, güçlü örgütlenmeyi de körüklemiştir.

Güçlü örgütlenme sendikal güçlenmeyi de içlemektedir...

Üretim, tek taraflı değildir. Bu bağlamda çalışanların işverenlerinden, işverenlerin de çalışanlarından öğrenecekleri çok şey vardır. Örgütlü diyalog bu nedenle, salt çalışan-işveren arasındaki pazarlıklar, toplu sözleşme sürecindeki karşılıklı istekler değildir. Diyalog yoluyla gerekiyorsa üretimi rasyonelleştirmenin, üretimde verimliliği artırmanın uygulamacıları, çalışanlardır. Bu nedenle örgütlü diyalog, taraflar arasında üretim ilişkilerinin güçlendirilmesi-

6 Necmettin Akten (2012):Denizde diyalog, Perşembe Rotası, Dünya, 26.01.2012, 2.

ne, sorunların bilinçli çözümlenmesine ayrıca katkı sağlayacak sihirli bir enstrümandır. Yeter ki yolunca ve anlayış tahtında kullanılmış olsun...

Türkiye’de iş yaşamının tarafları arasında diyalogun yeterince var olduğu söylenemez. İşverenlerin sendika diyaloguna çekingen baktıklarını söylemek, yanlış olmayacaktır!

Diyalog, ilişki kurma, geliştirme ve sorun çözümlenme bakımından son zamanların sihirli sözcüğüdür. Demokrasiyi ayakta tutan kavramlardan da bir tanesidir, diyalog. Ülkeler ikili ve çoklu ölçekte, STK’lar da bir dizi konuda diyalog enstrümanını başarıyla kullanmaktadırlar.

Sendika üyeliği, sendikal yaşamın öğelerinden biridir. Çalışan açısından ihtiyari olarak değerlendirilmiştir. Tıpkı derneklerin üyelikleri gibi!

Oysa sendikalar ve dernekler işlev olarak birbirinden farklı yapıdaki örgütlerdir.

Türkiye’de sendika üyeliğinin tıpkı ticaret, sanayi odaları; mühendis, mimar odaları gibi zorunlu olması, olması gerektirir. Bunu zorlayan kimi nedenler de vardır:

Denizcilik sektöründe - özellikle tanker taşımacılığında - sendika üyeliği geminin iş bulabilmesi açısından zorunluluktur. BP, Shell, Gulf, ExxonMobil vb dünya petrolünün üretimini, taşınmasını ve pazarlanmasını yıllar boyu ellerinde tutan petrol devleri, kiraya aldıkları tankerlerde çalışan gemiadamları için, uyruk farkı gözetilmeksizin, sendikalı olma koşulunu getirdiler.

Nitekim “ExxonMobilVoy 2005” kodlu tanker charter partisinde bu konudaki hüküm charter sözleşmesindeki şekliyle ve serbest Türkçe çevirisiyle aşağıda gösterilmektedir:

ExxonMobilVoy2005

8. ITF CLAUSE

“Owner warrants that the Vessel fully complies with all ITF requirements and that the Vessel has a valid ITF certificate or equivalent onboard - Donatan gemisinin ITF gereklerine her bakımdan / tamamen uyduğunu ve geçerli ITF sertifikasının ya da başka eşdeğerinin gemide mevcut olduğunu taahhüt eder”

Burada konu edilen ITF, “Uluslar arası Ulaştırma İşçileri Federasyonu’dur. Türkiye’de de bu uluslar arası emekçi örgütünün başta Türkiye Denizciler Sendikası olmak üzere üyesi birçok ulusal sendikamız vardır.

Bu “sendikalı gemiadamı istihdamı” zorunluluğu artık dökmeci gemilere de sıçrayacağı benziyor...

Batı dünyası sendika üyeliğinin zorunlu olması yolunda çekişme içindedir. Zorunlu sendika üyeliğinin insan hakları evrensel beyannamesinin m.23 hükmü gereği zorunlu olduğunu savunanlar vardır; Richard Trumka gibi...⁷ Zorunlu sendika üyeliğinin üretimi yavaşlatacağını savunanlar da...⁸

Amerikan AFL-CIO Sendikası başkanı Richard Trumka'ya göre; çalışanların bir araya gelme (örgütlenme), çağdaş koşullarda yaşama, güvenli işyerinde çalışma ve iş güvencesi hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin m.23 hükmü gereğidir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin anılan madde hükmü, her insanın çalışma, işyeri seçme, çalışma koşullarını iyileştirme, işsizliğe karşı korunma, eşit iş için eşit ücret isteme, çıkarlarını koruma altına alma bağlamında sendika oluşturma ve sendikal üyelik haklarının varlığını kayıt altına almaktadır.

Öte yandan, ABD'de 75 yıl önce kabul edilmiş, tüm çalışanların sendika üyesi olarak toplu pazarlık rejiminde yer almasını öngören ve 22 federal devletin yasası haline gelmiş, "Çalışma İlişkileri Ulusal Yasası (NLRA)'nın getirdiği sendikalaşma uygulamada, çalışma yaşamına üstünlükler kazandırmakla birlikte dezavantajlar da getirmiştir. Capital Research Center tarafından yapılmış bir çalışmaya göre, ABD'de 1981-2001 döneminde saatlik işgücü katma değeri %6.5 oranında düşmüş; ekonomik büyüme yasayı kabul etmiş federal devletlerde %236 oranında olurken, yasayı kabul etmemiş federal devletlerde %221 oranında gerçekleşmiştir.

Sendika üyeliğinin dünya ölçeğinde zayıflatıldığı son zamanların tartışma konusudur. Özellikle de Avustralya'da deyim yerindeyse gündem oluşturmuştur.

Avustralya'da 1914-1990 döneminde 5 çalışanın en az ikisi sendikalıydı.⁹ 20.Yüzyılın büyük bölümünde de sendikalar sanayi etkinliklerinin temel ve ağırlıklı (dominant) örgütleri oldu. Çünkü 1980'li yılların son çeyreğine değin bu ülke çalışanlarının yarısı (%50) bir sendikanın üyesiydi. Oysa 21.Yüzyılın ilk 10 yılı içinde bu oran yarı yarıya azalarak %23'ler dolayında...¹⁰

Son yıllarda Batı sendikal örgütlenmenin güçlü kılınması yolunda evrensel adımlar atmıştır. Bu atılmış adımların başında da Kod adı MLC 2006 olan "Uluslar arası Deniz İş Sözleşmesi" gelmektedir.

7 Is Compulsory union membership a human rights violation? (2011): Country Thinker, 10 Mart 2011, 1.

8 Daily Policy Digest (2004): Mandatory Union Membership Slows Employment, Productivity, 01.04.2004, 1; Paul Kersey, "The Economic Case for Right-to-Work Laws," Capital Research Center, January 2004. (http://www.ncpa.org/sub/dpd/index.php?Article_Category=17) (internet: 07.03.2012)

9 Andrew Leigh (2005): The Decline of an Institution, Australian Financial Review, 7 March 2005, 21.

10 Andrew Leigh (2005): a.g.m.

MLC 2006, ILO Genel Kurulu'nun 94. oturumunda kabul edilmiş çalışma yaşamını düzenleyen uluslar arası sözleşmedir. Mevcut uluslar arası deniz iş sözleşmelerini ve tavsiye kararlarını tek bir hukuk enstrümanı haline getirmek üzere oluşturulmuştur.

MLC 2006'nın temelinde ve ayrılmaz parçasını oluşturan sözleşmeler arasında yer alan iki tanesi sendikal örgütlenmeye, örgütlenme hakkının korunmasına ve toplu pazarlık hakkına ilişkindir.¹¹ Dolayısıyla ILO 87 ve ILO 98 Kodlu sözleşmeler ile getirilmiş bu haklar, MLC 2006'nın da temel ilkeleri arasında yerini almıştır (MLC 2006: Dibağçe).

MLC 2006, taraflar (gemi sahibi ve gemiadamları örgütleri) arasında diyaloga ağırlık veren bir uluslar arası sözleşmedir (konvansiyon). Bu olgu MLC 2006'nın bir dizi hükümlerinde açıkça ortaya konmuştur. Nitekim:

- Konvansiyon kapsamına giren "gemiadamı" tanımında bir sıkıntı yaşandığında yetkili İdare gemi sahipleri ve gemiadamları örgütlerine danıştıktan sonra karar verecektir (Madde II(3)).

- Konvansiyon kapsamına giren "gemi" tanımında bir sıkıntı yaşandığında yetkili İdare gemi sahipleri ve gemiadamları örgütlerine danıştıktan sonra karar verecektir (Madde II (5)).

- Konvansiyonun uluslar arası sefer yapmayan küçük gemilere (< 200 GT) uygulanması pratik değilse ve bu konu ulusal mevzuat ve toplu sözleşmelerde farklı olarak ele alınmışsa, Konvansiyonun ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak yine de gemi sahipleri ve gemiadamlarının örgütlerine danışıldıktan sonra yetkili İdarece karar verilecektir (Kural: II (6)).

- Konvansiyonla getirilen hakların konvansiyon gereklerine uygun ve etkin şekilde uygulanması üye devletin hükümranlık alanında sağlanacaktır. Konvansiyonda başka şekilde belirtilmemişse, bu uygulama ulusal mevzuat düzenlemeleri ve geçerli toplu sözleşmelerle gerçekleştirilebilecektir (Kural: IV (5)).

- Her üye Devletin Konvansiyon gereklerinin ihlal edilmesini engelleme zorunluluğu bulunmaktadır (Kural: V (6)).

- Bir üye ülke Konvansiyonun haklarını ve ilkelerini, Kod'un A (zorunlu) bölümünde öngörmediği şekilde uygulayamaması durumunda, bu hükümleri kanun, kural ve toplu sözleşmelerle uygulayabilecektir. Bu bağlamda bu bölümün hükümlerini tam olarak yerine getirmesi ve bu hükümlere geçerlilik kazandırması durumunda, herhangi bir kanun, kural ve toplu sözleşme Konvansiyonun içeriği bakımından birbirine eş değer sayılacaktır (Kural: VI (3) ve (4))

- Eğer ülkede gemi sahiplerinin ve gemiadamlarının temsilcileri bulunmuyorsa, bunlara danışılmasını gerektiren istişare edilecek konularda uluslar

11 "87 Sendika Kurma Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması (ILO:87)"; Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı (ILO:98)

arası Komiteye başvurulacaktır. Bu Komitede gemi sahiplerinin ve gemiadamlarının temsilcileri de yer alacaktır (Kural: VII).

• Uluslar arası Komitedeki gemisahibi ve gemiadamı örgütlerinin her birinin oy hakkı üye ülke temsilcilerinin yarısı kadar olacaktır (Kural: XII).

• Komitede bulunan gemiadamı temsilcilerinin Kod'da değişiklik yapılması için öneri getirebilme hakkı bulunmaktadır (Kural: XV).

Sendikalar, ister mal, isterse hizmet üretilen sektörlerde olsun, üretim üçgeninin olmazsa olmazıdır. Bu da emeği temsil etmelerinden ileri gelmektedir. İşverenler kendileri için “güçlü örgüt” kuralını yeğlerken çalışanların karşılığında güç olarak durmasına pek sıcak bakmıyorlar.

Nerdeyse dünya genelinde birçok ülkede bu böyle!

Ancak günümüzün diyalog çağında üretim üçgeninin bir köşesi için güçlü/yasal üyelik zorunluluğu uygulaması geçerli iken, emek / çalışan köşesinde güçsüz / isteğe bağlı üyelik uygulamasında ısrar etmek, “üretimin keyfini çıkartma” önünde en büyük engel olsa gerektir.

Diyalogun iyiden iyiye öne çıktığı günümüzde güçlendirilmiş çalışan örgüt(ler)inin varlığı demokrasinin olduğu kadar istikrarlı iş barışı için de bir denge subapı olacaktır.

Kaynakça

- Andrew Leigh (2005): The Decline of an Institution, Australian Financial Review, 7 March 2005, 21.
- John F Wilson (2008): Carriage of Goods by Sea, 6 th ed., Pearson-Longman, London, 11.
- Necmettin Akten (1995): Taşımacılık Kılavuzu, İstanbul Ticaret Odası, 1995-27, Can Matbaa, İstanbul, 16-18
- Necmettin Akten (2012):Denizde diyalog, Perşembe Rotası, Dünya, 26.01.2012, 2.
- Paul Kersey, “The Economic Case for Right-to-Work Laws,” Capital Research Center, January 2004. (http://www.ncpa.org/sub/dpd/index.php?Article_Category=17) (internet: 07.03.2012)
- Country Thinker (2011): Is Compulsory union membership a human rights violation? 10 Mart 2011, 1. (internet: 28.01.2012)

İŞYERİ BİRLEŞMELERİ VE DEVRİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Av. Duygu YILDIRIM ERTÜTÜNCÜ

İŞYERİ BİRLEŞME VE DEVRİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

I - GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nda işyeri devrini düzenleyen 6. Maddesi uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuka dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer. Daha önceleri hukukumuzda böyle genel bir düzenleme bulunmayıp münferit hükümlerle 1475 sayılı İş Kanunu 14. ve 53. Madde, Borçlar Kanunu'nun mal varlığı ve ticari işletmenin devrine ilişkin hükümleri konuyla bağlantılı değerlendiriliyordu. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu getirdiği bu hükümle konuyu ilk kez modern eğilimlere uygun biçimde düzenlemiştir. İş Hukuku açısından, işyerinin veya işletmenin devredilmesi sonucu önceki işveren nezdinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinin devamı ve bu sözleşmelerden doğacak hak ve yükümlülüklerin akıbetlerinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Günümüzde yaşanan ekonomik gelişmeler, teşvikler ve vergisel yükümlülükler birçok işletmenin yapısında değişikliklere yol açmaktadır. Bu kapsamda işletmeler bölünmekte başka işletmelerle birleşmektedir. Kimi küçük sermayeli işyerleri, ekonomik hayattaki devamlılıklarını korumakta zorlanmaya başlamış, kimi de büyük sermayeli şirketlerde birlikten kuvvet doğar düşüncesi ile birleşme yoluna gitmiştir. Kuşkusuz bu gelişmeler sonucu, küçük ölçekli işyerleri tek tek kapanmak zorunda kalmış veya büyükler tarafından devralınmış ve söz konusu işyerlerinde çalışanların korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

İşyeri devrinin iş sözleşmelerine etkisi ve önemi açısından Avrupa Birliği yönergelerine de konu olmuştur. Bu bakımdan AB 2001/23 sayılı Yönerge ile değiştirilen Avrupa Konseyi'nin 14 Şubat 1977 tarihli İşletme, İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkındaki 77/187 sayılı Yönerge kabul edilmiştir. Konu esas itibariyle 4857 sayılı İş Kanunu açısından işverenin işyerini bir başkasına devretmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkilerinin, işçi ve işveren açısından sonuçları yönünden incelenecektir.

II – İŞYERİNİN DEVRİ

1. İşveren değişikliğine yol açan nedenler

İşçiye karşı hizmet sözleşmesinde taraf olarak yer alan işverenin daha sonra sözleşme varlığını sürdürmesine rağmen değiştiği, onun yerine bir başkasının geçtiği görülür. Yalnız buradaki işveren değişikliği hukuki anlamda bir değişiklik olup, hukuken işvereni varlığını sürdürmekle birlikte işçinin geçici olarak başka işverene ödünç verilmesi bu anlamda bir işveren değişikliği sayılmamaktadır.¹

O halde, bir işletme veya işyeri veya işyerinin bir bölümü, ekonomik nedenlerle veya üretim ve hizmet konusunun değiştirilmesi veya girişimden vazgeçilmesi gibi nedenlerle devredilebileceği gibi; işverenin ekonomik açıdan zor duruma düşmesi, ödeme güçlüğü içinde olması veya iflası gibi durumlarda çoğunlukla o işletmenin veya işyerinin kapatılmasına, satılmasına veya iflasına karar verilmesi ya da bu yollara gidilmeden bir başkasına devredilmesi de mümkündür.

İşyerinin devri, iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi itibarıyla İş Hukukunda, işçiyi koruma açısından önem kazanan bir konudur ve sadece İş Hukukunun konusu olmayıp esasen Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. İşyerinin devri 818 sayılı Borçlar Kanunu 179.m. hükümlerine göre işyerinin aktif veya pasifi ile devralana intikalini öngören bir devir sözleşmesi ile olur. Satım, bağış gibi devir ve ferağ gerektiren sözleşmeler de işyerinin devrine imkan veren hukuki işlemlerdir. Nitekim İş mevzuatı da işyerinin devri halinde iş sözleşmelerinin akıbeti ve devreden işveren ile devralan işverenin sorumlulukları konusunu ele almıştır.

İş K. m. 6 ile getirilen düzenlemeyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu 179 ve 180. maddeleri ve devamla 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202 ve 203. maddelerinin İş Hukuku açısından uygulama alanı oldukça daralmıştır. İş Kanunu'nda işyerinin devri açıkça düzenlendiği için, artık Borçlar Kanunu ancak İş K. m.6' da boşluk varsa veya İş K. m.4' de sayılan İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı istisnai durumlarda uygulama alanı bulabilecektir.

İş Kanunu'nun işyerinin devrini düzenleyen 6. maddesinde işyeri devrinin nasıl gerçekleştirileceği hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu Malvarlığının veya işletmenin devralınması hususunu düzenleyen 202. maddesi uyarınca;

“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden

¹ Akyiğit Ercan, İş Kanunu Şerhi, Seçkin 2008, 1. Cilt s.331 vd.

birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeşdir.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.” denilmektedir.

İş K. m.6 işyerinin devrini düzenlemiştir. Bu madde uyarınca işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmektedir (İş K. m.6/I). İş K. m.6 metni her ne kadar “hukuki işleme dayalı olarak” yapılan devrinden söz etmekteyse de madde gerekçesi incelendiğinde, hukuki işleme dayalı olarak yapılan devrin kapsamına, işyerinin işverenin ölümü sonucu mirasçılara geçmesi dışında bütün hallerin gireceği ancak, işlemin özelliğine göre istisnaların ve farklılıkların madde metninde gösterildiği belirtilmiştir.

İş K. m.6/II ile devralan işverenin, hizmet süresinin esas alındığı haklarda (ihbar, kıdem ve yıllık ücretli izin), işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapması esası getirilmiştir. Ayrıca birinci ve ikinci fıkralar uyarınca yapılan devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacağı ancak devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı olacağı, BK. m. 179’ e uygun olarak hüküm altına alınmıştır (İş K. m.6/III). Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona ermesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır ²(İş K. m.6/IV).

İşyerinin devri (ve iş ilişkilerinin devralana geçebilmesi) için o işyerinde (veya kısmi devir halinde ilgili bölümde) çalışan işçilerin rızası aranmaz. Hatta işveren devir olgusunu (varsa) işyeri sendika temsilcileriyle bile müzakere etmek zorunda değildir. Gerçi kimi ülkelerde durum farklılık göstermekle, örneğin Alman hukukunda işçi topluluğunun da devre rızasının arandığı görülmektedir. Ancak, Türk hukukunda işyerinin devri için orada çalışan işçilerin rızasına ihtiyaç yoktur. Tam tersine onlar karşı çıksa bile işyerinin devri gerçekleşir³.

2 Sevimli Atahan, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi , İş, GÜÇ Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi C: 7, Sayı:1, 2005

3 Akyiğit, s.334 vd.

Bununla birlikte, devir işlemi sonucunda işçi bakımından iş koşullarında esaslı değişiklikler ortaya çıkmışsa, işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatını talep edebileceği gibi; İş Kanunu'nun 17. maddesine göre bildirim sürelerine uymak koşulu ile devir nedeni ile veya hiçbir neden göstermeden her zaman iş sözleşmesini feshetme olanağı vardır. İşçi adına devir işlemi katlanılmaz hal alması durumunda, işçinin iş sözleşmesini feshederek işten ayrılması da mümkündür. Devir işleminden fazla etkilenmeyen veya etkilenmeleri için bir neden de bulunmayan işçiler bakımından varılan bu sonuç bir sorun yaratmayacaktır.

Ayrıca, sırf işyerinin devrinden dolayı işverenin iş sözleşmesini feshedemeyeceği ve devrin işçi yönünden de fesih için haklı sebep oluşturmayacağı ancak ekonomik ve teknolojik sebeplerin ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih haklarının ve haklı sebeplerden dolayı işçi veya işverenin fesih haklarının saklı olduğu (İş K. m.6/V) ve iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün devri halinde yukarıda sayılan hükümlerin uygulanmayacağı İş. K. m.6/VI uyarınca düzenlenmiştir.

2. İşyeri Devrinin Bağlı Olduğu Temel Koşullar

6098 sayılı Borçlar Kanunu m.202 uyarınca, "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir. Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz." BK. m.202 de işletmenin devrinin bağlı olduğu temel koşullar ile bu devre bağlanan hukuki sonuçları düzenlemiş olup iki temel şart olduğu görülmektedir. Bir işletmenin devri için öncelikli olarak devreden ile devralan arasında yapılacak bir devir sözleşmesine ihtiyaç vardır. İkinci şart ise devralan tarafından alacaklılara yapılacak ilan veya ihbardır. İlanın BK. m.202 hükmü uyarınca Ticaret Sicil Gazetesi ve Türkiye genelinde dağıtım yapan gazete vasıtasıyla yapılması gerekmektedir. Gazetelerle yapılan ilan sonrası devirden bütün alacaklıların haberdar oldukları kabul edilecektir. İlan olmaması durumunda BK. 202/II daki iki yıllık süre işlemeye başlamaz.

6098 sayılı Borçlar Kanunu m.203 uyarınca; "Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığı-

nın devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler. Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır.” denilmektedir.

3. İşyerinin Devri Şekilleri

İşyerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devrini düzenleyen İş. K. m.6'nın, madde metninde belirtilen istisnalar dışında, işyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçtiği bütün halleri kapsayacağı madde gerekçesinde belirtilmiştir. Bu yüzden işyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçmesine neden olan, işyerinin devrine benzer durumlara da söz konusudur. Bu durumlar aşağıda kısaca açıklanmaktadır.

a. İşverenin Ölümü

MK. m.599 uyarınca mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. İşverenin ölümü halinde de işverenin malvarlığı bütün olarak mirasçılara geçecektir. Bu durumda kanundan doğan, bir bütün halinde intikal söz konusu olduğundan işyerinin bütün hak ve borçları ile mirasçılara geçmesi için ayrıca herhangi bir devir işlemine de gerek olmayacaktır. İş Hukuku açısından incelenmesi gereken nokta ise işverenin ölümü halinde iş sözleşmelerine mirasçıların taraf olup olmayacaklarıdır. BK. m.347/I (6098 sayılı Borçlar Kanunu 440., 441. maddeleri) uyarınca işçinin ölümü iş sözleşmesinin sona ermesine neden olacaktır. BK. m.347/II' de ise iş sahibinin ölümü halinde, iş sözleşmesinin başlıca onun şahsı nazara alınarak yapılmış olması halinde sona ereceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda aslolan, işverenin ölümü halinde mirasçıların iş sözleşmesine taraf olmalarıdır. Tabii ki, burada mirasçıların reddi miras talebinde bulunmamış olması önemli bir detaydır.

b. Tüzel Kişilerin Birleşmesi

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi Türk Ticaret Kanununun 146-152. maddeleri ile Anonim şirketlerin birleşmesine ilişkin TTK. 451. madde ve devamında (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 134. – 194 maddeleri) düzenlenmiştir. TTK m.146/I birleşmeyi şu şekilde tanımlamıştır: “Birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir, yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut bir diğer ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir.” Bu hükümde açıkça belirtildiği üzere, birleşme en az iki ticaret ortaklığı arasında gerçekleşebilir. Birleşme sonucunda, bu ortaklıklardan en az birinin infisah etmesi şarttır⁴.

Esasen incelenmesi gereken nokta ise ticaret ortaklıklarının birleşmesinin iş sözleşmelerine etkisidir.

4 Tekinalp, Poroy, Çamoğlu; Ortaklıklar ve Koopearatif Hukuku, s.108 vd.

Birleşme, Türk Ticaret Hukuku, bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden veya külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan değiş – tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşen ortaklıkta kendiliğinden ortaklık payı kazanması biçiminde tanımlanmaktadır.⁵ Kanunu'nun "Külli halefiyet" maddesi uyarınca birleşme ve katılma sonucu ortadan kalkan şirketlerin bütün hak ve borçları, kalan veya yeni kurulan şirkete geçecektir. Bu durumda da işverenin ölümü durumuna benzer şekilde, ortadan kalkan şirketlerin hak ve alacakları bir bütün olarak yeni kurulan veya kalan şirkete geçmekte ve bunun sonucu olarak yeni veya kalan ortaklık, birleşmenin gerçekleştiği andan itibaren yürürlükte bulunan iş sözleşmelerinin tarafı olmaktadır. Özetle, ticaret ortaklıklarının birleşmesinin iş sözleşmelerini sona erdirmeyeceği, sözleşmelerin kalan veya yeni kurulan ortaklıkla devam edeceği açıktır. Kalan veya yeni kurulan ortaklık, birleşmeye dayanarak iş akitlerini feshedemeyecektir. İş K. m.6 uyarınca tüzel kişilerin birleşmesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nda iki tür birleşme düzenlenmiştir. Bunlar, "yeni kuruluş yoluyla birleşme" ve "devralma yoluyla birleşme"dir. Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, mevcut iki ya da daha fazla ortaklık, yeni bir ortaklık oluşturmak amacıyla birleşmekte ve sonuçta kendi varlıklarını kaybederek yeni bir ortaklık meydana getirmektedirler. Birleşmenin bu türünde, birleşen iki ya da daha fazla ortaklık tüzel kişiliklerini yitirirken, aynı anda yeni bir tüzel kişiliğin oluşmasına neden olmaktadır. Birleşmenin ikinci türü olan devralma (katılma) yoluyla birleşmede, bir ya da daha fazla ortaklık, kurulu olan bir ortaklığa katılmaktadır. Devralma yoluyla birleşmede, birden fazla ortaklık tek bir tüzel kişilik içinde birleşmektedir. Devir alan ortaklık varlığını sürdürmekte, katılan ortaklık ya da ortaklıklar ise malvarlıklarını bir bütün halinde devrederek, devir alan ortaklığın bünyesine girmektedirler. Devir işlemi tamamlandığında katılan ortaklık ya da ortaklıklar tüzel kişiliğini yitirirler. Katılan ortaklıklar infisah ederler ancak tasfiye olunmazlar.⁶

Bir şirketin unvanının veya nev'inin değiştirilmesi durumunda gerçek anlamda bir devir ya da işveren değişikliği söz konusu olmayıp, ilkinde ad, ikincisinde ise hukuki şekil değişmektedir. Bu tür değişiklikler sonucu iş sözleşmelerinin devam edeceği açıktır.

c. Cebri İcra ve İflas Yoluyla İşyerinin El Değiştirmesi

İşyerinin cebri icra yoluyla haczedilerek bir başkasına satılması durumunda, işyeri cebri icra yoluyla el değiştirmekte olup, işyerinin bu yolla kazanılması İcra İflas Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. İcra İflas Kanunu uyarınca bir

5 Tekinalp, Poroy, Çamoğlu; Ortaklıklar ve Koopereatif Hukuku, s.108 vd.

6 Özkaraca, s.65 vd.

işyerini cebri veya ihtiyari açık arttırmadan alan kimse bu işyerini alacak ve borçlarıyla beraber iktisap etmektedir. Kanımca bir işyeri cebri icra yolu ile iktisap edildiği takdirde iş sözleşmelerinin devam edebilmesi için iktisap eden kişinin işyerindeki faaliyetleri, teknik amaca uygun olarak devam ettirmesi gerekmektedir. İflas yoluyla takip edilebilecek olan kişiler İcra İflas Kanununda sayılmıştır. İşveren iflasa tabi şahıslardan ise işverenin iflası istenebilecektir.

İş K. m.6'da da işverenin iflası dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin başkasına devredilmesi halinde altıncı maddenin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. (İş K. m.6/VI). Bir noktanın üzerinde özellikle durulması gerekir. Şöyle ki; işverenin iflası halinde iflasın açılması ile müflisin malvarlığına dahil olan bütün hak ve alacakları iflas masasına girmektedir. İflas idaresi İİK. m.210 uyarınca müflisin mağazalarını, eşya depolarını, imalâthanelerini, perakende satış dükkanlarını ve buna benzer yerlerini kapatır ve mühürler. Ancak iflas masası için yararlı olacağı anlaşılırsa iflas idaresi bu yerleri birinci alacaklılar toplantısına kadar kendi denetimi altında idare edebilecektir. Bunun sonucu olarak, iflas masasına dahil işyerinin mühürlenmeyip işletilmeye devam edilmesi halinde, iş sözleşmeleri sona ermeyecek ve iflas idaresi bu sözleşmelerin tarafı olacaktır. Bu durumda işçi alacakları zaten öncelikli alacak konumundadır.

d. Bölünme yoluyla Devir

Bölünme; Bir sermaye şirketinin, malvarlığının bir veya birden fazla kısmının bütün olarak, mevcut veya yeni kurulacak sermaye şirketi/şirketlerine devredilmesi, devredilen sermaye şirketinin ortaklarına, devralan sermaye şirketinin paylarının verilmesi, bölünen ortaklığın da kendi mal varlığı ile faaliyete devam etmesidir.

Mevcut Ticaret Kanunumuzda şirketlerin bölünmesi ile ilgili özel bir hüküm bulunmamakla birlikte 4684 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, Kurumlar Vergisi Kanununun 14. maddesinde değişiklik yapan 18. maddesinde sermaye şirketlerinin bölünme ve hisse değişimlerinin vergi hukuku yönünden prensipleri belirlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bölünme ile ilgili eksiklik giderilerek usul ve esaslarına dair hükümler kanuna da dahil edilmiştir.

Bölünme türleri Kurumlar Vergisi Kanunu ile düzenlenmiştir. Bunlar;

- Tam Bölünme
- Kısmi Bölünme

Kısmi bölünme yoluyla meydana gelen ortaklığın paylarını bölünen ana ortaklığın organlarının iktisap etmesidir. Bu halde ana ortaklığın organları, bölünme sözleşmesine veya planına göre ana katılma oranlarının korunduğu veya korunmadığı bir pay dağılımı düzeniyle yeni ortaklığın paylarının sahibi

olurlar⁷. Bölünme suretiyle oluşacak yeni ortaklığın paylarının tümünün bölünen ortaklığa tahsis olması ve diğer şirketlere devrolunması ile tam bölünme gerçekleşir. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve ünvanı ticaret sicilinden silinir.

İşyerinin yanında işyerinin bir bölümünün de devredilebileceği ve bu devrin de işyeri devri ile aynı sonuçları doğuracağı İş K. m. 6 ile açıkça düzenlenmiştir. İşyerinin bir bölümü, bir iş yerinde mal ve hizmet üretimine yönelik olan teknik amacın gerçekleştirilmesinde belirli bir payı olan ve işlevini ayrıldığı işyerinden bağımsız olarak sürdürebilecek bir organizasyon birimidir. İş K. m.6 işyerinin veya bir bölümünün başka birine devrini düzenlerken “hukuki bir işleme dayalı olarak” devir işleminin gerçekleştirilmesini esas almıştır. İşyerinin bir bölümünün devri daha çok bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştirilebilecektir. İşyerinin bir bölümünün devrine ilişkin bu sözleşme mevcut iş sözleşmelerine etki etmemekte ve devralan işveren, devreden işverenle arasında yapmış olduğu devir sözleşmesi geçersiz olsa bile mevcut iş sözleşmelerinin tarafı olmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu uyarınca da tam ve kısmi bölünme halinde, işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçeceği öngörülmüştür.

Öte yandan Ticaret Hukuku öğretisinde, isabetli olarak İş K. 6/IV maddesinde öngörülen, “Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.” biçimindeki düzenlemenin, şirketin tasfiyesiz olarak infisah ettiği tam bölünme halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir.

e. Tür (Nevi) Değiştirme

Ticaret ortaklıklarında tür (nevi) değiştirme, bir işletmenin bir hukuki biçimden diğer bir hukuki biçime çevrilmesi, yani hukuki ve ekonomik ayniyet ve devamlılığını sürdürerek başka bir tipte bir ticaret ortaklığı olarak uygun statü ve ünvanla ortaya çıkması olarak tanımlanmaktadır.

İş K. 6/IV maddesinde açıkça, tüzel kişiliğin tür değiştirme nedeniyle sona ermesi halinde, devreden ve devralan işverenlerin “birlikte sorumluluğuna” ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Bu şekildeki düzenlemenin sebebi ise ortada birlikte sorumlu tutulabilecek iki hak süjesinin bulunmamasıdır. Dolayısıyla, tür değişikliğine rağmen işveren değişikliğinin bulunmadığı, hukuki özdeşliğin devam ettiği hallerde bir işyeri devrinden söz edilemeyecektir. Kısaca, Limited Şirket Anonim Şirkete dönüşürken veya Anonim Şirket Limited Şirkete dönüşürken şirketin faaliyeti, malvarlığı, sermayesi, borçları ve işçileri aynen korunacak ve haklar zarara uğramayacaktır.

7 Tekinalp; Tek Kişilik Ortaklık, Vedat 2011, bölüm 7-18

4. İşyeri Devrinin Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

İşyerinin kısmen/tümden devri olgusunun iş ilişkisinin bireysel devri, alt işverenlik ve ödünç iş ilişkisi gibi benzer kavramlar karşısındaki konumunun tespiti uygun olacaktır. Zira böyle bir tutum, somut olarak karşılaşılan bir olayın birbirine benzerlik arzeden üçlü ilişkiden hangisine gireceği konusunda da önem taşır.

a. İşyeri Devrinin İş İlişkisinin Bireysel Devri ile Karşılaştırılması

İş ilişkisinin devri ifadesinden kasıt, bir işçinin iş ilişkisinin onunda rızasıyla mevcut işverenden başka bir işverene devredilmesi anlaşılır. Böyle bir olayda, işçinin sadece işvereni değil işyerinin de değiştiği görülür. Sözleşmenin devri / üstlenilmesi diye adlandırılan bu olguda, yeni işveren eski işverenin işçi karşısındaki sorumluluğunu üstlenmektedir. Üstlenin bu hukuki durum ise işçinin o ana kadar ki hizmet sözleşmesinin ve kıdeme bağlı haklarının muhatabı olmayı da sonuçlar.

b. Ödünç Verme ile Karşılaştırılması

İşyerinin kısmen veya tamamen devri kavramı, işçi ödünç verme ilişkisinden farklıdır. Zira işyeri devri o işyerinin bir başkasına kesin geçişini ifade ederken, ödünçte ödünç verilen işyeri değil sadece işçilerdir. Ödünç veren işyeri varlığını sürdürmekte olup ödünç süresince işçinin işyeri tümden değişmekte veya mevcut işyeri yanında belli sürede bir başkası da eklenmektedir. Ama bu durum ilgili işçinin işyerinin devredildiği anlamını vermemektedir.

c. Alt İşveren İlişkisi ile Karşılaştırılması

Alt işveren ilişkisinde de üçlü ilişki niteliği mevcuttur ve bir işverenin asıl işinin bir bölümünde belli gerçeklerle veya yardımcı işlerinde bir başka işverenin kendi işçileriyle yapmak üzere iş alması söz konusudur. Onun böylece iş alıp işçilerini çalıştırdığı yer asıl işverenin işyerinin coğrafi sınırları içinde olsa da alt işveren bağımsız bir işyeri olarak kabul edilir. Buna karşılık asıl işverenin ilk kez işyerinin bir bölümünü devrederek alt işverenlik kurmaya kalktığında, artık işyerini kısmen devralanın alt işveren mi olduğu yoksa kendi başına bağımsız bir işveren mi olduğu tartışılabilir. Nitekim öğretilerde işyerinin tümden / kısmen devri yoluyla alt işverenliğin kurulamayacağı da savunulmaktadır.

III - İŞYERİNİN VEYA İŞLETMENİN DEVRİ İLE İLGİLİ AB İLKELERİ

İş Kanunu m.6'da belirtilen işyeri ve işletmelerin tamamen veya kısmen devri halinde, işverenin de kendiliğinden değişmesi gerçeği karşısında, devreden işverene bağlı olarak çalışan işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan haklarının korunması için bunların özellikle güvence altına alınması zorunlu olmaktadır. Yasa koyucu bu konuda düzenleme getirirken öncelikle AB Hukukunu

dikkate alınmıştır. Bu konuda çıkarılan ilk AB yönergesi 14 Şubat 1977 tarihli ve 77 / 187 / EG sayılı Yönerge'dir. Bu Yönergeyi, ilk yönergede değişiklik getiren 29 Haziran 1998 tarihli 98 / 50 / EC sayılı Yönergesi izlemiştir. Daha sonra 12 Mart 2001 tarihinde 2001 / 23 / EG sayılı Yönerge ile daha önceki iki yönergenin hükümleri birleştirilerek yenilenmiştir⁸.

2001 tarihli 23 / EG sayılı Yönerge yürürlüğe konurken amacı belirleyen giriş kısmında, ekonomik gelişmelerin hem üye ülkelerde hem de AB bütününde işletmelerin yapılarında değişiklikleri zorunlu kıldığı, bu gelişmenin işletmelerin, işyerlerinin veya onların bölümlerinin bir başka işverene devrine veya bir başka işverenle birleşmesine yol açtığı, bu nedenle de işçilerin, işveren değişikliği karşısında korunmaları gerektiği ve özellikle sahip oldukları hakları talep edebilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Yönergede, işyerinin devri ve işletmenin devri kavramları açıklığa kavuşturulduktan sonra; özellikle devir sonrasında iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan işçi hakları ile devir nedeni ile yapılacak fesih işlemlerinin hukuki sonuçları belirlenmiştir.

Yönergenin 1. maddesinin a bendine göre, devir işleminin anlamı, bir işletmenin veya bir işyerinin temel ekonomik veya yan ekonomik amaçları gerçekleştirmek üzere organize edilmiş kaynakları ile ekonomik ayniyeti (bütünlüğü) korunarak bir başka işverene devridir.

Yönergenin 3. maddesine göre de, devreden işverenin, devir esnasında iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri devir nedeni ile devralan işverene geçer. Üye ülkeler dilerse devreden ve devralanın, devirden sonra, iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerden birlikte sorumlu olacaklarını kabul edebilirler. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre üye ülkeler dilerse devreden ve devralanın devir işleminden sonra, iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan devir öncesi yükümlülüklerden dolayı devir tarihinden itibaren birlikte sorumlu olacaklarını öngörebilirler.

Asıl önemli düzenleme Yönergenin 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre bir işletmenin veya bir işyerinin veya bunların bir bölümünün devri devreden ve devralan bakımından bir fesih nedeni oluşturmaz. Bu düzenleme, ekonomik, teknik veya organizasyona dayanan nedenlerle işin yürütümü ile ilgili faaliyetlerde değişiklik gerektiren hallere bağlı olarak yapılan fesihlere engel değildir.

Yönergenin 4/2.maddesi, devir işleminin işçi aleyhine değişiklik yaratması olasılığını dikkate alarak bu konuda özgün bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, devir işleminin iş koşullarında işçi aleyhinde değişikliklere yol açması,

8 Sarıyar Selçuk; Devir Nedeniyle Yapılan Fesih Makalesi; İstanbul 2008

iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin sona erdirilmesine neden olmuşsa iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilecektir.

Yönergenin bilgi verme ve danışma yükümlülüğüne ilişkin 7. maddesinin son fıkrasına göre de, işyerinde işçinin iradesi dışında işçi temsilcisi bulunmadığı durumlarda, doğrudan işçilerin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, üye devletler, işletme veya işyerinde ilgili işçilerin iradesinden bağımsız olarak işçi temsilcilerinin olmadığı durumda, ilgili işçileri şu hususlarda önceden bilgilendirilmesi gerektiğini öngörürler⁹:

- Devir zamanı veya devir için planlanan zaman,
- Devir nedeni,
- Devirin işçileri için hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları,
- İşçiler hakkında alınması düşünülen tedbirler (m.7/f.VI)

İşletme veya işyeri düzeyinde işçi temsilcisi varsa bu durumda bilgilendirme bu temsilciye yapılacaktır. (m.7/1).

Bu açıklamalardan çıkarılacak önemli bir sonuç, işyeri devri ile ilgili Yönergenin işyeri devrinden söz ederken, sadece ekonomik ayniyeti, bütünlüğü korunarak bir maddi ortamın devrini değil, bu maddi ortamla birlikte devreden ve devralanın iradeleri dışında orada çalışan işçilerin de devredilmiş olacaklarını kabul etmiş olmasıdır. Ancak belirtildiği gibi devir işlemi iş koşullarında işçi aleyhine değişikliklere yol açmışsa ve iş sözleşmesi bu nedenlere bağlı olarak işçi tarafından sona erdirilirse dahi gene de fesih işveren tarafından yapılmış sayılacaktır.

AB Adalet Divanı, verdiği kararlarla Yönerge doğrultusunda görüş oluşturmuştur. Buna göre, koşulların oluşması halinde (işveren ve işçi bakımından) devir işlemi ile birlikte iş ilişkisinin de kendiliğinden (ip iure) devredildiği gerçeği karşısında, işçilerin buna itiraz etme yetkilerinin olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü her işçinin işverenini serbestçe seçme hakkı temel bir haktır, farklı bir yorum işçinin temel haklarına aykırılık oluşturur. Doğal olarak böyle bir durumda işçiden iş sözleşmesini feshetmesi beklenmeyecektir.

Adalet Divanı da, Yönerge hükümlerinin iş ilişkilerinin devralan işverene geçişi açısından emredici nitelikte olduklarına karar vermiştir. Buna göre, Yönerge ile işçilere sağlanan hakların korunması, devreden veya devralan işverenin rızasına bağlı olmadığı gibi, işçilerin temsilcilerinin veya işçilerin rızasına bağlı değildir. Divan'ın yerleşik içtihatları uyarınca, Yönergenin amacı, işyerinde bir işveren değişikliğinin söz konusu olması halinde, işçilere, iş ilişkilerini devreden işverenle kararlaştırmış oldukları koşullarla, devralan işverenle sürdürme olanağı tanınarak işçilerin haklarının ve bu arada iş güvencelerinin korunmasıdır.

9 Özkaraca; İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, s.245 vd.

IV – İŞYERİNİN DEVRİNİN İŞ SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

1. Sözleşmenin Bütün Hak ve Borçlarla Devralana Geçmesi

İşyerinin veya bir bölümünün devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Hukukunda bu konuda açık bir düzenleme getiren ilk kanun hükmü olarak 4857 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1.fıkrası, işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla devralana geçeceğini amir bir hüküm olarak ifade etmektedir. Yasaya göre, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (m.6/f.1). İşyerinin devri ile birlikte, devralan işveren önceki işverenin işçilere karşı olan genel hak ve borç statüsünü üstlenmekte, iş ilişkisinden kaynaklanan tüm yükümlülüklerin borçlusu ve aynı zamanda tüm hakların da alacaklısı durumuna gelmektedir. Bu durumda, iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçtiğine ve devralan işveren devreden işverenin hukuki konumunu üstlendiğine göre, işyerini devralan işveren, sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, aynı zamanda işçinin devreden işveren yanındaki çalışması nedeniyle kazandığı haklardan da sorumlu olacaktır¹⁰.

Devralan işverenin, işçilerin devirden önce doğan alacaklarından da sorumlu olması, devir halinde iş sözleşmelerinin yasa gereği bütün hak ve borçları ile kendisine geçmesine ilişkin genel prensibin bir sonucu olmanın yanında, İş Yasası'nın 6. maddesinin devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğunu düzenleyen 3. fıkra hükmünün de bir gereğidir¹¹. Sözü edilen hükümde açık bir biçimde, işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlu oldukları, ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda işçinin devir tarihinden önce doğmuş bulunan sosyal hakları, bayram günlerinde çalışma ücreti, fazla çalışma ücreti ve tatil ücretleri gibi alacaklarından devralan ve devreden işveren iki yıl süreyle müteselsilen sorumlu olacaklardır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu tür işçi alacaklarından yeni işverenin sadece kendi dönemi için sorumlu olacağı gibi bir sonuç da çıkarılamaz. Devralan ve devreden işverenin aralarında yapacakları bir sözleşme ile devralan işverenin bu tür işçi alacaklarından sadece kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere sorumlu olacağını veya bu alacaklardan sadece devralan veya devreden işverenin sorumlu olacağını kararlaştırmaları, her ne kadar işçilere karşı ileri sürülemeyecek olsa da, taraflar arasında ge-

10 Güzel, Ali: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007,

11 Özkara, 352-353.

çerli olacaktır. İşçinin haklarının korunmasına yönelik bu emredici hükmün işçi zararına olarak değiştirilebilmesi mümkün olmamalıdır. Tüzel kişiliğin birleşmesi, katılma veya nev'i değiştirmesi ile sona ermesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. (İş K. m.6/IV)

Devir ile iş sözleşmelerinden doğan bütün hak ve borçlar devralan işverene geçtiğine göre devralan yeni işverenin işçilere karşı ücret ödeme, işçiyi koruma, eşit işlem yapma ve dinlendirme borcu gibi borçları doğarken buna bağlı olarak kendisi de işçiden işin görülmesini, talimatlara uyulmasını, sadakat borcuna ve yeri geldiğinde rekabet etmeme borcuna uygun davranılmasını talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, 4857 sayılı Yasa döneminde, devralan işverenin devirden önce doğan borçlardan sorumluluğunun kabulü için, bu hususta özel bir taahhütte bulunmasına gerek olmadığı gibi, BK.m.179 hükmünde öngörülen koşulların gerçekleşmesine de gerek yoktur. Devralan işveren, işyerinin devri sonucunda taraf olduğu iş sözleşmeleri nedeniyle gerek devirden önce gerek devirden sonra doğan tüm alacaklardan işçiye karşı sorumludur. Yargıtay içtihadının da bu doğrultuda gelişmesi yasal bir zorunluluktur¹².

2. Devreden işverenin sorumluluğu

a. Devir anında muaccel olan alacaklardan birlikte sorumluluk

İşyerinin devri halinde devralan işveren yasa gereği tüm hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmelerinin tarafı olurken; devreden işveren, devir ile birlikte iş sözleşmelerinin tarafı olmaktan çıkar ve gerçekleşen borçlu değişikliği nedeniyle kural olarak işçilere karşı her türlü yükümlülüklerinden de kurtulur. Ancak birçok yabancı hukuk sisteminde olduğu gibi, Hukukumuzda da devreden işverenin devir ile birlikte işçilere karşı her türlü borcundan da kurtulması uygun görülmemiş ve kendi döneminde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumluluğunun belirli bir süre devam etmesi kabul edilmiştir.

Hukukumuzda da kanımızca isabetli olarak, devreden işverenin kendi döneminde gerçekleşen haklardan sorumlu olmaya devam edeceği öngörülmüştür. İş Yasasına göre, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (m.6/f.III). Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (m.6/f.IV). Öncelikle, devreden işverenin tüzel kişi olması ve devir sonucunda bu tüzel kişiliğin ortadan kalkması durumunda, ortada birlikte sorumlu tutulacak iki işveren bulunmadığından, birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmaması son derece doğaldır.

¹² Özkaraca, 406-407, 419-421.

Yasadaki düzenleme dikkate alındığında, devreden işverenin işçilere karşı devralan işverenle birlikte sorumluluğunun, devir tarihinde muaccel olan alacaklar açısından söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Zira, Yasada borcun devirden önce doğmuş olması ve devir tarihinde ödenmesinin gerekmesi aranmıştır. Bu durumda devir tarihinde muaccel olan (ücret, fazla çalışma ücreti, ikramiye gibi) borçlardan dolayı devralan işveren sorumlu olduğu gibi, devreden işveren de devralan işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Öğretide belirtildiği gibi, Yasada kullanılan “birlikte sorumluluk” ifadesi müteselsil sorumluluk olarak anlaşılacaktır.

İşyerinin devri halinde, iş sözleşmesi devralan işverene geçen işçinin bir alacağından işverenlerin birlikte sorumlu olup olmadıklarının tespitinde, bu alacağın işçinin hizmet süresinin esas alınarak hesaplanan bir alacak olup olmamasının önemi yoktur. Başka bir deyişle, devralan işveren, işçinin gerek devirden önce gerek devirden sonra muaccel olan tüm alacaklarından, bunların işçinin hizmet süresinin esas alındığı alacaklar olup olmadığından bağımsız olarak sorumludur. Devreden işveren de, yine hizmet süresinin esas alındığı bir alacak olup olmadığından bağımsız olarak, işçinin devir tarihinde muaccel olan alacaklarından, devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile devralan işverenle birlikte sorumludur (m.6/f.III)¹³. Devreden işverenin devir tarihinde muaccel olan alacaklardan müteselsil sorumluluğu için öngörülen iki yıllık süre bir zamanaşımı süresi olmayıp hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu nedenle, öğretide, fazla çalışma ücretinin işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklardan olmamasına dayanılarak savunulan, fazla çalışma ücretlerinden işverenlerin müteselsilen sorumlu olmadıkları, her işveren kendi dönemiyle sınırlı olarak sorumlu olduğu yönündeki görüşe katılmakta kanunun lafzına aykırı düşmektedir.

b. Devreden işverenin devirden sonra doğan alacaklardan sorumlu olmaması

Devreden işveren, devir tarihinde muaccel olan alacaklardan birlikte sorumlu iken, devirden sonra doğan veya muaccel olan - kıdem tazminatı dışındaki- alacaklardan dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu alacaklardan tek başına devralan işveren sorumludur. Devreden işverenin birlikte sorumluluğu, İş Yasası m.6/f.III’de devir tarihinde muaccel olan alacaklara özgülenmiştir. 1475 sayılı İş Yasası döneminde de kabul edilen bu sonuç, son derece doğal olup, devirden sonra doğmuş işçilik alacakları açısından, işyerinin devri ile iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkan devreden işverenin, kendi döneminde gerçekleşmemiş işçilik alacaklarından sorumlu tutulması düşünülemezdir.

13 Özkaraca, 410 vd.

İşyeri başka birine devredildiğinde, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri sona ermeyip, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçtiğinden, ihbar tazminatına hak kazanmak için aranan fesih koşulu gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla, devreden işverenin devralan işverenle birlikte sorumluluğu için öngörülen, devir tarihinde muaccel olma koşulu da ihbar tazminatı açısından evleviyetle gerçekleşmeyecektir. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, ihbar tazminatı ancak iş sözleşmesinin fesih bildirimini sürelerine uyulmaksızın feshi tarihinde doğan ve muaccel olan bir alacaktır. Bu durumda, devirden sonra iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından feshi üzerine işçinin hak kazanabileceği ihbar tazminatından, tek başına devralan işveren sorumlu olacaktır.

İşyeri devrinde ihbar tazminatından sorumluluk konusundaki esaslar, yıllık izin ücretinden sorumluluk açısından da geçerlidir. İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin haklarına ilişkin ücret alacakları, iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelir (m.59). Devirle birlikte iş sözleşmesi sona ermediğinden, işçinin devirden önce hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin haklarına ilişkin ücretler, devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklar kapsamında yer almazlar. Bunun sonucu olarak, devirden önceki dönemde kullanılmayan yıllık izin haklarına ilişkin ücretlerden, devreden işverenin herhangi bir sorumluluk taşımadığı, bu alacaklardan sadece devralan işverenin sorumlu olduğu kabul edilecektir.

3. İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin feshi

İş K. m.6 ile AB müktesebatına uygun olarak devreden veya devralan işverenin sırf işyerinin veya bir bölümünün devrinden dolayı iş sözleşmesini feshedemeyecekleri ve devrin işçi yönünden iş sözleşmesinin feshi için haklı neden sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kaldı ki işyeri veya bir bölümünün devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan yeni işyerine geçerek varlığını koruması karşısında devir nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, Kanun açıkça düzenlemeseydi bile, kabul edilmesi gereken normal bir hukuksal sonuç olurdu. Devir sözleşmesiyle tarafların, işyerinin işçileri ile birlikte devrini kararlaştırabilecekleri gibi eski işveren tarafından işçilerin iş sözleşmelerine son verilme suretiyle işsiz olarak devrini de kararlaştırabileceklerinin kabulü İş K. m.6/V ile artık çok zorlaşmıştır. Kanun salt işyeri devrini fesih için geçerli neden olarak kabul etmemiş fakat devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepler veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih haklarının ve de işveren ve işçinin haklı nedenle fesih haklarının saklı olduğunu düzenlemiştir.

Uygulamada, işyeri devirleri gerçekleştirilirken işçilerin iş sözleşmeleri, devreden işveren tarafından devirden önce feshedilirken belirlenmesi zor teknolojik sebeplere ve organizasyon değişikliğine ya da işletme, işyeri veya işin gereklerine dayanılarak gerçekleştirilecektir. Bu durumda feshin geçerli bir

nedene dayanmadığını iddia eden işçi, iş mahkemelerine başvuracak, bu bağlamda işletme, işyeri veya işin gereklerinin ve de özellikle teknolojik sebeplerin belirlenmesi açısından yargı kararları çok önemli bir paya sahip olacaktır.

Kanunda devrin, işçi yönünden fesih için haklı neden oluşturmayacağı ifade edilmektedir ki bu, işverenler yönünden haydi haydi böyledir. Buna karşılık işçi ve işverenlerin devir halinde, haklı nedenlerle iş sözleşmelerini fesih haklarının saklı olduğu Kanunda belirtilmiş olduğu gibi Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da 5.m.nin1. fıkrası hükmünün yorumundan devir halinde işçinin süreli fesih hakkının saklı olduğu kuşkusuzdur.

İşyeri devrinin, başlı başına değişiklik feshine yol açabilecek, işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik (İş K. m.22) olarak değerlendirilmesine de olanak yoktur. ancak devirden sonra çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ortaya çıkmışsa, örneğin vasıflı bir işçi bu niteliği taşımayan bir işe verilmişse, bu durum yeni işverenle devam eden iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı esaslı değişiklik anlamına gelir ve İş K. m.22’de düzenlenen değişiklik feshinin koşulları ortaya çıkar.

İş Kanunu’nun 6. maddesinin 5. fıkrası devreden ve devralan işverenlerin süreli fesih hakkını da sınırlandırmıştır. Adı geçen fıkra “Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez” denilmek suretiyle salt devir nedenine dayanan süreli fesihler de yasaklanmıştır. Başka bir anlatımla salt işyerinin devri olgusu süreli fesih için başlı başına geçerli bir neden sayılmayacaktır. Bu hüküm karşısında devreden ve devralan işverenlerin uygulamada görüldüğü gibi işyerinin işçisiz olarak devri konusunda anlaşmaları mümkün değildir. Aksi taktirde bu nedene dayanan fesihler geçersiz fesih sayılacaktır.

Buna karşılık İş K. m. 6/5’te “ Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları... saklıdır” denildiğinden, devir dışında hükümde belirtilen geçerli nedenlerin birinin varlığı halinde süreli fesih hakkı kullanılabilir. Bu durumda devreden işverenin örneğin ekonomik açıdan güç durumda olması veya devralma işyerinde bir reorganizasyonun veya teknolojik değişikliklerin gerekli bulunması halinde söz konusu işverenler geçerli bir süreli fesih yapabilirler.

İşyerinin devri işçi açısından haklı bir derhal fesih nedeni oluşturmamasına karşın bu durumda işçinin İş K. m.17 uyarınca süreli fesih bildiriminde bulunmasına herhangi bir engel yoktur. Ancak, işyerinin devri nedeniyle iş sözleşmesinin İş K. m. 17’ye göre fesheden işçi bu durum haklı bir fesih nedeni (m.24) sayılmayacağından kıdem tazminatı talep edemez. (1475 s.İş K.)

4. Devrin Kıdem Tazminatına Etkisi

İşyerinin devri halinde iş sözleşmesi, kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde olmak bir yana, hiçbir biçimde sona ermiş sayılamayacağından, devir işlemi ile ne devreden ne de devralan işveren açısından kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmaktadır¹⁴. Yargıtay'a göre de "Devirle birlikte davacının hizmet akdi devralan işverene geçmiş olur. Böyle olunca ihbar ve kıdem tazminatı hakkı doğmaz. Bu husus gözetilmeksizin işyerini devreden önceki işverenin bu aşamada kıdem tazminatından ve ihbar tazminatından sorumlu tutulması doğru değildir." İş sözleşmesi devralan işverenle devam eden işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, ancak iş sözleşmesinin bu işveren döneminde kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermesi halinde mümkün olabilir. Sadece İş Kanunu m.6/f.III hükmü dikkate alındığında, böyle bir durumda, devir tarihinde muaccel olma koşulu gerçekleşmediğinden, devreden işverenin işçinin ileride hak kazanacağı kıdem tazminatından herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılabilir.

Ancak kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Yasası m.14/f.II hükmü, işyeri devrinde kıdem tazminatından sorumluluk konusunda özel hüküm niteliğindedir ve bu hükmün uygulanması gerekir. Söz konusu hükme göre, "İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak iş yerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolunmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur" (1475 sy. K. m.14/f.II).

İşçinin iş sözleşmesi, kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erdiyse, devralan işveren, kıdem tazminatını son ücret üzerinden ve işçinin önceki işveren nezdinde çalıştığı süreyi de nazara alarak tüm hizmet süresi üzerinden hesaplayarak ödemek zorundadır. Hizmet sürelerinin birleştirilebilmesi için devreden işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin devir tarihinde kıdem tazminatı ödenmek suretiyle sona erdirilmemiş olması gerekir. Ancak İş Kanunu m.6 ile getirilen düzenleme uyarınca salt işyeri devri, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi için geçerli veya haklı bir sebep oluşturmadığından işyeri devrine dayanılarak işçilerin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatı ödenerek sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır.

14 Çelik, 308; Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri, 441

SONUÇ

Sonuç itibariyle; İşyeri devrinin iş sözleşmelerine etkisi 4857 sayılı İş Kanunu ile hayat bulmuş olup Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddeleri ile de Yargıtay kararları ile de bu konuda uygulama getirilen açık hükümle netleştirilmiştir.

Günümüzde serbest piyasanın etkileri ile birçok yeni işyerleri kurulmakta, ortaklıklar kurmakta, ortak fayda için birleşmekte ve işyerini veya bir bölümünü devrolunmaktadır. Zira, işyerinin veya bir bölümünün bir başka işverene devredilmesinde, sözleşme ve girişim özgürlüğü açısından bir engel bulunmamaktadır. Şirketler, Türk Ticaret Kanunu'ndan doğan birleşme ve bölünme haklarını vergisel menfaatler için yaptıkları gibi, piyasa da büyüme, ihalelere katılım ve strateji amacıyla da yapmaktadırlar. Bu süreçte konumuza esas olan işçilerin mevcut haklarının korunarak iş güvencesinin sağlanmasıdır.

İşçi haklarının korunması, iş sözleşmelerinin akıbeti, devreden ve devralan işverenlerin ne gibi hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu kuşkuya yer vermeyecek şekilde, olması gerektiği yerde, İş Kanunu'nda ele alınmış, Borçlar Kanunu ve Yargı kararları ile sürdürülen uyumlaştırma çabası, 4857 sayılı İş Kanunu ile daha da düzenli hale getirilmiştir.

KİSMİ BELİRSİZ ALACAK DAVASI AYRIMI ÜSTÜNE BİR İNCELEME

Av. Kayhan ÖZEL¹

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, eski köye yeni adetler misali birçok yeni müessese getirmiş bulunuyor. Diğer bütün “yeni” Kanunlarda olduğu gibi, hemen bütün hukukçular bir gecede “ümmi” hale geldiğinden bu yeni kurumların neler olduğu, nasıl uygulanacağı, gerek bilim adamları, gerekse mahkemeler tarafından tartışılmak gerekmiştir. Elbette bu tartışmalara, hiç değilse şimdilik, nokta koyacak merci Yargıtay olduğundan yeni içtihatları da dikkatle takip etmek gerekiyor. Bu takip sonucunda da ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için bu tereddütleri tartışmaya açmanın yararı tartışılmaz.

İşte Kanun’un getirdiği yeni müesseselere örnek olarak “kısmi dava”-“belirsiz alacak davası” kavramlarını irdeleyen bir Yargıtay kararını konu etmek istiyoruz.

Bu yazı bir Yargıtay Kararı eleştirisi değildir. Sadece Yargıtay Kararında varılan yoruma bir başka açıdan da bakılıp bakılamayacağına ilişkin bir denemeden ibarettir.

Söz konusu karar, T.C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 27.02.2012 tarihli ve 2012/1757 Esas, 2012/5742 Karar sayılı kararıdır. Bu karardan anlayabildiğimiz kadarı ile davacı, iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshi nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatları ile ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmesini talep etmiş ve bu talebini, evvelden beri bildiğimiz ve yaptığımız gibi, fazlaya ait haklar saklı tutularak ihbar için 500,00 TL, kıdem için 1.000,00 TL ücret için 1.000,00 TL ve fazla çalışma için 500,00 TL’nin tahsilini istemiştir. Her ne kadar kararda “...*davalı işverenden tahsili amacı ile kısmi dava açmıştır.*” denilmekte ise de “kısmi dava” ya ilişkin vurgulamanın dava dilekçesinde açıkça tasrih edildiği yolunda bir bilgiye sahip olmamakla birlikte genel teamül olarak avukatların bu kadar “teorik” taleplerde bulunmadığını bildiğimizden belki bir yoruma dayalı olduğu da söylenebilir.

Yerel Mahkeme, davacının alacağın tamamını bildiği halde HMK 109/1 maddesi anlamında kısmi dava açtığı, maddenin ikinci fıkrasına göre alacak açıkça belli olduğundan kısmi dava açılmayacağı, neticeten davacının hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceğinden usulden davanın reddine karar vermiştir.

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Temyiz edilen kararın Yargıtay'ca incelenmesinde, uyuşmazlığın niteliği üzerinde durularak “kısmi dava”nın irdelendiği ve buna göre sonuca gidildiği görülmektedir.

Kararda, “Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünün değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir” açıklaması yapıldıktan sonra kısmi davanın şartları ve açılabilme koşulları sayılmıştır. Nitekim “Dava konusu alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir. Keza alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak **belirsizdir**. Diğer taraftan, işçilik tazminat ve alacaklarının belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir. İşçilikte bu hesabın unsurlarında hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Keza yıllık izin ücreti dışında çalışma olgusuna bağlı diğer işçilik alacakları muaccel oldukları tarihteki ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tarafından tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın(talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır.” açıklamalarına yer verilerek hemen bütün iş uyuşmazlıklarında dava ve talep konusunun “**belirsiz**” olduğu sonucu son derecede doğru olarak vurgulanmaktadır.

Yargıtay bu sonuca ulaştıktan sonra, olayı yine HMK'nın 109. Maddesinde tanımlanan kısmi dava olarak nitelendirmiştir. Kararda, “Davacının istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olamayabilir. Hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren bu durumda davacı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava yoluna başvurabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde ek dava yolu ile ayrı bir davada isteyebileceği gibi, aynı davada ıslah suretiyle dava ettiği miktarları arttırarak talepte bulunabilir.” denilmektedir. İşte asıl nitelendirme sorunu burada ortaya çıkmakta, davanın HMK'nın 109. maddesinde tanımlanan ve alacaklıyı ıslah veya yeni davaya zorlayan kısmi dava mı, yoksa aynı Yasa'nın 107. maddesinde tanımlanan belirsiz alacak davası mı olduğu noktası önem kazanmaktadır.

İlk önce şunu vurgulayalım ki, davacının kısmi davada “haklarını saklı tutarak” dava açması, maddenin düzenlenmesinden de kolayca anlaşılacağı üzere gerekli bulunmamaktadır. Gerçekten, maddenin 3. fıkrasında belirlendiği üzere, “*Dava açılırken talep konusunun kalan kısmından **açıkça feragat edilmiş olması hali dışında**, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.*” Böylece bu hüküm ile Yargıtay’ın bu güne kadar olan içtihatlarının aksine bir kural konulmuş olmaktadır. (KURU, BUDAK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, 2011/5, sh.12) Bu nedenle kısmi dava için ölçüt kabul edilen “fazlaya ait hakların saklı tutulması” kriteri güncelliğini kaybetmiş bulunmaktadır. O halde bir davada bu yolda bir talepte bulunulması, davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesine esas olamayacağı gibi aksine davranış da kısmi dava olamayacağını göstermeyecektir.

Bilindiği gibi iş davalarında en önemli husus, talep konularının ister iş ilişkisinden doğan ücret, fazla çalışma, yıllık izin ücret, ihbar ve/veya kıdem tazminatları vs. gibi alacaklardan, isterse iş kazalarından doğan maddi tazminat taleplerinden oluşsun, yukarıda Yargıtay kararında da isabetle belirtildiği üzere tam ve kesin olarak veya kanunun deyişi ile taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olmadıklarından kısmi davaya konu olacaklarına kuşku yoktur.

Ancak bu tabiri kullanmakla birlikte kastettiğimiz 109. maddedeki “kısmi dava” olmayıp 107. maddedeki “belirsiz alacak” davasıdır. Gerçekten, Yargıtay kararında ve yukarıda atıfta bulunulan makalede de vurgulandığı gibi, “*HMK, kısmi davaya ilişkin genel hüküm olan 109. madde hükmü yanında **kısmi davanın bir türü olarak “belirsiz alacak davası”** müessesesini ihdas etmiştir. ...Bu kanun hükmünün pratik sonucu özellikle tazminat davalarında görülecek; dava tarihinde (hesap güçlüğü ya da zarar verici durumun gelişmekte olması dolayısıyla) zararının miktarını tespit edemeyen davacı, davasını küçük bir tutarla açarak, daha sonra (zarar tutarını belirlemek mümkün hale gelince) **ıslah yoluna başvurmadan** talebini arttırabilecektir. Kanun hükmünde açıkça ifade edilmemekle birlikte, belirsiz alacak davasının açılmasının **zamanaşımının alacağın tamamı için kesilmesi sonucunu doğuracağını da kabul etmek gerekir.***” (Agm. Sh.13) Acaba aynı sonucu, “faiz talepleri için de öngörebilir ve belirsiz alacak davalarında ıslah ve yeni bir dava söz konusu olmadığına göre bütün alacak için faizin ilk dava tarihinden itibaren yürümesi gerektiği sonucuna ulaşabilir miyiz? Bana bu, çok mümkün gözüküyor. Eğer davacı iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmuyor ve ilk dava zamanaşımını kesiyor ise, faizin de başlangıcı sayılmalıdır.

Bu madde ile kanun koyucunun amacının, özellikle iş ve tazminat davalarında kangren halini alan ıslah, zamanaşımı ve faiz konularındaki tartışmaları kökten çözmeye yönelik bir çözüm getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Böylece,

davacı eskiden olduğu ve şimdi HMK 110. maddesi ile vücut kazanan “davaların yığılması” ilkesine bağlı olarak aynı hizmet akdinden doğan bütün taleplerini tek dava ile isteyebilecek, özellikle iş davalarında her halükarda tartışmalı ve belirsiz olan talep/leri için bilebileceği asgari bir değer belirlemek şartı ile ileri sürebilecek ve tahkikat sonucunda değer in tam ve belirlenebilir olduğu anda, artık ıslah ve/veya yeni bir dava, zaman aşımının kesilmesi ve faizin başlangıcı gibi itirazlarla karşılaşmaksızın talep/lerini arttırabilecektir. Davacı elbette, (bana göre 109/son fıkra olması gerekirken) 107/son fıkrada ifadesini bulan düzenlemeye göre dilerse kısmi eda davası (109/1) yanında veya ayrıca tespit davası da açabilecektir. Ancak Kanunun düzenlemesine göre 107. Maddeye göre açılan davalar özü itibariyle bir tespit de ihtiva ettiğinden, yasal olarak mümkün olsa bile (hasım tespitine ilişkin olanlar hariç) pratik olarak bir yarar elde edilemeyeceği kanaatindeyim.

Şimdi asıl ihtilaf, davadaki taleplerin “belirsiz alacak” konusunu teşkil ettiğinin açık olmasına rağmen davanın sehven kısmi dava olarak açılması halinde ne yapılacağı noktasında toplanmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, çok açık bir talep yoksa bir kısım hakların saklı tutulduğuna dair ibareler davanın mutlaka kısmi dava olduğunu kanıtlamaz. Bu gibi hallerde Kanun'un 107. maddesinin 2. fıkrasının ve özellikle anılan Yargıtay kararının belirlediği çerçeve içinde davranmak ve “karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu” hallerde davanın, özellikle iş ihtilafına dayalı talebin veya Kanunun 110. maddesine uygun olarak yığılan taleplerin belirsiz alacak davasına konu olduğunun kabulü uygun olacaktır. Özellikle davanın bir vekil tarafından değil doğrudan işçi tarafından açıldığı hallerde bu kabul bir zorunluluk değildir.

Davanın, bir vekil tarafından, açıkça belirtilerek (eski tabiri ile hasredilerek), kısmi dava olarak açılması halinde (ki, hukukçularımızın niteliği itibariyle böyle bir olasılığa imkân vermiyoruz), bu kere hâkimin taleple bağlı olması ilkesinden hareketle, yukarıda sözü edilen Yargıtay Kararında zikredilen hususların geçerli olduğu ve özellikle kararın “2. Kabule göre ise” başlıklı bölümünde açıklanan HMK 119/2 ve 115/2 maddelerinin hâkim tarafından uygulanmasına olanak sağlanması yolundaki son derecede önemli gerekçelerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamakla yetiniyoruz.

Bu Yargıtay kararı ile HMK'nın yürürlüğünden, hatta daha öncesinden tartıştığımız; “*ücret bilindiğine göre geriye kalan dört işlemde ibarettir*” gerekçesi ile işçilik alacaklarının esasen biliniyor ve/veya bilinebiliyor olduğu savından hareketle ister 109. maddeye göre açılacak kısmi, ister 107. maddeye göre açılacak belirsiz alacak davalarının reddedileceği endişesi sona ermiş ve işçi alacaklarının belirsiz alacak veya kısmi davaya konu edilemeyeceğine ilişkin görüşler de arkada bırakılmış bulunuyor. İşçi alacakları davalarının

işçilere, “ıslah zorunluluğunun olmaması, zamanaşımının kesilmesi ve faiz talepleri” yönünden sağlayacağı ciddi yararlar ve ayrıca dava ekonomisi bakımından “**belirsiz alacak davası**” olarak kabulüne dair görüşümüz² saklı kalmak kaydı ile Yargıtay Kararının ciddi bir çözüm getirdiğini belirtmek durumundayız. Bu görüş, 107. maddenin gerekçesinde zikredilen, “*Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği **miktarı asgari olarak bilmesine** ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. ...Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için **klasik kısmi davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir.**” biçimindeki vurgulama ile de örtüşmektedir.*

2 Aynı görüşte, Dr. Mustafa KILIÇOĞLU, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul-2012 Sh.584 “...Sayılan tüm bu nedenlerle iş hukukunda tazminat ve alacak kalemlerini belirsiz alacak kalemi olarak kabul etmek isabetli olacaktır.”

4857 SAYILI KANUN'A GÖRE ÜCRETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Av. Önder İbrahim YILDIRIM¹

ÜCRETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

GİRİŞ

Ücret, işçinin çalışmasının karşılığıdır. İşçi, işverenin emir ve talimatlarına uyarak iş görecektir ve bunun karşılığında kendisine uygun bir ücret ödenecektir. Ücret, kimi zaman iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında belirlenmiş olabilecektir kimi zaman ise iş ilişkisi başladıktan sonra da işçini belirlenebilecektir.

Ücret; işçinin çalışacağı işyeri, işvereni için göreceği iş ve bu iş için ne kadar süre emek harcayacağı konuları gibi çalışma koşullarından biridir. Dolayısıyla bunlardan birinin değiştirilmesi, çalışma koşullarının değiştirilmesi anlamına gelir.

İşverenler, yönetim haklarından hareket ederek, işin düzenlenmesi konusunda işyerinde bazı değişikliklere gidebilirler. Yönetim hakkı, işçinin borçlarına ilişkin bir haktır ve bu borçların hangi koşullarda ifa edileceğini düzenlemek için kullanılır. Ücret ise işverenin borcudur ve kendi borcunu yönetim hakkına dayanıp tek taraflı olarak değiştirebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle ücretin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliktir ve ayrıca diğer çalışma koşullarına göre değiştirilmesi katı kurallara bağlanmıştır.

ÜCRETİN BELİRLENMESİ

İş ilişkisi, işçinin iş görmesi karşılığında işverenin ücret ödemesi şeklinde yalnız bir şekilde tanımlanabilir. Ücreti işçi ile işveren sözleşme serbestisi ile kendi aralarında belirleyebilecekleri gibi, Kanun, Yönetmelik veya Tüzük gibi mevzuat hükümleri ya da Toplu iş sözleşmelerinin belirlemesini kararlaştırabilirler. Bunun yanında iş sözleşmesinin eki niteliğinde olan personel yönetmeliği, işyeri iç yönetmeliği veya işyerinde süregelen işyeri uygulamaları gibi kaynaklarla da ücret belirlenebilmektedir.

Anayasa, Kanun, Yönetmelik ve Tüzüklerle Ücretin Belirlenmesi

Anayasal normlar; özellikle ekonomik hayatta çeşitli hükümlerle çerçeveler çizerler ve bireylerin bu yönde hareket etmesini; mutlak emredici normlara aykırı işlem yapılmamasını sağlarlar.

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Anayasal normlardan sonra, kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde büyük rol oynamaktadır. İş hukuku hükümlerinin büyük çoğunluğunu, emredici hukuk kuralları oluşturmaktayken ve bunlardan çok az bir kısmı mutlak emredici nitelikteyken, büyük çoğunluğu nisbi emredici niteliktedirler. Sosyal kamu düzeni hükümler ya da diğer bir tabirle nisbi emredici hükümler olarak adlandırılan² normlarla işçi hakları açısından bir alt sınır çizilerek, bireysel iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile bu sınırın üzerine çıkılabilsede altına inebilmek, kanunun nisbi emredici yapısıyla bağlantılı olarak mümkün gözükmemektedir.³ Örnek olarak asgari ücretin altında olacak şekilde bir ücret belirlenemezken bu ücretin 5-6 katı kadar ücret ödemesi kararlaştırılabilmektedir. Mutlak emredici kurallara örnek ise; iş güvencesi hükümleri uygulanırken işe iadesine karar verilen işçinin başvurusu üzerine işe başlatmayan işverenin ödeyeceği en az dört en çok sekiz aylık iş güvencesi tazminatı da -mesela on aylık ücret tutarında- olamamaktadır.

Toplu İş Sözleşmesi

Taraflar (işçiler ve işverenler) kolektif düzeyde, çalışma koşullarını belirleyen toplu iş sözleşmelerini imzalarlar. Bu sözleşmelerle, bireysel iş sözleşmeleri normatif olarak emredici hükümler getirmek suretiyle objektif nitelikte kurallar koyarlar.

Toplu iş sözleşmesinin emredici hükümleri; bireysel iş sözleşmesi taraflarına tanınan sözleşme serbestisini sınırlar. Özellikle çalışma koşulları bağlamında önemli kurallar getirilir. Örneğin; ücretin eki niteliğinde olan ikramiyenin yılda 4 kere bir aylık ücret tutarında olacağı kuralı toplu iş sözleşmesine konulabilir.

Toplu iş sözleşmelerinin, çalışma koşullarını düzenleme açısından önemi ise; sadece geçerlilik sürelerinde değil, geçerlilik süreleri sona erdikten sonra yeni bir toplu sözleşme yapılana kadar çalışma koşullarının varlığını devam ettirmeleridir. 2822 Sayılı Kanun md.6 ile çalışma koşullarının işçi lehine değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olması kuralı getirilmiştir.

Toplu iş sözleşmesi grev lokavt kanunu getirilmeden önce Borçlar Kanunu md. 316 – 317 hükümleri mevcuttu. Bu hükümler; sendikacılık faaliyetlerinde bulunamayan fiili işçi topluluklarının çalışma şartları konusunda başvuracağı bir nokta olarak görülmekteydi. İşveren çalışma koşullarını sözleşmeden önce ve yazılı olarak işçiye bildirmesi hükmünü içeren ve sonuçlarını anlatan bu madde; 275 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle önemini yitirmiştir. Toplu iş sözleşmesi hükümleri; normatif anlamda daha özel düzenleme olduğundan BK hükümlerinin üzerinde yer alacaklardır. Bu düzenleme 275 Sayılı Kanun ile getirilmiştir.

2 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.11.

3 Y9HD, 25.06.2009 E.2009/9029, K.2009/18124 İBB. Y9HD, 26.05.2008 E. 2007/20517, K. 2008/12438 İBB.

İş Kanunu md.22'de işveren, çalışma koşullarında değişiklik önerisi yaparken, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan Anayasa, kanun veya toplu iş sözleşmelerinden doğan durumlara dokunmamaktadır. 22. maddede; anayasa, kanun ve toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının sayılmamış olması; aslında işverenle işçinin zaten bu koşulları değiştirmeye yetkin olmadıklarından ileri gelmektedir.⁴

İş Sözleşmesi

İş hayatında; görülecek her iş, farklı koşulları, farklı yetenekleri dolayısıyla işverenin bu edimler karşılığında farklı ücretleri ödemesini gerektirebileceğinden ücret konusunda bir bakıma asli kaynak bireysel iş sözleşmeleri olacaktır. Çünkü Anayasa veya yasalar çalışma hayatını düzenleyip bir çerçeve çizmekle yetinerek, gerisini sözleşme serbestisi içinde işlem yapmaları için işveren ve işçiye bırakmaktadırlar. İşçi yapacağı işi, işverene taahhüt edeceği edimi(işi) ifa ederken bunu nerede ve hangi zaman diliminde yapacağını, bunun karşılığında alacağı ücreti iş sözleşmesi zemininde işverenle ortak irade ile belirleyecektir.

Uygulamada bu sıkıntılar mevcut olsa da İş Kanunu md. 8/son'unda; *"yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ve haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur"* şeklindeki hükümle etkisi "deryada bir damla" gibiyse de bu zorluklar aşılmaya çalışılmıştır.

Yazılı olup da yeterli içeriğe sahip olmayan ve yüzeysel olan sözleşmelere İş Kanunu md.8/son uygulanmamaktadır. Çünkü maddede sadece *yazılı olmayan durumlardan* bahsedilmektedir. Bu düzenleme ile çalışma koşulları konusunda yazılı olarak yetersiz kalan sözleşmelere önlem alabilmek, çalışma koşullarını tespit edebilmek zor bir noktada tıkanabilmektedir.

Personel Yönetmeliği ve İşyeri İç Yönetmeliği

Genel olarak ücret, personel yönetmeliği gibi bir tali kaynağa bırakılmamaktadır. Ancak İş Hukukunda ücret kavramı, yalnızca işgörme edimi karşılığında ödenen maaş şeklinde düşünülmez keza yıl içinde verilen ikramiyeler, yakacak yardımı, eğitim yardımı, jestiyon gibi ücret eki niteliğinde olan kazançları da kapsamaktadır. İşte Personel Yönetmeliği ve İşyeri İç Yönetmelikleri genelde saydığımız ücret eki niteliğinde olan kazandırmaları göstermektedir.

4 ŞAKAR, s.422.

Sanayileşme ile beraber, ihtisaslaşma gelmiş ve artık işverenler, iş sözleşmesi aşamasında işçi ile pazarlık yapmama yoluna gitmişler, bunu yerine önceden hazırladıkları, genel ve soyut kurallar içeren personel yönetmeliği ya da işyeri iç yönetmeliği şeklinde isimlere sahip düzenlemelerin işçi tarafından imzalanmasını talep etmektedirler. O bakımdan bu saydığımız kaynaklar da ücretin belirlenmesi konusunda büyük öneme sahiptirler.⁵

İşyeri Uygulamaları

İşveren, kanuni veya akdi bir zorunluluk olmadan işyerinde süregelen bir takım fiili davranışlar göstererek işyeri uygulamaları adı altında çalışma koşullarının belirlenmesinde etkili rol oynamaktadır.⁶

Almanya'da bunun klasik örneği olarak, işverence herhangi bir koşula bağlanmaksızın işçilere her Noel'de verilen ikramiye gösterilmiş ve arka arkaya üç yıl süren bir uygulamadan sonra bunun verilmemesi halinde, işverenin bunu istemiş olup olmadığı araştırılmaksızın, aynı koşullarla verilmesine devam olunması gerektiği kabul edilmiştir.⁷İsviçre Hukuku'nda da aynı sonuca varılmıştır.⁸

Özel günlerde(bayram, yılbaşı vb.) işçilere ücretlerinden, ikramiyelerinden veya ödenen diğer nakdi eklerden başka bahşış verilmesi ülkemizde yaygın bir uygulamadır. İşverenin yaptığı bu ödeme, işyeri uygulaması olarak hukuki değer kazanması, bu durumun o işyerinde "uygulanagelen" bir durum olmasından geçer. Şöyle ki; 2007,2008 ve 2009 yıllarında Kurban Bayramında işçilere bahşış verilmişse, artık işçiler diğer bayramda da bu bahşışın kendilerine verileceği beklentisi içerisinde girerler. Ancak tek seferlik yapılan bir durum için işverenden aynı hareketin tekrarını beklemek veya işyeri uygulaması saymak hakkaniyetle ters düşecektir.

Yukarıdaki duruma ferdi olarak tek bir işçi yanından bakılması gereken durumlar da olabilir. Şöyle ki; 2007 yılından beri verilmekte olan bayram bahşışı 2009 yılında işe giren işçi için de geçerli olmalıdır. Çünkü o işçi, işyerine girdiği tarihte, işyeri uygulaması olarak var olan ve devam etmeyeceği konusunda⁹ işçilerle yapılmış bir anlaşma olmayan koşulu kendisi için de bekleyecektir. Bu sebeple her yeni giren işçi; süregelen işyeri uygulamasının kendisi için de çalışma koşulu olarak algılanması için, örnekte olduğu gibi en az üç kere uygulanmasını beklemek zorunda olmamalıdır.¹⁰

5 ŞEN, s.37.

6 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 59.

7 ÇELİK, s.109, 14 no.lu dipnotundaki atıfla: "HANAU / ADOEMEIT: Arbeitsrecht, 14. Auflage, Neuwied 2007 s.264" Alman doktrininden örneklemelerde bulunmuştur.

8 ÇELİK, s.109,15 no.lu dipnotundaki atıfla." STREIFF / von KAENEL, Arbeitsvetrag, Laitfaden zum Arbeitsvetragsrecht, 5 Auflage, Zurich 1992, Art. 322d N6" İsviçre Doktrininden örneklemelerde bulunmuştur.

9 İşyeri uygulamalarının, işverenin tek taraflı iradeleriyle geçerlilik kazandığı yönünden değil, işçilerin zmnı kabulü yönünden geçerlilik kazandığı dolayısıyla iş sözleşmesi hükmü haline geldiği ve çalışma koşulu sayıldığı görüşü için bkz; ÇELİK, s.108-109.

10 ÇELİK, s.111 dipnot 31'deki atfıyla BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Arbeitsrecht, 16. Auflage

İşyerine, bayram bahşışı şeklinde vücut bulan işyeri uygulamasının kalktığı 2009 yılı Haziranından sonra mesela 2009 yılı Ağustos ayında işe giren bir işçinin, artık geçmişte kalkan ve kendisiyle iş sözleşmesi kurulduğu anda var olmayan bir çalışma koşulu için talepte bulunamaması gerekir.¹¹

İşveren tarafından sağlanan ücret ekinin, işyeri uygulaması haline gelip çalışma koşulu standardına ulaşabilmesi için ilk koşul bunun genel nitelik taşımasıdır. Yani bir işçiye özel olmamalı, şartları sağlayan her işçiye ya da işçilerin bir bölümüne tanınan bir hak olmalıdır. İkinci koşul ise; devamlılıktır. Tek sefer için tanınan hak, işyeri uygulaması olarak algılanamaz. Alman Hukukunda üç sefer tekrarlanan uygulamanın çalışma koşulu standardını kazandığı savunulur. Üçüncü koşul ise; bu uygulamanın aynı koşullarla sağlanmasıdır. Örneğin “her yıl karın %2’si işçilere dağıtılacaktır” şeklinde bir uygulama çalışma koşulu standardını yakalayabilecektir.

İşyeri uygulaması, işçilerin zımni kabulleriyle iş sözleşmesinin içeriği durumuna geldiğinden, işveren tarafından tek taraflı olarak ortadan kaldırılamaz ve işçi aleyhine değiştirilemez. Bunu destekleyen en sarsılmaz kaynak da yürürlükten kalkmadığı sürece İş Kanunu md. 22’de belirtilen; “çalışma koşullarında değişiklik ancak tarafların anlaşmasıyla gerçekleşebilir” anafikridir

İşverenin Yönetim Hakkı

Anayasa, kanun, yönetmelik, tüzük, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği gibi yürütülmekte olan işin çalışma koşullarını belirleyen kaynaklara aykırı olmamak ve esaslı sayılmayacak konularda işverenin yönetim hakkını kullanarak işyerini organize edebilmesi imkânı mevcuttur.

Ücret konusu, işverenin kendi edimi yani borcu ile alakalı olduğundan, bir kimsenin kendi borcu hakkında karşı tarafın rızası olmadan değişikliğe gidebilmesi genel hukuk prensibiyle bağdaşmaz. İşçiler işe alınmama baskısı ile işverene iş sözleşmesi yapma aşamasında böyle bir hak vermiş olsalar dahi edim dengesi aşırı bozulduğundan işverenler yine de ücret konusunda yönetim hakkını kullanamayacaklardır.

ÜCRETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Ücretin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişikliktir. 1475 Sayılı Kanun’un¹² yürürlükte olduğu dönemde md.16/II-e’de “...iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa” demek suretiyle esaslı tarzda değişikliğe karşı işçiye sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetme yetkisi veriliyordu. O dönemde işverenler, ihbar tazminatı ödemeksizin sadece işçiye kıdem tazminatı vererek işten çıkarmak istediklerine bu yöntemi uyguluyor ve

Stuttgart 2004 Rdnr.148 kaynağından örnekler vermiştir.

11 Benzer bir örnek için bkz: Y9HD, 25.04.2005, E. 2004/22668 K. 2005/1448 İBB.

12 RG, 01.09.1971, S.13943.

işçi de 6 işgünü içinde bu hakkını kullanmak zorunda bırakılıyordu. Örnek olarak işveren işçinin 1000 TL'lik ücretini 850 TL'ye indiriyor, işçi ise bu duruma 6 işgünü içinde haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanarak karşılık vermiyorsa Yargıtay, m.18'de belirtilen 6 işgünlük ve 1 yıllık hak düşürücü sürelerin kullanılmadığı ve açıkça ya da zımnen itiraz etmeyen işçinin değişikliği kabul ettiği ve fesih hakkını da yitirdiği şeklinde görüş belirtiyordu. İşçinin bu şekilde eksik aldığı ücret için sürekli yargı yoluna başvurusunun beklenmesi de pratik bir çözüm niteliğinde görünmemekteydi.

İşverenler 1475 Sayılı Kanun m.16/II-e hükmü ile dolaylı yoldan iş şartlarında ve özellikle ücrette değişiklik hakkına sahip oluyor, işverene yükletilmesi gereken fesih sorumluluğu işçi üzerine yükletiliyordu. Değişikliği kabul etmeyen işçi sözleşmeyi ya m.16/II-e'ye göre feshedip yalnızca kıdem tazminatı alabiliyor ya da değişikliğe ses çıkarmadan devam edip bu şartlara 6 işgünlük hak düşürücü süre geçtikten sonra uymayarak işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshedip tazminatsız olarak iş ilişkisinin sona ermesine göz yummak zorunda kalıyordu.¹³ Her ne kadar 1475 Sayılı Kanun m.60'da ücrette indirme yapılamayacağı hükmü olsa da bu ücret indirimi yaparak fesihle yalnızca kıdem tazminatı ile sorumlu oluyordu.

4857 Sayılı Kanun'un¹⁴ yürürlüğe girmesiyle 1475 Sayılı Kanun döneminde işçi aleyhine oluşan durum düzeltilmeye çalışılmış ve Alman İşçileri Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yer alan değişiklik feshine¹⁵ benzer bir düzenleme hukuk düzenimizde yer almıştır. İşK.m.22 şu düzenlemeyi getirmiştir: *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. — Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”*

13 1475 Sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından verilen “ikramiye ve yemek parasının indirilmesine işçilerin uzun süre muhalefet etmemeleri ile kabul edildiği ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği” şeklindeki karar için bkz. Y9HD, 22.03.2005, E.2004/14486, K.2005/9433, ŞAKAR, s.424 ; Y9HD, 02.07.2009, E.2009/10736, K.2009/18510, Aynı yazar, s.435.

14 RG, 10.06.2003, S.25134

15 SÜZEK, s.596.

1475 Sayılı Kanun döneminde iş sözleşmesinin feshi sorumluluğu, 4857 sayılı İş Kanunu m.22 ile işverene yükletilmiştir.¹⁶ İşveren çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapacağı anda işçiye yazılı değişiklik önerisini sunmalı ve işçinin de bunu kabul etmesi gerekmektedir.¹⁷ İşçi öneriyi kabul etmezse, işveren ya iş sözleşmesini feshedecek ya da öneri işçiyi bağlamayacağı için iş sözleşmesi hâlihazırdaki çalışma koşulları ile devam edecektir. İşverenin değişikliği kabul etmeyen işçinin sözleşmesini feshetmesi halinde bu feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını mahkemenin kontrol etmesi de yine m.22 ile sağlanmıştır. Kısacası; Eski İş Kanunu döneminde işçinin aleyhine olan çalışma koşulu değişikliklerinden kaynaklı fesihler m.22 ile işçinin lehine yönelmiştir. Çünkü işçi, işverenin nedeni geçerli olsa dahi mutlaka ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Geçerli bir nedene dayanmayan değişikliğin feshine konu olması halinde ise işçi işe iade edilecek ve bu dava sonucunda verilen tazminatlara hak kazanarak çalışma hayatına devam edebilecektir.

Şunu da belirtmekte fayda görmekteyiz. Biz çalışmamızda iş tanımının ve çalışma sürelerinin değiştirilmesi suretiyle ücret değiştirilmesi konusunun ayrı bir çalışmada incelenmesini fikrinde olduğumuzdan yer vermedik. Ancak kısaca, işçinin yaptığı işi ve çalışma sürelerini indirerek ücretin indirilebilmesi için işçinin onay vermesi gerektiğini aksi halde görülen işin ve çalışma sürelerinin değiştirilmesi geçerli nedene dayansa da ücret indiriminin geçerli nedeni olamayacağını belirtelim.

İş Hukuku Mevzuatı ve Toplu İş Sözleşmeleri İle Belirlenen Ücretin Değiştirilmesi

İş Hukuku mevzuatı ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlenen ücret, İşK.m.22 ile yapılması gereken çalışma koşulu değişiklik usulünden bağımsızdır. Çünkü m.22'de mevzuat ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlenen çalışma koşullarının değiştirilmesinden bahsedilmez. Zira bunlar işçi ve işverenin doğrudan iradeleri ile değiştirebilecekleri alanlar değildir.

İş Hukukunda da ters işlem kuralı geçerlidir. Genel olarak çalışma koşulu özelde ise ücret, hangi hukuki yolla düzenlenmiş ise o yolla değiştirilebilecektir. Örneğin kıdem tazminatı hükümlerine bakılacak olursa, kıdem tazminatındaki tavan uygulaması yine kanuni bir düzenleme ile değiştirilebilecektir. Çünkü mutlak emredici hüküm işçi lehine bile değiştirilememektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile getirilen hükümler, yürürlükte olduğu sürece ancak tarafların anlaşmaları ile değiştirilebileceklerdir. Ancak Toplu iş sözleşmesi süre bakımından yürürlükten kalkmışsa, barındırdığı hükümler bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğinden artık bu bireysel iş sözleşmesi hükümleri İşK.m.22'nin uygulama alanına sokulabilecektir.¹⁸

¹⁶ SÜZEK, s.497

¹⁷ Yargıtay, değişikliğin geçerli nedene dayansa da m.22'deki usule uyulmadan yani işçinin yazılı muvafakati alınmadan yapılan değişikliğin geçerli olmadığına hükmetmiştir. Y9HD, 21.02.2008, E.2007/10527, K.2008/1599, KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.221.

¹⁸ ŞEN, s.75.

Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Kanunu m.6/II' de yararlılık ilkesinden hareket edilmiş ve toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi lehine hükümlerine geçerlilik tanınmıştır. İşte toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken, işçi ve işveren sendikaları harekete geçirilmeksizin, işçi ve işveren aralarında ücretin yükseltilmesi konusunda anlaşılırsa, toplu iş sözleşmesine yer alan ücret tutarının değiştirildiği sonucuna varılır. Çünkü hizmet akdindeki hüküm toplu iş sözleşmesindeki nazaran işçi lehine hüküm getirmiştir.

Tarafların Karşılıklı Anlaşması Yöntemiyle Ücretin Değiştirilmesi

Hukukun bir genel ilkesi olan pacta sunt servanda (ahde vefa ilkesi) gereğince bir sözleşme ilişkisinin aksine bir anlaşma olmadıkça aynı koşullarla sürdürülmesi gerekir. İşçinin iş ilişkisinden beklediği yarar; bu ilişkinin devamlılığı ve çalışma koşullarında işverenin değişiklik taleplerine karşı korunmasıdır. Ancak iş ilişkisi dinamik ve sürekli bir ilişki olduğundan, ilişkide değişiklik ve uyarılama ihtiyacı doğması pek muhtemeldir.

İşverenler, esaslı olmayan çalışma koşullarında ve esaslı da olsa işçi yararına olan çalışma koşullarında değişiklik için işçi ile anlaşma yoluna gitmek zorunda değillerdir. Bu açıdan düşünürsek ücret, iş ilişkisinde esaslı bir unsurdur ve işçi aleyhine işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilemez.

Borçlar Kanunu m.19 uyarınca taraflar sözleşme serbesti ilkesinden hareketle Kanunlara aykırı olmayacak her türlü durumu sözleşme ile kararlaştırabilirler. İşK.m.22/2'de ise; tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm yer almasa dahi BK hükmü uygulanabilecektir ancak İşK.m.22/2 hükmü sözleşme serbestine vurgu yapmıştır.¹⁹

İşK.m.22/2'deki düzenleme, işçi ile işverenin bir araya gelip ücret gibi çalışma koşulunu müzakere ederek anlaşmalarını sağlayıcı bir düzenlemedir. Bunun yanında İşK.m.22/1 hükmü ise, fesih tehdidi altında olan işçinin, 6 işgünü içinde yazılı kabulü ile değişiklik anlaşması yapmasına neden olacak düzenlemedir. Sonuç olarak her ikisi de tarafların bir şekilde yazılı olarak bir çalışma koşulu üzerinde değişikliği onaylamaları anlamına gelen değişiklik sözleşmeleridir.

Her iki değişiklik anlaşması yoluyla yapılan değişiklik de geçmişe etkili olma özelliğini taşıyamaz. Özellikle ücret indiriminin geçmişe etkili olması, çalışmanın karşılıksız bırakılması anlamına gelecektir. Taraflar, ekonomik kriz nedeniyle ücrette indirim gitme konusunda anlaşsalar da bir önceki aya ilişkin ücrette bile indirim gidilemez. Hatta geçmiş aylara ilişkin ücretin ödenmemiş olması durumu değiştirmez. Çünkü bu hükümle aynı zamanda bir ibra yasağı da öngörülmekte ve işçinin geçmiş dönemde hak kazandığı ücretleri

¹⁹ ŞEN, s.87.

için yapılacak ibra sözleşmesi de geçersiz sayılmaktadır.²⁰ Tarafların ücrette değişikliğe gitmelerini geçerli bir nedene bağlama zorunlulukları bulunmamaktadır. Çünkü geçerlilik denetimi, İş Kanunu sistematığına göre yalnızca ihtilaf konusu olan durumlarda mümkündür ki iki tarafın anlaşıldığı edimler ifa edildiği sürece ihtilafın varlığı söz konusu olamaz.

Anlaşma yöntemiyle ücretin değiştirilmesi, toplu iş sözleşmeleri ile de mümkündür. Toplu iş sözleşmelerinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez. Süre dışındaki hususlar taraflarca sözleşme süresinin bitmesi beklenmeden değiştirilebilecektir. Toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen geniş anlamda ücrete ilişkin durumlar, ülkemiz uygulamasında ücret zamları, fazla çalışma ücretleri, primler ve ikramiyeler ile yakacak, yıllık izin ve dini bayram ödentileri, çocuk zamları, aile ve tahsil yardımı gibi sosyal yardımlara ilişkin olmaktadır.²¹ Ücret zamları uygulamada her sözleşme yılı veya sözleşmenin her altı aylık dönemi için kararlaştırılmaktadır. Sözleşme tarafların değişen ekonomik koşulları göz önüne alarak işçiler için henüz bir hak olarak doğmayan sözleşmenin sonraki yılına veya dönemine ya da dönemlerine ait ücret zamlarını düşürmeye yönelik bir değişiklikte bulunabilirler. Zira sözleşme ile öngörülen zam tarihinde ücret zammına ilişkin normatif nitelikteki emredici hüküm iş sözleşmelerini doğrudan etkileyeceğinden işçilerin ücretleri zam tarihinden itibaren zamlı düzeye yükselmiş olur. Değişiklik, zammın uygulanacağı tarihten önce yapılmalıdır. Aksi halde işçiler zamlı ücretlerini talep edebilirler.

İşlem Temelinin Çökmesi ve Hâkim Tarafından Ücretin Değiştirilmesi

İşçi ve işvereni sözleşme yapmaya götüren, sözleşmenin yapıldığı anda var olan ya da sonradan olacağı varsayılan bazı somut olgular ve menfaatlerdir. Bu menfaat ve beklentiler, ekonomik kriz, yüksek devalüasyon, savaş ve doğal afetler gibi kriz dönemlerinde özellikle toplu iş sözleşmeleri ile bazen de İşK.m.22'nin uygulama alanına girmeyen belirli süreli iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan ücretin değiştirilmesini gerektirebilir ki bunun için söz konusu olabilecek yol da hakimin ücreti ekonomik krizin yarattığı değişik durumlara uyarlaması, uyum sağlayacak değişikliği yapması ya da son çare olarak sözleşmenin feshine karar vermesidir. Karşılıklı edimler arasındaki dengenin bozulması halinde sözleşmenin hâlihazırdaki şartlarda devam etmesi taraflardan biri için çekilmez hale gelmiş diğer tarafın yükü ise pek fazla hafiflemiş ise işlem temelinin çöktüğünden bahsedilebilecektir.

İşlem temelinin çökmesi halinde bile, İşK.m.22 kapsamına girecek ücret değişikliği taleplerinin hâkim tarafından cevaplanabilmesi mümkün değildir. Aksi halde değişiklik feshi uygulanamayacak ve ekonomik krizin yükü her şartta işçinin üzerinde olacaktır. İşK.m.22, ücret değişikliğinin usulünü belir-

20 ŞEN, s.96

21 ŞEN, Feragat, parag.43.

lemiştir ve işverenin ekonomik durumunun kötüleşmesi sebebiyle iş ilişkisine hâkimin müdahalesi bu madde kapsamında olan durumlar için mümkün gözükmemektedir.

Tarafların ekonomik durumunun kötüleşmesi onların kendi sorunudur. İş hayatının inişli çıkışlı yapısı, işverenin aldığı riskle yakından alakalıdır. İş ilişkisinin temel özelliği, işçiyi serbest meslek sahibinden ayırt eden belki de en önemli unsur, işçinin çalışmasının sonucuna göre gelir elde etme şansından vazgeçerek işverene bağımlı çalışmayı yeğlemesidir. Bir üretim sonucunu değil, işverenin talimatına uygun olarak iş görmeyi borçlanan işçi, bunun karşılığında işverenin ekonomik durumundan bağımsız olarak çalışmasının karşılığını almaya da hak kazanmaktadır.²² İş ilişkisi devam ettiği sürece işveren tek taraflı olarak işçiye ekonomik riski aktarmak, onu şirketin ve özellikle zararın ortağı haline getirmek lüksüne sahip değildir. Grev dışındaki tüm ifa engellerinin işverenin riziko alanına girdiği ve işçinin ücret hakkını ortadan kaldırmadığı Alman Doktrinince de kabul edilmektedir.²³

İşK.m.40 göz önünde bulundurulduğunda işverenin sadece zorlayıcı sebeplerle iş sözleşmesinin askıya alındığında ücret ödeme borcundan kurtulduğu ve bunun dışında ekonomik güçlükler için böyle bir kural olmadığı gibi işverene haklı nedenle fesih imkânın tanınmadığı da açıktır. Ekonomik zorunluluk bahane edilerek işçinin aynı işi daha az ücretle görmesi beklenemez. Edim ve karşı edimin doğrudan bir denge ilişkisi içinde bulunduğu durumlarda, ekonomik zorunluluk durumuna dayalı işlem temelinin çökmesinin, sadece borç ilişkisinin bir tarafının edimi için hukuki sonuç doğurması düşünülemez. İşlem temelinin çöktüğünün kabul edilebilmesi için, edimler arasındaki denge ağır şekilde bozulması aranmalı, borçlunun yükü ağır şekilde artarken, diğer tarafın yükü de pek fazla azalmalıdır. Hâkim uyarılama işlemini yaparken sadece borçlunun durumunu dikkate alarak sonuca varamaz, bilakis uyarılama, değişen durumlar sonucu ortaya çıkan rizikonun bir taraftan alınıp öbür tarafa yükletilmesi şeklinde hakkaniyete aykırı bir işlem olur.²⁴

İşverenin değişiklik feshi yoluyla işletme gerekleri ile geçerli nedenle iş sözleşmesini feshetmesi mümkün oldukça mahkeme kararı ile ücret indirimi gitmek isabetli olamaz. Zira işçi, işverenin en kötü ihtimal iş sözleşmesini feshetmesiyle ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak hâkimin müdahalesinin kabulü, aleyhine belki de ağır şekilde değişen iş sözleşmesine katlanmakta güçlük çeken işçinin şartlara uymaması halinde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilecek ve ihbar ve kıdem tazminatından mahrum kalacaktır.

22 ALP, Mustafa: "İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 21/2009, s.16.

23 SOYER, M.Polat: "İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku", Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, İzmir, 1983, s.109; ALP, s.17; ŞEN, s.83.

24 ŞEN, s.83 – 84.

Ücretin İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarıyla Değiştirilmesi

Genel Olarak

Kriz dönemleri, çalışma hayatının riskleri düşünüldüğünde fabrikaların kapatıldığı, işçilerin işten çıkarıldığı ya da grev ve ardından gelen lokavtlarla geçen sancılı dönemi ifade etmektedir. İşverenler bu tip zamanlarda genelde işletme maliyetlerini düşürerek ayakta kalmaya çalışmaktadırlar. O bakımdan, muhtemel bir kriz anını hesap ederek iş sözleşmesi ve personel yönetmeliğinde yer alan bir ücret değişikliği kaydına dayanarak işveren, iş gücü maliyetlerinden tasarruf sağlayabilme düşüncesinde sahip olabilmektedir.²⁵

İşverenin tek taraflı değişiklik kaydına dayanmaksızın ücretin değiştirilmesi talebi ile işçinin karşısına çıkması halinde işçi, bu teklifi kendisine uygun olmadığı sürece kabul etmek zorunda değilken, daha önceden işverene ücretin değiştirilmesi için yetki tanıyan kaydı kabul etmişse artık ücret değişikliğine direnme, aradaki farkı talep etme ve sözleşmeyi haklı nedenle feshetme olanakları bulunmamaktadır.²⁶ İşte bu nedenle, yetkiyi saklı tutan kayıtların varlığı, işçinin aleyhine sonuçlar doğuracağından işverenin bu yetkiyi kullanmasının hiçbir sınırlama olmadan geçerli kabul edilmesi beklenemeyecektir.²⁷

Doktrinde kimi yazarlar değişikliği saklı tutan kayıtların İşK.m.22 mevcutken geçerli olmayacağını zaten işverenlerin iş ilişkisi devam ederken çalışma şartları konusunda işçi ile anlaşmak zorunda olmaları gerektiğini savunmaktadırlar.²⁸ Bizim de katıldığımız diğer görüş taraftarları ise; İşK.m.22'nin bir sözleşme hükmü olan değişikliği saklı tutan kaydın uygulanmasını kapsamadığı ve yasaklamadığı, dolayısı ile bu kayıtların prensipte geçerli kabul edilebileceğini savunmaktadırlar.²⁹ Çünkü bu kayıtların olması, ultima ratio ilkesinin uygulanabilmesini sağlamaya yöneliktir. İşK.m.22 gibi işçinin onayı alınmadığında ve geçerli bir sebep de varsa sözleşmelerin feshedilmesi sonucuna götüren Kanun hükmü karşısında, geçerlilik denetimi yapılacak ücret değişikliği hakkını saklı tutan kayıtların uygulanması ve böylece iş ilişkilerinin devam edebilmesi daha makul görünmektedir.

25 ALP, s.13

26 ALP, s.13.

27 UŞAN, "4857 Sayılı Yasa'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Özel Sayı, 2007, s.250.

28 GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen seminer, 15-145, s.120 ; NARMANLIOĞLU, Ünal: "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi" Yargıtayın İş Hukuku Kararlarını Değerlendirmesi 1986, İstanbul 1988, 3-35, s. 13.

29 ALP, s.14 ; SÜZEK, s.605 – 607; ALPAGUT, Gülsevil: "İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 9/2006, s.49

Ücret değişikliği kayıtlarının geçerliliği konusuna destek olabilecek ve Türk mevzuatından verilebilecek en çarpıcı örnek kısa çalışma uygulamasıdır. Kısa çalışma uygulaması, ekonomik kriz döneminde çalışma süresine bağlı olarak bir ücret indirimi uygulanabileceğinin tipik örneğidir. Kanunda öngörülen koşullar oluştuğunda işveren tamamen tek yanlı olarak sözleşmedeki bir değişiklik kaydına dayanmadan ve işçinin rızasını almadan, ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. İşverene kısa çalışmada olduğu gibi tamamen değil, sınırlı ölçüde ücret indirimi yapma olanağı tanıyan ve işçinin sözleşme ile alınmış rızasına dayanan değişiklik kayıtları da bu durumda geçerli kabul edilmelidir.

Ücretle ilgili tek taraflı değişikliklerin hukuken incelenmesi ve denetlenebilmesi, işçinin değişikliği kabul etmeyerek ücret farkı için açacağı davada veya sözleşmeyi haklı nedenle feshedip kıdem tazminatı talebi ile açacağı davada mümkün olabilecektir. Zira işçinin yalnızca değişiklik kaydının veya bu kayda dayanarak yapılan ücret indiriminin geçersiz olduğunun tespiti için bir dava açabilmesi de mümkündür.³⁰

Değişiklik Kayıtlarının Denetim Ölçütleri

Ücret değişikliğinde öncelikli sınır, işletme rizikosunun işverene ait olduğudur. Kazancın arttığı durumlarda nasıl ki kardan işveren yararlanıyorsa nimet – külfet ilişkisinden hareketle kazancın azaldığı durumlarda da yine işveren tek başına sorumludur.³¹

İş İlişisine süreklilik sağlama amacıyla ücretin indirilmesi ile ücretin dokunulamaz kısmına girmemek arasındaki ince çizgi algılanmak zorundadır. Aksi halde ilişkinin feshe konu olacak tarzda bir ücret indirimiyle devam edebilmesini işçiden beklememek ve değişiklik kaydına dayanılmadan, İşK.m.22 işletilmelidir.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin ücret değişikliği kayıtlarının geçerliliği için aranan ölçütleri geliştirmiştir. Değişiklik kaydına konu olabilecek ücret kısmının sınırlı olduğu, ücretin dokunulamayacak bir özü bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme işçinin toplam kazancının %70'inin iş sözleşmesinin özü olduğunu kalan %30'luk kısmın ise keyfi olmamak ve makul gerekçe göstererek indirim konusu yapılabileceğini kabul etmiştir.³²

Hukukumuz açısından geçerli olabilecek ve bizim de katıldığımız bazı ölçütler ise şunlardır: Ücretin tek yanlı değişikliğe konu olamayacak bir öz veya saklı kısmının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. İkinci ölçüt; doğrudan iş görme ediminin karşılığı niteliğinde olmayan ücret eklerine daha kolay son verilebilmesidir. Üçüncüsü ise; işçinin görev ve konumu, kazancı, işin ve iş

30 ALP, s.18.

31 SOYER, İşletme Rizikosu, s.109 ; ALP, s.20.

32 ALP, s.21.

sözleşmesinin özellikleri gibi somut iş ilişkisine özgü unsurların dikkate alınmasıdır.

Ücretin Saklı ve Değiştirilebilir Kısımları

Ücretin saklı ve değiştirilebilir kısımlarını belirlerken temel ücret ve ücret ekleri ayırımından yararlanılıp yararlanılmayacağı ön sorun teşkil etmektedir. Saklı kısmın temel ücretin üzerinde bir bölüme denk geleceği ve ücret ekleri üzerinde işverenin daha geniş yetki verilebilmesi düşünülebilir. Toplam ücreti farklı adlarla bölüp ödeyen işveren bu durumda büyük bir takdir hakkına kavuşabilecekken, tek bir temel ücret ödeyen işveren bu imkandan yararlanamayacaktır. Bazen de temel ücrette yapılacak indirim, ikramiye uygulamasına son verilmesinden işçi için daha lehe olabilecektir.³³ Zira yılda 4 defa ikramiye verilen bir işyerinde ücretlerdeki %10'luk düşüş yerine, ücretlerde herhangi bir indirime gidilmeksizin ikramiyelerin tümünden kaldırılması işçinin aleyhine olacaktır.

Değiştirilebilir ve saklı kısmın belirlenmesinde Alman Hukukuna benzer şekilde bir oran belirlemek uygun bir çözüm önerisidir. Almanya, oranını temeline Avrupa Sosyal Şartındaki adil ücretin bir alanda adet olan ücretin 2/3'ünden az olmayacağı kuralına dayandırmaktadır. Türk Hukukuna bakıldığında ise İşK.m.35 uyarınca; işçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, devir ve temlik edilemez. Kanunkoyucu, alacaklıların menfaatinin sınırlarını bu şekilde çizmiştir. Ücretin %75'i saklı kısım, %25'i ise ücret değişikliği kayıtlarına konu edilebilecek kısımdır. İşverenler, %25'i geçecek indirimleri yapabilmek için ancak işçilerle anlaşmalı ya da değişiklik feshine başvurmalıdırlar.³⁴ % 25'lik kısımda yetkisi olan işverenler keyfi davranamaz, geçerli sebepler yoksa bu yetkisini kullanamazlar. Kullandıkları ve işçilerin durumu mahkemeye taşınmaları halinde değişiklik geçersiz sayılabilecektir.

Doğrudan İş Görme Ediminin Karşılığı Olup Olmama

Ücretin indirim yapılacak kısmı, doğrudan iş görme ediminin karşılığı ise %25'lik değiştirilebilir kısmı aşmasa bile hak ve borç dengesini önemli ölçüde bozduğu için özel sebeplerin varlığı halinde kabul edilebilir. Buna karşın, bir primin ödenmesini gerektiren işin veya unsurun ortadan kalkmasıyla işveren bu ödenen primi kaldırma yetkisini saklı tutmuşsa bu yetkisini primin tamamen kaldırılması için kullanması meşru sayılacaktır. Görülen iş ile doğrudan ilişkili olmayan, işçinin güveninin aynı düzeyde korunmasını gerektirmeyen edimlerde, örneğin, doğum, evlilik yardımlarında veya işçiye işletmenin ürünlerinden indirimli yararlanma hakkı tanınmasında tek yanlı değişiklikler daha kolay kabul edilebilir. Bir ikramiye, görülen iş karşılığı verilen ücretin, belirli dönemlerde ve farklı bir şekilde ödenmesi niteliğinde ise işverenin değişiklik

33 ALP, s.22.

34 ALP, s.24.

hakkı daha sıkı denetime tabi tutulmalıyken doğum, evlenme, ulaşım, belirli bir kıdeme ulaşma primi gibi ödemelerde işverenin değişiklik yetkisi daha esnek denetlenerek; doğrudan iş görme edimi karşılığı ödenmedikleri, daha çok işçi işveren bağlılığını güçlendirmek amacını taşıdıkları kabul edilmelidir.³⁵

İş İlişisine Özgü Unsurların Dikkate Alınması

Sözleşmede yer alan ücret değişikliğini saklı tutan kaydın verdiği yetki kullanılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da somut iş ilişkisinin kendine özgü unsurlarıdır. Örneğin bir iş için belirlenen ücret performansa dayalı ücret olabilmektedir. Satılacak her üründen belirlediği bir oranın işçiye ödemesi kararlaştırılmış olabilir. İşte işverenler, objektif nedenlere dayanarak bu komisyon oranlarının üzerinde ücret indirim yetkilerini kullanabileceklerdir. Fakat bu tür ücretlerin saklı kısmının ne olduğu tam belirli olmamakla birlikte, komisyon oranının %25'i kadarında indirime gidilebilmesi meşru sayılabilir.

Alman Federal Mahkemesi'nin, üst kazanç grubundaki işçilerin ücretlerindeki saklı payın %60 – 65 oranına kadar düşebileceğini belirttiği kararları vardır.³⁶

Değişiklik Yetkisinin Kullanılması

Ücret değişikliğini saklı tutan kayıtlara dayanılarak yapılacak değişiklikte işverenin sınırsız kullanım hakkı bulunmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak işverenin bu hakkını kullanırken göstereceği geçerli sebebin derecesinin ne olacağı açıklanması gereken bir husustur.

Ölçülülük ilkesine uygun olarak değişiklik feshi ve fesihden daha hafif, iş güvencesi bakımından öncelikli bir müdahale olan değişiklik kaydına dayanan ücret değişikliği için daha hafif nedenler yeterli olmalıdır. Bunu değişikliğin sözleşmeye etkisi de doğrulamaktadır. İş ilişkisi değişiklik kayıtları ile sona ermediğine sadece bir çalışma koşulunun değiştirilmesi ile iş ilişkisi korunduğuna göre işverenin değişen çalışma koşulu ile sınırlı, bu çalışma koşulunu değiştirmeyi makul gösteren bir geçerli sebep göstermesi yeterlidir, iş ilişkisini tamamen ortadan kaldıracak derecede geçerli sebepler aranmaz.³⁷ Kısacası ücret değişikliği, değiştirilebilir kısımda, ölçülü, keyfi olmayacak³⁸ tek bir sebeple geçerli kabul edilebilecektir. Daha ağır sebep aramak, İşK.m.22'deki değişiklik feshinin kapsamının genişletilmesi anlamına gelebilecektir. Örnek olarak özel bir işin görülmesi nedeniyle ödenen bir iş gücünün primine işçinin bu işi artık görmemesi veya yeni bir teknoloji uygulaması ya da iş gücünün gideren bir eğitimden geçirmesi neticesinde işte bağlantılı riskin ortadan kalkması halinde son verilebilecektir.³⁹

35 SÜZEK, s.312 ; ALP, s.25.

36 ALP, s.27 dn.29'dan naklen.

37 ALP, s.29.

38 Y9HD, 27.03.2006, E.2006/5029, K.2006/7843, KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.250.

39 ALP, s.30.

Değişiklik Feshi Yöntemi İle Ücretin Değiştirilmesi

Ücret Değişikliği Önerisi

İşçi ile işveren İş Kanunu md.22/2 kapsamında çalışma koşullarında değişikliği istedikleri zaman yapabilirler. Ancak hâlihazırda bahsettiğimiz durum, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliğin işçinin kabul edip etmemesinin belirli olmadığı zamanlarda uygulanacak bir husustur. Şöyle ki; işveren esaslı değişikliği yazılı olarak işçiye kabul etmesi için sunar. Buna değişiklik icabı denir. İşçinin bu icaba olumlu yönde verdiği irade beyanı ise kabul olarak adlandırılır. Sonuç olarak ortaya değişiklik sözleşmesi çıkmaktadır. Fakat bahsettiğimiz bu sözleşme İş Kanunu md.22/2'den farklı bir değişiklik sözleşmesidir. Çünkü burada işveren, değişiklik önerisini yazılı sunmakta ve işçinin 6 işgünü içerisinde kabul etmemesi halinde iş sözleşmesi işverenin inisiyatifine göre fesihle sonuçlanabilecektir. Md.22/2'de ise fesih sonucu bulunmamaktadır.

İşveren çalışma koşullarında esaslı değişikliklerde özellikle ücret değişikliklerinde, teklifin reddedilmesi halinde iş ilişkisine devam etmenin katlanılmaz olduğunu düşünüyorsa İşK.m.22'deki değişiklik feshi için işçiye değişiklik önerisini yazılı sunacaktır. Kanun işverene bu aşamada geçerli sebepleri sunma zorunluluğu getirmemiştir.⁴⁰ Bu öneri işçi tarafından kabul edilmeyip işveren sözleşmenin feshedildiği aşamaya kadar ücret değişikliğindeki geçerli sebep saklı kalmaktadır. Oysa Kanun hükmünde yazılı değişiklik önerisi anında değişikliği gerektiren geçerli sebeplerin işçiye de bildirilmesi, işçinin de kimi zaman işverene hak vererek değişikliği kabul etmesiyle sonuçlanacak bir değişiklik sürecini beraberinde getirecektir. Kanımızca Kanunda işçi ve işverenin iş ilişkisini sürdürebilmeleri için bu şekilde uzlaşma mekanizmalarına yer vermek zaman kaybına bile yol açmayacak aksine ultima ratio ilkesi yönünde bir uygulama olacaktır.

İşçinin Ücret Değişikliği Önerisi Karşısındaki Tutumu

Kabul

İşK.m.22'ye göre işverenin ücret değişikliği önerisini işçiye yazılı yapmasıyla işçinin 6 işgünü içinde bu öneriye olumlu cevap verme imkânı vardır. Kanunkoyucu işçiye bu süreyi düşünmesi için tanımıştır.⁴¹ İşçi öneriyi yazılı şekilde kabul ederse ücret değişikliği iki tarafın anlaşmasıyla gerçekleşmiş olacaktır. İşveren yazılı ve reddi halinde sonucunun fesih sebebi sayılacağı önerisinin kabulüyle oluşan değişiklik ile İşK.m.22/2 deki feshe sebep olamayacak uzlaşma arayışı farklıdır. İlkinde işçinin fesih tehdidi altında olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar yazılı öneriyi 6 iş günü içinde kabul etmeyen işçiye değişikliğin bağlamayacağı hükmü olsa da işverenin geçerli bir neden göste-

40 Karş. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.217.

41 ŞEN, s.198 - 199.

rip kendisini işten çıkaracağını düşünen işçiler, uzun süren yargı sürecini göz önünde tutmakta ve çoğu zaman öneriyi kabul ederek ücret değişikliğini onaylayıp iş hayatına devam ederler.

Kabul Etmeme

Ücret değişikliği önerisini kabul etmeme iki şekilde olabilir. İşçi 6 işgünü içinde yazılı öneriye karşı yazılı olarak ret cevabı verebilir ya da bu süreyi susarak geçirirse kabul etmemiş sayılır ve bu öneri kendisini bağlamaz. İkinci hali bir benzetme ile “sükût inkârdan gelir”⁴² şeklinde anlayabiliriz. İşçi 6 işgünü beklemeksizin eğer ret cevabını verirse, işverenin artık sürenin sonunu beklemesine gerek yoktur. Zira sürenin amacı işçinin karar vermesi için düşünebilmesi için ona zaman tanımaktır. İşçi karar verdiği an bu sürenin artık anlamı olamaz.

İkinci halde ise işçi, ücret değişikliği önerisine karşı susabilecek ve bu öneri bir sonuç doğurmayacaktır. İşçi aslında 6 işgünü susarak geçirdiğinde, öneriyi reddetmiş sayılmaktadır. Zira Kanun bu durumda değişikliğin işçiyi bağlamayacağını hüküm altına almıştır. Böylece zımni reddin ölçüsü ortaya konulmuş, işçinin açıkça reddetmesine gerek bile duyulmamıştır.⁴³ Buna rağmen işveren ücreti tek taraflı değiştirip hatta önerisinde “Kasım ayı ücretlerinin düşük ödeneceği, diğer haklarının verilmeyeceği, SSK ücretlerinin asgari ücretten devam edeceğini ve kabul edenlerin çalışacağı, kabul etmeyenlerin çalışmayacağını” belirterek işçiyi feshe zorlarsa⁴⁴, bu durum işe iade kararı verilmesine neden olacaktır.

Önerinin Zımnen Kabulü Sorunu

1475 sayılı İş Kanunu md.16/II-e hükmü yürürlükte olduğu sıralarda, işverenler çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmakta ve işçinin bu değişikliğe karşı elinde bulunan haklı fesih imkânını 6 işgünlük hak düşürücü sürede kullanmamaları halinde değişikliği zımnen kabul etmiş sayılmakta ve bu andan sonra şartlara riayet etmedikleri takdirde iş sözleşmesinin hükümlerini yerine getirmemeleri sebebiyle iş sözleşmeleri bu kez işverenler tarafından haklı nedenle feshedilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle m.22 ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenlenmiş ve işçinin kabul etmeyeceği öneri ile bağlı olmayacağı ve sözleşmeyi feshetmesi gerekenin - hem de geçerli neden belirtmek zorunluluğuyla - işveren olduğu bir düzenleme getirilmiştir.

Açıkça kabul edilmeyen değişiklik önerisinin işçiyi bağlamayacağı kuralı mevcut olup işçi değişikliği kabul etmese de fiili olarak değişikliğe uyması halinde acaba hala işçinin çalışma koşulunun değişikliğe uğramadığını söyleyebi-

42 ŞAKAR, s.423

43 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.236 – 237 ; ŞEN, s.201.

44 Y9HD, 25.05.2009, E.2009/17729, K.2009/14144, ŞAKAR, s.437 – 441.

lecek miyiz? İşte bu sorunun cevabı 4857 Sayılı Kanun m.22 deki düzenlemenin zımni kabule imkân verip veremeyeceğinde yatmaktadır.

İşK.m.22'de işveren tarafından yapılan önerinin işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmesi, değişikliğin geçerlilik şartıdır. Kural olarak yazılı kabul edilmeyen önerilerin işçiyi bağlamayacağı söylenebilir. Bu anlamda zımni kabul suretiyle değişiklik önerisinin kabul edildiği sonucuna varılamayacaktır. Ancak işçi ve işverenin davranışları ve çelişkili davranma yasağı ve MK m.2 birlikte değerlendirildiğinde, yazılı şekil şartına aykırılığa dayanmak, hakkın kötüye kullanılması yorumunu yaptırabilecektir.⁴⁵ Bu anlama doktrinde verilen klasik örnek; işçinin görev yerinin Ankara'dan alınıp Antalya olarak tayin edilmesi önerisini işçi 6 gün içinde yazılı olarak kabul etmese de evini Antalya'ya taşımış, 8 aydır Antalya'da çalışmış ve ücretini de almışsa artık bu işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılmasını sağlamak amacıyla Ankara'daki işyerine gitmesi ve işverenin kendisini işyerine almamasıyla işverenin sözleşmeyi fiili olarak feshettiğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak, hakkın kötüye kullanıldığı sonucu ortaya çıkabilecektir. Aynı şekilde işveren 6 işgünü içinde kabul edilmeyen önerisini bahane göstererek örnekteki gibi cereyan eden bir durumda iş sözleşmesini feshetmek için geçerli neden gösteremeyecektir. Burada önemli olan nokta tarafların iş sözleşmesinden doğan edimlerini her türlü hatadan uzak olarak bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde şekle aykırılığın olumsuz etkisinin değişiklik sözleşmesi üzerinde etkisinin olmayacağıdır.⁴⁶

Çalışma koşullarında değişiklik üst kavramında uzun süren fiili durum karşısında tarafların şekle aykırılığı iddia etmelerinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi mümkünken, ücretin değiştirilmesi özelinde durum aynı olamayacaktır.

Ücret, parasal bir menfaat olduğundan, talep mekanizmaları diğer çalışma koşullarından farklıdır. Zira İş Kanunu'nun çeşitli yerlerinde ücretin ödenmesi, eksik ödenmesi bir takım sonuçlara bağlanmıştır. Örneğin işçi, ücreti ödenmediğinde iş ilişkisine son vermeyerek dava yolu ile ücret alacağını talep edebilir, iş görmekten kaçınabilir, ya da sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Hatta haklı nedene dayanırken hak düşürücü süre, ücretin ödenmediği her gün yeniden başlayacaktır.

Ücretin, İşK.m.22'deki şekil şartlarına aykırı olarak değiştirilmesi, iş ilişkisindeki edim dengesini temelden sarsacağı için 6 işgünü içinde kabul edilmeyen önerinin fiili davranışlarla zımnen kabul edildiği görüşü savunulamaz. Şöyle ki; ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir ve işveren bunu genelde ücret bordrolarını işçilere imzalatarak yapar. İşçilerin hiçbir ihtirazı kayıt koymadan bordroya imza atmaları, gösterilen rakamı aldıklarından başka bir şey

45 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.74 ; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.215.

46 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.215.

ifade edemez. Yani yalnızca makbuz niteliğini taşır. İşçinin bordroda gösterilmeyen, işveren tarafından tek taraflı olarak indirilen kısmın, ihtirazi kayıt olmadığı gerekçesiyle kabul edildiği yorumlanamaz. İşçinin eksik ödenen ücretini mahkeme ile talep etmesi hakkın kötüye kullanıldığını göstermez.⁴⁷ Sonuç olarak işçinin yazılı olarak kabul etmediği ücret değişiklikleri, hiçbir şekilde geçerli sayılamaz, işverenin tek taraflı değişiklikleri sözleşmenin ihlali sayılır. Ücret eksik ödenirse işçi çalışmaktan kaçınabilir, eksik ücreti zamanaşımına uğramamışsa mahkeme yoluyla talep edebilir ya da iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.⁴⁸

SONUÇ

Sözleşme ilişkilerinin genel özelliği, başlangıçtaki şartlarda devam edip iki tarafın da ilişkiden yarar sağlayabilmesidir. İş ilişkisi, uzun vadeli ve çok sayıda değişkenliğin etkisi altında olan bir ilişkidir ve kurulduğu anın şartları ile devam edilemez hale gelebilmektedir. Böyle durumlarda sözleşmenin değiştirilmesi gündeme geldiğinde, değişikliğin adil olması gereklidir. İş ilişkisinde işçi korumaya muhtaç taraftır. Zira İş Hukukunun doğuşu, Borçlar Hukukunun hak ve menfaatleri ve tarafları liberal anlayışla düzenlemesine karşılık işverenin elinde olan mali güce karşı işçinin korunması ile ilgilidir.

İşverenler, çalışma koşullarını değiştirirken, yönetim hakkını dayanak alamayacağı esaslı çalışma koşullarında mevcut m.22 çerçevesinde işçinin yazılı rızasını almak zorundadırlar. Ücret değişikliği, iş ilişkisindeki edimler dengesini derinden sarsabilecek bir değişiklik arz ettiğinden esaslı değişikliktir. İşçinin yazılı rızası yoksa ücret değişikliği geçerli olmaz ve işverene değişikliğin geçerli sebebinin kanıtlayarak sözleşmeyi feshetme imkânı ancak bu anda doğar. Diğer yandan ücreti değiştirme hakkının saklı tutulduğu sözleşmeler çalışma yaşamında görülmektedir. Ana kural m.22 olsa da ücretin saklı bölümüne dokunulmamak ve keyfi olmayan, ölçülü ve eşit işlem borcuna aykırı olmayacak şekilde kullanılmak şartıyla işçiler, ücret değişikliği için rızalarını peşinen verebilirler. Bu kayıtlar Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Bunların yanında işçiler işverenlerle her zaman anlaşabilirler ancak bu anlaşmaların da sözlü yapılması gerekir. İşK.m.22'deki şekil şartlarına ispat ve şeffaflık açısından uymakta yarar görmekteyiz.

Son olarak belirtelim ki; 4857 sayılı İş Kanunu, 1457 Sayılı Kanun'a göre genelde çalışma koşullarında özelde ise ücrette değişiklik konusunda işçi lehine düzenlemeler getirmiş, işverenin işçi ile kayıt altında anlaşması

47 SÜZEK, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi Dergisi, S.1,2006, s.24 ; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Çalışma Koşullarında Değişiklik", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayınları, Bodrum, 2005, s.129 – 130 ; UŞAN, Değişiklik Feshi, s.256 ; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.II, s.245 ;

48 "Davacının uzun süre ihtirazi kayıt koymadan ödenen ücreti kabul etmesi veya fesih hakkını kullanmaması talep edilebilir olan bu alacağımı ortadan kaldırmaz." Y9HD, 29.06.2009, E.2009/20239, K.2009/18297, ŞAKAR, s.441 – 445.

zorunlu kılınmıştır. Para ile ölçülemeyen çalışma koşullarının değiştirilmesi durumlarında(özellikle işyeri değişiklikleri) işçiler, zımni kabul anlamına gelecek davranışlardan kaçınmalı(kabul etmediği halde gönderildiği işyerinde işbaı yapmak gibi.), kabul etmedikleri koşulu dayatan işverenlere karşı dayatılan koşulu kabul etmeyerek işverenin fiili olarak geçersiz fesih iddiasıyla mahkemeye başvurmaları ve eski şartlarda işe devam etmelerini sağlamalıdır.

Kaynakça

- ALP, Mustafa: "İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 21/2009(Ücret Değişikliği)
- ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005
- ALPAGUT, Gülsevil: "İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 9/2006
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri 20. Bası İstanbul 2007
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Çalışma Koşullarında Değişiklik", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayınları, Bodrum, 2005
- GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen seminer, 15-145
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2008, C.I –II.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005
- NARMANLIOĞLU, Ünal: "İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi" Yargıtayın İş Hukuku Kararlarını Değerlendirmesi 1986, İstanbul 1988, 3-35
- SOYER, M.Polat: "İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku", Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, İzmir,1983 (İşletme Rizikosu).
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2010.
- SÜZEK, Sarper: "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi Dergisi, S.1,2006
- ŞAKAR, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, Ankara 2010.
- ŞEN, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005
- ŞEN, Murat: "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat", E-Akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi(www.e-akademi.org), Mayıs 2005, erişim tarihi: 04.03.2011.(Feragat).
- UŞAN, Fatih: "4857 Sayılı Yasa'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Özel Sayı, 2007 (Değişiklik Feshi).

BİLGİ EDİNME HAKKI ve TÜRKİYE'DE BİLGİ EDİNME HAKKININ KULLANIMI USULÜ İLE KULLANMA KONUSUNDA YAŞANILAN SORUNLAR

Gülşah GÜVEN¹

GİRİŞ

Gelişen ve değişen dünya koşullarına paralel olarak geçmiş dönemlerin aksine bireyler yaşadıkları toplumda olan biten tüm konularda aktif olarak rol almak veya ortaya çıkan tüm sorun ve gelişmelerin her aşamasını öğrenmek istemektedirler. Esasında bu durum “hukuk devleti” olma ilkesinden hareketle özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan “şeffaf yönetim-özgür toplum” anlayışının bir sonucudur. Çünkü bireyler artık adeta birer piyon olarak siyasi iktidarların menfaatlerine hizmet etme rolünü terk edip siyasi iktidarları sorgulayarak kendilerine en iyi hizmetin ne şekilde verileceğini araştırma rolünü üstlenmeye başlamışlardır. Ne yazık ki halen aşırı devletçi zihniyet ve mutlak iktidar gücü bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eder şekilde dahi kullanılıyor olsa da diğer yandan toplumdaki her bireyin bilinçlenmesi ile şeffaf yönetim anlayışına yakışır gelişmeler ortaya çıkmaktadır.

A. Bilgi Edinme Hakkı ve Tarihsel gelişimi

Bilgi Edinme Hakkı Nedir?

Bilgi edinme kavramı demokratik toplumlarda hem bir hak hem de bir özgürlük olarak nitelenmektedir. Bu durumda ilk olarak demokratik toplum ile neyin açıklanmak istediği anlatılmalıdır. Demokratik toplum; yalnız serbest seçimlerin değil fakat hukuka uygun devlet ilkesinin (hukuk devleti) uygulandığı, insan haklarının tam ve eksiksiz geçerlilik bulduğu, devlet erklerinin birbirinden kesin olarak ayrıldığı özel mülkiyete saygının, dinsel hoşgörünün ana temelde ifade özgürlüğünün egemen olduğu siyasal demokrasidir². Bu noktadan bakıldığında bu kavramın kişisel özelliği düşünüldüğünde yani bu kavram bireylerin kendi iç yaşamları ve hayat alanları açısından sahip oldukları bir değer olarak nitelendiğinde bir **ÖZGÜRLÜK**; başka kişi ya da kurumlara ileri sürebileceği, talep edebileceği bir değer olarak bakıldığında ise bir **HAKTIR**³. Nitekim gelişen ve değişen uluslar arası düzene uyum sağlayabilmek ve de-

1 İstanbul Barosu Stajyer Avukatlarından

2 Dönmezer, Sulhi, “Demokratik ve Uygur Topumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi”, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:1, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 2003, s.10

3 Yasamis, Firuz, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s.2; Simsek İmren, Ebru/Güven Ahmet, Demokratik ve Şeffaf Yönetimi Anlamlandıran Bir Hak: ‘Bilgi Edinme Hakkı’, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi. 1, 2007, s.3-4,

mokratik toplum olma bilincinin sağlanması için açık, şeffaf yönetim⁴ ilkelerinden hareketle 2004 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁵ kabul edilmiştir. Böylelikle vatandaşlara demokratik bir toplumun gereği olan **bilgi toplumu olma ve şeffaf yönetim hizmeti** sunulması imkânı yaratılmıştır⁶. Bilgi Edinme Kanunu'nun 1. maddesi açıkça bu kanunun amacının eşitlik, şeffaf yönetim ve demokratik toplum gereklerine uygun hareket edilmesi olduğunu belirtmektedir⁷.

En dar tanımı ile Bilgi Edinme Hakkı devlet kamu ve kuruluşlarının elinde bulunan bilgi ve belgelerin gerçek veya tüzel kişiler tarafından talep edilmesi hakkıdır⁸. Günümüz toplumlarında demokratik gelişim sürecine ve değişimlerin takip edilmesine paralel olarak ortaya çıkan bilgi edinme hakkı ile katılımcı demokrasi, açıklık, şeffaflık, hesap verilebilirlik kavramlarına büyük önem verilmiş ve bu hakkın kullanımı ile yönetim sürecinin yaşanılan gelişim ve değişimlere ayak uydurması sağlanmaya çalışılmıştır⁹.

Bilgi Edinme Hakkını Gelişim Süreci

Bilgi edinme hakkı her ne kadar son 20 yıllık dönemde sıkça bahsedilen bir hak olsa da çok uzun yıllar önce ortaya çıkan ve vatandaşların farkındalık kapsamına giren bir haktır. 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar dünya toplumlarında devletin mutlak otoritesi korunmakta ve yönetim vatandaşlardan gizli, vatandaşlara kapalı ve hiçbir şekilde vatandaşların katılımına imkân tanımayan bir anlayış ile ifa edilmekteydi. Gelişen ve değişen teknolojik, bilimsel gelişmelere ayak uyduramayan modern yönetimden tümüyle uzak geleneksel bir yönetim anlayışı bu dönemde hâkimiyetini sürdürmekteydi¹⁰. Fakat ikinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanılanlara paralel olarak 20. yüzyılın ikinci yarısı ve özellikle 21. yüzyılın başındaki gelişmeler ile bilgi edinme hakkı çok büyük ve köklü bir değişime girmiştir.

Nitekim bilgi edinme hakkının değişim sürecine girmesinde uluslararası alanda ortaya çıkan yolsuzluklar, sivil toplum kuruluşlarının bilgiye erişime yönelik faaliyetleri, uluslar arası bilgi edinme hakkını bir **"İnsan Hakkı"** olarak niteleyen uluslar arası sözleşmelerin¹¹ yapılması, bölgesel antlaşmalar, yönetim anlayışındaki önemli farklılaşma, basının bu hakkın önemini sürekli gündeme getirmesi ve son olarak **"Bilgi Toplumu"** mantığının yerleşmesi çok büyük katkı sağlamıştır¹².

4 Akyıldız, Fulya, "Bilgi Toplumu Yönetim Anlayışı"nın Gerçekleşebilmesi İçin Zorunlu Bir Hak: Bilgi Edinme Hakkı, s.1.; Simsek İmren/Güven, a.g.e., s.1

5 Resmi Gazete ile Neşir ve İlân: 24 Ekim 2003, Sayı: 25269

6 Dönmezer a.g.e., s.11

7 4982 BEK m.1: Bu Kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

8 E4, Başak, Bilgi Edinme Hakkı Kullanma Klavuzu, s.5, TESEV Yayınları, Eylül 2007

9 Akyıldız,a.g.e., s.1. Simsek İmren/Güven a.g.e., s.1

10 Simsek İmren/Güven, age. . s.2

11 Akyıldız; a.g.e., s.2

12 Er, a.g.e., s.10-11

Bilgi Edinme Hakkı'nın Günümüzdeki Konumu

Açıklanan nedenlerle tüm dünya ülkelerinin girmiş olduğu değişim süreci ve teknolojik değişimlerin getirdiği yenilikler devletlerin yönetim anlayışına ve bilgi toplumu mantığına uygun olarak değişimler doğurmuştur. Dünya devletlerinin kabul ettiği üzere her devletin kendi ulusunun menfaatinin korunması yükümlülüğünün yanı sıra uluslar arası toplumun varlığı ve uluslar arası toplumun düzen ve refahının sağlanmasına ilişkin yükümlülükleri de büyük önem taşımaktadır. Her devlet kendi ulusunun menfaatlerini korumakla ve kendi vatandaşlarına ilişkin koruma ve özgürlük sağlamakla aslında uluslar arası toplum düzenini korumaktadır¹³. İşbu nedenlerle özellikle 20.yüzyılın ikinci yarısı ve 21. yüzyılın başlaması ile birlikte Bilgi edinme hakkı temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmekte ve yaklaşık olarak dünya ülkelerinin yetmişinde bu hak temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, hala hakkın özü kavranamamış olsa da, belirtmek gerekir ki Türkiye de 2004 yılında bilgi edinme hakkı ve hakkın ne derece önemli olduğu gerçeğini benimseyerek dünya üzerindeki azınlık olarak nitelenebilecek özgür anlayışa sahip ülkeler arasında girmiştir.

1982 Anayasası'nın 2010 değişikliği ile düzenlenen 74. maddesine "**Bilgi Edinme Hakkı**" da eklenmiş ve bu hak açısından anayasal güvence yaratılmıştır. Ayrıca Bilgi Edinme Kanunu m. 4 açıkça "**HERKESİN**" bilgi edinme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. İlgili mevzuattan bahisle bu hakkın kullanılmasında "**eşitlik**" ilkesi esastır ve hiçbir ayırım gözetilmeden hakkın kullanımı imkânı mevcuttur¹⁴. Bu hakkın kullanılması için talep edinilen bilgilerin neden talep edildiğinin ileri sürüldüğüne dair bir açıklamaya ya da talep edilenler ile bir ilişkinin varlığının denetlenmesine gerek yoktur¹⁵. İlgili kişi veya temsilcisi yetkili olduğunu açıklayan bir dilekçe ile Bilgi Edinme Kanunu madde 6 uyarınca bilgi ya da belge talep ettikleri kamu kurum veya kuruluşuna bilgi başvurusunda bulunurlar¹⁶. Başvuru dilekçe ile olabileceği gibi elektronik ortamdan da yapılabilir. Hangi bilgi ve belgelerin talep edilebileceği anılan kanunun 7. maddesinde belirtilmiştir. Başvuru ile talep edilen belge mutlaka kamu kurum ve kuruluşlarının görev alanında olmalıdır. Ayrıca bir

13 Pazarıcı, Hüseyin, Uluslar arası Hukuk, Turhan Kitabevi, 7. Bası, 2008; Ankara, s. 1-3, Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta Yayınevi, 5. Bası, 2000.İstanbul, s.7-8

14 BEDK, 2006/85E.

15 Er, Başak, Bilgi Edinme Hakkı Kullanma Klavuzu, TESEV Yayınları, Eylül 2007, s.23; BEDK 2006/85

16 4982 s. BEK m.6: Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşta yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir. Dilekçede, istenen bilgi veya belgeler açıkça belirtilir.

çalışma gerektiren bilgi ve belgelerin istenmesi talebine takdiri olarak kurum veya kuruluşlar olumsuz cevap verebilirler. Her ne kadar bilgi edinmenin bir hak ve özgürlük olduğu belirtilmiş ise de her hakka getirilebileceği gibi bu hakka da anılan kanun ile sınırlama getirilmiştir. Adı geçen kanunun 4. Bölümünde bilgi edinme hakkının sınırları çizilmiştir. Ancak konu ile yakın ilişkide olmadığından her bir sınırlama için ayrıntılı bilgi verilmeyecektir.

B. Bilgi Edinme Hakkının demokratik toplumda yeri

Yönetim Anlayış

Dünya ülkelerinin çoğunun devlet otoritesini ve kamu yararını birey hak ve özgürlüklerinin ötesinde bir güç olarak algıladıkları dönemde geleneksel yönetim anlayışı kabul edilmekteydi. Bu anlayışa göre önemli olan yönetimin devlet otoritesi ile sıkı bir ilişki içerisinde hareket etmesi, kapalı olması ve gizlilik esası bağlamında vatandaş-devlet ilişkisinin yürütülmesiydi. Ancak uluslararası toplum bilincinin yayılması ile birlikte dünya ülkeleri gelişen uluslararası sözleşmeler, sivil toplum örgütlerinin özgürlükçü ve birey odaklı faaliyetleri¹⁷ ile yönetim anlayışında köklü bir değişim yaşanmıştır.

Bu gelişmelere paralel olarak açık, şeffaf yönetim anlayışı kabul edilmeğe başlanmıştır. Bu noktada daima gizemli olduğu düşünülen yönetime yani kamu kurum ve kuruluşlarına yaptıkları faaliyetler konusuna vatandaşların erişim hakkı ortaya çıkmıştır. Böylece her türlü bilgi **"HERKESE"** açık hale getirilmiştir. Bu şekilde vatandaşların yönetim erkinin ne şekilde kullanıldığına yönelik düşünceleri oluşmakta ve bu sayede edindikleri bilgiler ile yönetime katılma yani demokratik toplum olma niteliği gelişmektedir¹⁸. Zira ortaya çıkan bilimsel ve teknolojik gelişmeler bilgi toplumu olma vasfını dünya ülkelerinde yaygın hale getirmekte ve bu bağlamda demokratik toplumda yönetimin açık ve şeffaf olma yani vatandaşların yapılan işlemleri denetleme, bilgi sahibi olma niteliğini de geliştirmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Raportörü konu ile ilgili olarak sivil toplum örgütlerinin bilgi edinme hakkı kapsamında yaptığı çalışmalara dayanarak 2000 yılındaki raporu ile bilgi edinme hakkının temel ilkelerini dünya devletlerine açıklamıştır¹⁹;

- **Azami noktada bilginin açıklanabilir olması gerekmektedir.**
- **Bilginin yayımlanma yükümlülüğünün devletlerce kabul edilmesi**
- **Açık, şeffaf yönetim anlayışının benimsenmesi**
- **Verilen bilgilerle ilgili sınırlamanın dar olması**

17 Akyıldız; a.g.e., s.4-5

18 Düşünce Dizisi-10, Türkiye' de İfade Özgürlüğü, BGST Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2009, s. 16-17; Simsek İmren/Güven, a.g.e., s.6

19 ER, a.g.e., s.19-20

- **Bilgiye erişim sürecinin zorlu olmaması**
- **Vatandaşlar dikkate alınarak ücretlerin makul miktarda olması**
- **Kamuya açık toplantılar**
- **Kamu yararına açıklama yapanların korunması**

Anılan raporun dikkate alınması ve bilgi toplumu kavramının benimsenmesine paralel olarak ülkeler yönetim anlayışlarını şekillendirmekte ve bilgi edinme hakkı kavramının önemi kamu kurum ve kuruluşlarına anlatıldığı gibi vatandaşlarda eğitmektedirler.

Bilgi Toplumu Anlayışı ve Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi akışının egemen olduğu, devlet tarafından tutulan her türlü kayıt ve belgelerin vatandaşlara sunulması imkânının bilincine varıldığı, yaşanan her türlü teknolojik değişim ve gelişimin yönetim anlayışına kolaylıkla dâhil edildiği, internetin yaygın kullanımının bulunduğu toplum bilgi toplumu olarak nitelenmektedir²⁰.

Bu açıklamalar açıldığında bilgi edinme hakkı değerlendirildiğinde; idare çoğu zaman yaptığı değişiklikleri kamu oyu yoklaması almadan²¹, çoğulcu mantığı her zaman göz önüne almadan tek taraflı bir irade ile yapmaktadır. Bu noktada vatandaşlar yapılan bu değişikliklerin ne gibi yenilikler doğuracağını ve kendi haklarını ne şekilde etkileyeceğini bilgi edinme hakkı kullanımı ile öğrenebilirler. Bilgi edinme hakkı ile halk yönetimde açıklık ilkesini tam anlamı ile kullanır ve yapılanlar hakkında düşünce sahibi olarak söz söyleme hakkına sahip olurlar. Bu durum bilgi toplumu olmanın bilgi edinme hakkı nedeniyle doğurduğu en önemli sonuçtur. Yani bu şekilde demokratik toplumun en önemli unsurunun birey menfaati olduğu yinelenmiş olur. Bu doğrultuda bilgi edinme hakkı demokratik toplumun temelini teşkil etmektedir. Zira bu hak kişilerin istedikleri konuda hiçbir açıklama yapma ihtiyacı duymaksızın ilgili kurum ve kuruluştan bilgi talebinde bulunmasına imkân yaratır. Bu durum hukuk devleti olmanın bir gereğinin yerine getirilmesini de sağlamaktadır.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanımı ve İtiraz Yolları

Bilgi edinme hakkının kabul edildiği tüm ülkelerde hâkim olan ilke; herkesin hiçbir açıklama yapmaksızın, ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi talebinde bulunma hakkına sahip olduğudur²². Her ülke kendi mevzuatı ile bilgi edinme hakkını düzenlemektedir. Mutlak bir uygulama ve tek bir yöntem olmamakla birlikte genel ilkenin uygulanması sonucunda ilgili kurum ve kuruluşların istenen bilgiyi verme yükümlülüğü bulunmaktadır.

20 Simsek İmren/Güven, a.g.e.3-4; Akyıldız, a.g.e. S. 4

21 Simsek İmren/Güven, a.g.e. s.7-8

22 Er, a.g.e., s.23;

Genel uygulama dikkate alınır ise her ülke bilgi istenecek organ olarak yönetimde yürütme ve idare faaliyetlerini ifa eden organlardan bilgi istenebileceğini belirtmiştir²³. Bu durumda devletin pozitif yükümlülüğü²⁴ devreye girer. Yönetimler vatandaşların istediği bilgiyi mevzuatlarında belirtilen zamanda verme yükümlülüğüne sahiptir. İlgili yönetim vatandaşın istediği bilgiyi toplamalı, erişilebilir kılmalıdır. Bu noktada belirtilmelidir ki kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyet alanı çerçevesinde ellerinde bulunan her türlü bilgi vatandaşlar tarafından bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilebilir. Ancak her ülke yine kendi iç hukukundaki düzenlemeye bağlı olmak koşulu ile sınırlamalarda bulunabilir. Nitekim Türkiye’de 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında sınırlamalara yer vermiştir.

Devletler kendi düzenlemelerine uygun olarak belirlenen sürelerde başvurulara cevap verme yükümlülüğüne sahiptir. Red nedenlerinin ülke kanunlarında sayılı olan haklı nedenler olmaması durumunda çeşitli itiraz mercileri bulunmaktadır. Dünyadaki uygulamalara bakıldığında²⁵;

- ***Aynı kurum içinde bulunan bir üst makama başvurulabilir.***
- ***Bağımsız idari organlara başvurulabilir***
- ***Konuya ilişkin özel mahkemeler mevcut ise bu makamlara başvurulabilir***
- ***Ulusal yargı yoluna başvurulabilir***

C. Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve İlgili Mevzuat

Yasal Düzenlemeler

Türkiye’de bilgi edinme hakkı son yıllarda fazlasıyla gündeme gelen bir haktır. Yaşanılan değişim sürecinin takibi amacı ile hareket edilse de ülkemizde hala geleneksel yönetim anlayışı ve kamu yararına bağlı olarak devlet egemenliğinin ağır, sıkı otoritesi bireyler üzerinde hüküm sürmektedir. Avrupa Birliği uyum sürecine bağlı olarak yaşanan değişim ve gelişimler doğrudan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan Türkiye’de de temel hak ve özgürlüklere önem verilerek değişimler yapılmıştır. Kamu otoritesi ve kamu yararından çok birey odaklı hareket etme çabası ortaya çıkmış ve birey menfaati kamu menfaatinden öteye taşınmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1946 tarihli kararında bilgi edinme hakkını temel bir insan hakkı olarak kabul etmiştir. Yapılan uluslar arası sözleşmeler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun anılan kararına atıfla bilgi edinme hakkını ayrı bir madde olarak düzenlemese de bu hakka temel bir hak niteliği kazandırarak hazırlanan uluslar arası metinlerde yer vermişlerdir²⁶.

23 Er, a.g.e., s.22

24 Akyıldız, a.g.e., s.8

25 Er, a.g.e., s. 16-17

26 Avrupa İnsan Hakkı Sözleşmesi madde 10; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel

Türkiye’de Avrupa Birliği uyum sürecinde yapılan birçok değişiklik arasında 2004 yılında kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çok önemli bir adım teşkil etmektedir. Zira bu hak tüm dünya genelinde yeni yeni vücut bulmuş, kabul görmüştür. Oysa Türkiye insan hakları konusunda yaşadığı sayısız soruna rağmen bu konuda çok önemli bir adım atmıştır. Ancak bu denli ciddi ve uluslar arası toplum menfaatine hizmet etme açısından kayda değer bir adım atılmış olmasına rağmen hakkın kullanımını konusunda halen vatandaşların önü kesilmekte ve kamu gücünün mutlak hâkimiyeti mantığı bilgi edinme hakkı kullanımını engellemektedir.

Bilgi Edinme Hakkı Kullanım Şekli

Bilgi Edinme Hakkı’nın kullanımına ilişkin usul ve esaslar Bilgi Edinme Kanunu ile ayrıntılı olarak açıklanmıştır. İşbu kanun uyarınca hakkın kullanımı aşağıdaki şekilde gerçekleşmektedir.

a. Başvuru Usulü;

Kanun’un 1. maddesinde kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Bu amaç doğrultusunda adı geçen kanunun 4. maddesi açıkça bilgi edinme hakkını düzenlemiştir²⁷. Aynı kanunun 6. maddesi uyarınca başvuru sahibi gerçek kişi ise adı, soyadı, adresi, imzası veya başvuran tüzel kişi ise unvan ve adresi ile yetkili kişinin adı, yetki belgesi ve imzası başvuru dilekçesinde bulunmalıdır²⁸. Başvuru elektronik ortamda yapılabileceği gibi posta yolu ile de yapılabilir.

b. Başvuru Koşulları;

Başvuran başvuru dilekçesinde hangi bilgileri istediğini açıkça bildirmelidir. Ayrıca bu bilgileri neden istediğine dair herhangi bir açıklama yapmasına gerek yoktur. Bu noktada belirtmek gerekir ki başvuru talebi ettiği bilgi veya belgeler ilgili kurum tarafından özel bir araştırma yapılarak toplanacaksa kurum bu bilgi veya belgeleri başvurucuya vermekle yükümlü değildir.

Beyannameyi madde 19; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 19

27 BEK m.4: Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir.

Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.

Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır.

28 BEK m.6: Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.

Dilekçede, istenen bilgi veya belgeler açıkça belirtilir.

Bu durum anılan kanunun 7. maddesinin 2. Fıkrasında açıkça belirtilmiştir²⁹. Kurumca çeşitli şekillerde açıklanmış olan bilgi ve belgelerin ayrıca bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilmesi onucu cevap verme durumu söz konusu değildir. Zira bu bilgi ve belgeler zaten aleniyet kazandığından bilgi edinme hakkına konu olmaz³⁰.

c. Kurum ve Kuruluşların Yükümlülükleri;

Demokratik bir toplumda bilgiye erişim özgürlüğü yönetim anlayışı açısından çok önemlidir. Zira bilgiye erişim yani bilginin paylaşılması aynı zamanda bireylerin yönetime katılması anlamına gelmektedir³¹. Bir anlamda idarenin denetlenmesi ve yönetimin gerçek anlamı ile demokratik ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşması sonucu da ortaya çıkacaktır. İşte bu amaçlar doğrultusunda kamu kurum ve kuruluşlarının da talep edilen bilgi ve belgeleri ivedilikle başvuruculara sunmaları temelde demokratik bilgi toplumunun gereklerini ifa etmektedir.

Bilgi Edinme Kanunu madde 10 açıkça kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yetkisini hükme bağlamıştır. Kanun koyucu hiçbir kamu kurum ya da kuruluşu arasında ayırım yapmaksızın kamu gücünü kullanan her kuruluşun talep edilen bilgileri verme yükümlülüğünü açıkça ortaya koymuştur³². Görülmektedir ki kanun koyucu açıkça demokratik toplumun getirdiği saydam yönetim amacına uygun hareket etmektedir.

Kendisine başvuruda bulunulan kurum istenilen bilgi ve belgelere ilişkin olarak 15 iş günü içinde ilgiliye cevap vermek zorundadır³³. Fakat önemle belirtmek gerekir ki bu başvurunun yasallığı ve resmiyeti durumundan şüphe duyulmaması için mutlaka başvuruda bulunulan kurum adına cevap verilme-lidir. Yani cevabın ilgili kurum tarafından gönderildiği konusunda hiçbir şüphe bulunmamalıdır.

29 BEK m.7/2: Kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebilirler

30 BEK m. 8: Kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya yayın, broşür, ilân ve benzeri yollarla kamuya açıklanmış bilgi veya belgeler, bilgi edinme başvurularına konu olamaz. Ancak, yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi veya belgelerin ne şekilde, ne zaman ve nerede yayımlandığı veya açıklandığı başvurana bildirilir.

31 Simsek İmren/Güven, age, s.6

32 Simsek İmren/Güven, a.g.e., s.12; Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Uluslar Arası Konferansı, Konferans Tutanakları, Mart 2006, TESEV YAYINLARI, s. 78

33 BEK m.11: Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi onbeş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvuru kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve onbeş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.

10. maddede belirtilen bilgi veya belgelere erişim için gereken maliyet tutarının idare tarafından başvuru sahibine bildirilmesiyle onbeş iş günlük süre kesilir. Başvuru sahibi onbeş iş günü içinde ücreti ödemezse talebinden vazgeçmiş sayılır.

Ne yazık ki uygulamada özel e-mail adreslerinden, cevap verenin kim olduğuna dair hiçbir bilgi beyan edilmeden, cevabın içeriğini oluşturan bilgi ve belgelerin ne şekilde ortaya konulduğu açıklanmadan cevaplarda bulunulmaktadır. Nitekim bu durum verilen bilgilerin meşruiyetini ve yasallığını sekteye uğratmakla kalmamakta bilgi edinme hakkını da ihlal etmektedir.

Belirtilen sürenin 2 istisnası bulunmaktadır³⁴;

1) Eğer istenilen bilgi veya belge tek birimden elde edilemiyorsa sürenin 30 iş gününe uzaması durumu ortaya çıkar. Ancak bu tür bir durumda süresin uzatılma nedeni ve süre yine 15 iş günü içerisinde ilgiliye bildirilmelidir.

2) Bilgi veya belgeye erişimin sağlanması belir bir harcama gerektiriyorsa süre dondurulur. İlgiliye bu durumun bildirim sonrası ücret ödenir ise işlemler kaldığı yerden devam eder. Ancak başvuru sahibi 15 iş günü içinde ödemeyi yapmazsa başvuru talebinden vazgeçmiş kabul edilir.

Kurum başvuruları yasal süresi içinde yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirir. Eğer red durumu mevcut ise bunun nedeni de açıklanmalıdır. Ayrıca ilgili kurum başvuruların süresinde ve tatmin edici şekilde cevaplanması için “bilgi edinme hakkı kullanım birimleri” oluşturmalı ve sınıflandırma yolu ile başvuru kayıtlarını tutmalı, arşivleme yapmalıdır. Zira bu durumlarda bilgi edinme hakkı kapsamında sayılır³⁵. Konunun daha iyi açıklanması için kamu kurum ve kuruluşlarının bilgi edinme hakkının kullanılmasını hususundaki sorumluluklarının ayrıntılı olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Bilgi edinme hakkı ile ilgili eğitim verme; Türkiye demokratikleşme sürecini ağır bir şekilde atlatan bir ülkedir. Ancak demokratik toplum olma ve hukukun gelişmesi hızlı ve çok sağlam temellere dayanarak gerçekleşmektedir. İşte bu noktada Türkiye hem dünya gelişmelerine uymak hem de Avrupa Birliği uyum sürecini sağlam bir şekilde atlatmak için 2004 yılında Bilgi Edinme Kanunu'nu iç hukuk mevzuatına dâhil etmiştir. Nitekim bilgi edinme hakkı 20 yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmış ve 21. Yüzyılda hızla gelişerek bir **insan hakkı** haline almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 10. maddesi (AİHS) ifade özgürlüğünü düzenlemektedir. Hem madde metni hem de yüksek mahkeme bilgi edinme hakkını da madde 10 kapsamında görmektedir³⁶. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır. **İşte bu bilgiler ışığında kamu kurum ve kuruluşları hem bünyelerinde görev yapmakta olan personeli**

34 Er, a.g.e., s.27

35 Er, a.g.e., s.26

36 AİHM, Özgür GÜNDEM/Türkiye, Başvuru No: 23144/93, Karar tarihi: 16.03.2000; AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976; AİHM, Zana/Türkiye, Başvuru No: 18954/91, Karar Tarihi: 25.11.1997

hem de vatandaşları günümüzde temel bir insan hakkı olarak kabul edilen bilgi edinme hakkı konusunda bilgilendirmelidir. Toplumdaki her bireyin eğitim seviyesinin aynı olması mümkün olmadığından hareketle her vatandaşın diğer hakları olduğu gibi bilgi edinme hakkını da doğrudan algılaması ve kullanmaya başlaması düşünülemez. Bu noktada devlet çok büyük bir yükümlülük altına girmektedir. Bu eğitim yükümlülüğünü de kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile gerçekleştirmelidir. Öncelikle bünyesindeki personeli bilgi edinme hakkı ve hakkın kullanımı ile eğitmeli ardından halka bu yönde bilgilendirme açıklamaları yapmalıdır.

Bilgi edinme hakkının kullanımında kolaylık sağlama; Yukarıda da açıkladığım gibi vatandaşların eğitim seviyeleri aynı olmadığından bahisle vatandaşların yaşı, yaşadığı şehir koşulları vb. dikkate alınarak bu hakkın kullanımını kolaylaştırmak ve herkesin rahatlıkla bu hakka erişimini sağlamak yine kamu kurum ve kuruluşlarının görevidir.

Ücret politikası; Vatandaşların temel bir hakkını kullanmaları için kamu kurum ve kuruluşlarına fahiş miktarlar ödemeleri düşünülemez. Zira bu ne hukuk devleti ne de demokratik toplum ilkelerine uygun düşmemektedir. İşbu nedenle 27 Nisan, 2004 tarih ve 25445 sayılı Resmi Gazete’de Karar Sayısı: 2004/7189 ile yayımlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik ile bilgi edinme hakkı kullanımında ücret durumunu 22. maddesi ile düzenlemekteydi. Bu maddeye göre her kurum ve kuruluş bünyesindeki faaliyetleri de dikkate alarak başvuru sahibinden talep ettiği bilgi ve belgelerle “Orantılı” olma koşulu ile kendi ücret tarifesi-ne göre bir bedel tahsil edecekti. Bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra vatandaşlar bilgi edinme hakkını kullanarak bilgi talep ettikleri kamu kurum ve kuruluşlarından **“ücrete ilişkin net bir düzenleme olmadığından bahisle bilgi edinme taleplerinin reddi”** ile karşılaşmışlardır³⁷. Bu gibi durumların engellenmesi için Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik³⁸ yürürlüğe girmiş ve 22. maddeyi değiştirmiştir. Bu değişiklik uyarınca ücret politikası her yıl için **“Maliye Bakanlığı”** tarafından belirlenecektir. Maliye bakanlığı tarafından belirlenen tarife dışında vatandaşlardan ücret talep edilmesi söz konusu değildir. Böylece kamu kurum ve kuruluşları vatandaşların bilgi edinme hakkı kullanımına herhangi bir engel ortaya çıkarmamış olmaktadır. Üstelik Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (**BEDK**) konuya ilişkin olarak 25.3.2005 tarih ve 2005/1 sayılı emsal kararı ile bu durumu açıkça hükme bağlamıştır. Böylece kamu kurum ve kuruluşları yalnızca erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar yani orantılı olarak ücret talebinde bulunacaklardır³⁹. Maliye Bakanlığı ise 14.2.2006 tarih ve 26080 sayılı Resmi

37 BEDK, 2005/35

38 10 Kasım 2005 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25989

39 BEDK, 2005/74; BEDK,2005/90; BEDK, 2005/97, BEDK, 2005/165; BEDK; 2005/169

Gazete' de yayınlanan Bilgi ve Belgeye Erişim Ücreti Genel Tebliği (Sıra No:1) ile ücret tarifelerini belirlemiştir⁴⁰. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; ücret talep edilmesi zorunlu değildir⁴¹. Ancak ilgili kamu kurum ya da kuruluşu maliyet tutarını dikkate alarak genel tebliğe ve ücret tarifesine uygun şekilde ücret talebinde bulunabilir. Ancak belirtmek gerekir ki başvuru için gereken ücretlerin vatandaşları bilgi edinme hakkı kullanımından caydıracak tutarda olmaması demokratik, sosyal bir hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Kamu kurum ve kuruluşları kendilerine gelen bilgi edinme talepleri sonrasında taleplerin kendilerine ulaşmasından itibaren 15 iş günü içinde bu bilgi edinme isteğini cevaplamak zorundadırlar. Ancak talep edilen bilgi veya belge ayrı bir araştırma ve inceleme gerektiriyorsa bu süre 30 iş günü olarak belirlenmiştir. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve 15 iş günü olarak belirlenen sürenin bitiminden önce bildirilir⁴². Başvuran sadece kanunun 4. Bölümü kapsamına girmeyen bilgi ve belgeleri talep edebilir. İlgili makam maliyet tutarını başvurana bildirince 15 günlük süre kesilir. Başvurana ayrıca ücret bildirimini sonrası 15 günlük süre verilir. Bu sürede ücret ödenmezse başvurudan vazgeçmiş sayılır. Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvurana iletirler. Eğer başvuru reddedilirse bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir⁴³.

40 http://www.nvi.gov.tr/BilgiEdinme,Bilgi_Edinme_Hakkinda.html?pageindex=4 (Z.T.: 15.5.2012)

41 BEDK, 2006/173

42 BEK m.11/1: Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi onbeş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvurulanan kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve onbeş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.

Yön. M. 20: Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi on beş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvurulanan kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine on beş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.

43 BEK m. 12: Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir.

Yön. m. 24: Bilgi edinme istemi Kanununun 16 ve 17. maddelerinde öngörülen sebeplerle reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz edebilir. İtiraz yazılı olarak yapılır. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir.

20. maddede belirtilen süreler içinde, kurum ve kuruluşlar tarafından başvuru sahibine olumlu veya olumsuz herhangi bir cevap verilmemesi halinde başvuru, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca altmış günün geçmesiyle reddedilmiş sayılır.

İkinci fıkra gereğince bilgi edinme istemi Kanununun 16 ve 17. maddelerinde öngörülen sebeplerle reddedilmiş sayılan başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce dava açma

d. Başvurunun Kapsamı;

İlgili kanun uyarınca başvuran ilgili kanunun 4. Bölümündeki hükümlerde yer alan bilgiler ile ilgili olarak bilgi edinme hakkı başvurusunda bulunamaz. Ancak açık ve şeffaf yönetimden söz edilirken kanunda bu denli sıkı bir sınırlamanın varlığı kabul edilebilir bir niteliğe sahip değildir. Zira bu noktada yine geleneksel yönetime dönüş yapılmaktadır. Önemle üzerinde durulması gereken husus şudur ki; bilgi edinme hakkı ile talep edilen bilgilerin verilmemesinde mutlak ve ağır bir kamu menfaati yoksa bu bilgilerin hak kapsamı dışına çıkarılmasının hiçbir meşru nedeni bulunmamaktadır.

Yabancıların Başvuru Durumu

Konu ile ilgili olarak Dış İşleri Bakanlığı 17 Ekim 2008 tarihinde resmi gazetede yayımlanan bir tebliğ çıkarmıştır⁴⁴. Bu tebliğin amacı 'Türkiye' de ikamet eden yabancılar ile yabancı vatandaşlığa tabi olan ancak Türkiye' de faaliyette bulunan tüzel kişilerin bilgi edinme hakkının kullanımının düzenlenmesidir. Adı geçen tebliğ karşılıklılık unsuruna atıfta bulunmuştur ve hangi ülkeler ile Türkiye arasında karşılıklılık bulunduğunu tebliğin 4. maddesi ile belirtmiştir. Fakat uygulamada karşılıklılık bulunmasına rağmen bilgi edinme hakkının kullandırılmadığı yani ihlalinin ortaya çıktığı da görülmektedir.

İtiraz Yolları

Bilgi edinme hakkı kullanımı sonrasında hiçbir yasal gerekçe olmaksızın veya yasal gerekçelerin çarpıtılarak hakkın kullanımının engellenmesi amacı ile başvurunun reddedilmesi sonrasında Türkiye'de de itiraz yolları mevcuttur. İtiraz mekanizması başvuru reddedildiği zaman işlemeye başlar. Şöyle ki; başvurunun reddedildiği başvuran kişiye yazılı olarak bildirilir. Bu bildirimde red gerekçesi ve başvurulabilecek itiraz yolları da başvurulara bildirilir. Türkiye' de 2 farklı itiraz yolu bulunmaktadır.

a. Üst Makama Başvuru;

Başvurunun reddi üzerine başvuran kişi öncelikli olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na⁴⁵ (BEDK) itiraz yoluna başvurabilirler. 24 Nisan 2004 tarihinde Bilgi Edinme Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından 27 Mayıs 2004 yılında BEDK üyeleri belirlendi. 7 Haziran 2006 tarihinde ise BEDK usul ve yürürlüğüne ilişkin yönetmelik yayınlandı⁴⁶. Bilgi edinme hakkı kullanımının yaygınlaşmasının ardından Türkiye gibi şeffaf yönetim anlayışına geçiş sürecini ağır ve demokratikleşme adına sancılı geçiren bir ülkede hak ihlalleri

süresinin başladığı tarihten itibaren on beş gün içinde Kurula yazılı olarak itiraz edebilir.

Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir.

Kurula itiraz, başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur.

44 <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=9.5.12541&MevzuatIliski=0&so urceXmlSearch=bilgi%20edinme> (Z.T. 15.5.2012)

45 Bu çalışmada BEDK kısaltması ile kullanılacaktır

46 Resmî Gazete'de neşir ve ilanı 7.6.2006, Sayı: 26191

sıklıkla görülmektedir. Hakkın kullanımının engellenmesi ya da hakkın kullanılması sonucunda gereksiz, yetersiz red beyanları kamu kurum ve kuruluşları tarafından vatandaşlara yöneltilmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak vatandaşlar haksız bir şekilde haklarının kullanımını engellemek için itiraz mekanizmasının işletilmesi için gereken yollara başvurmaktadır. BEDK bu itiraz mekanizmalarının başında yer almaktadır⁴⁷. Bu yol zorunlu değil ihtiyari bir yoldur. Başvuran vatandaşların seçimine bırakılmıştır. Eğer başvuran vatandaş BEDK' ya itirazda bulunmak istiyorsa bu itirazını ilgili kurumun red kararı kendisine bildirmesinden itibaren 15 gün içerisinde BEDK' ya bildirmiş olmalıdır⁴⁸.

İtiraz bir dilekçe ile yapılmaktadır ve Kurul konu ile ilgili kararını 30 iş günü içerisinde vermelidir. Kurula itiraz yoluna başvurulduğu zaman başvuran vatandaşın idari yargı yoluna başvurma süresi donar⁴⁹. Yani kurula başvuru diğer itiraz yolunu ortadan kaldırmamaktadır. BEDK, Bilgi Edinme Kanunu madde 14 uyarınca anılan kanunun 16. ve 17. maddelerinde sayılan red nedenlerinin somut olaydaki varlığını inceler ve gerekli kararı verir⁵⁰. Eğer bu

47 Er, a.g.e., s.37

48 Er, a.g.e., s.28

49 BEK m. 13: Bilgi edinme istemi (...) (*) reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurula itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler.

50 BEK m. 14: Bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine, (...) (*) verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere; Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur.

Kurul; birer üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içinden önercekleri ikiye aday, birer üyesi ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanlarında profesör veya doçent unvanına sahip kişiler, bir üyesi Türkiye Barolar Birliğinin baro başkanı seçilme yeterliliğine sahip kişiler içinden göstereceği iki aday, iki üyesi en az genel müdür düzeyinde görev yapmakta olanlar ve bir üyesi de Adalet Bakanının önerisi üzerine bu Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hâkimler arasında Bakanlar Kurulunca seçilecek dokuz üyeden oluşur.

Kurul üyeliğine önerilen adayların muvafakatları aranır.

Kurul Başkanı, kurul üyelerince kendi aralarından seçilir.

Kurul, en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Başkanın çağrısı üzerine toplanır. Kurul üyelerinin görev süreleri dört yıldır. Görev süresi sona erenler yeniden seçilebilirler. Görev süresi dolmadan görevinden ayrılan üyenin yerine aynı usule göre seçilen üye, yerine seçildiği üyenin görev süresini tamamlar. Yeni seçilen Kurul göreve başlayınca kadar önceki Kurul görevine devam eder.

Kurul üyelerine 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla fiilen görev yaptıkları her gün için (Değişik ibare: 5432 - 17.11.2005 / m.2) "(3000)" gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir. Bu ödemelerde damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. (Ek cümle: 5432 - 17.11.2005 / m.2) Bir ayda fiilen görev yapılan gün sayısının dördü aşması halinde, aşan günler için huzur hakkı ödenmez.

Kurul, belirleyeceği konularda komisyonlar ve çalışma grupları kurabilir; ayrıca gerekli gördüğü takdirde, ilgili bakanlık ile diğer kurum ve kuruluşların ve sivil toplum örgütlerinin temsilcilerini bilgi almak üzere toplantılarına katılmaya davet edebilir.

Kurulun sekretarya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilir.

Kurulun görev ve çalışmalarına ilişkin esas ve usuller Başbakanlıkça hazırlanarak yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir.

karar başvuran vatandaş için yeterli derecede tatmin edici değil ise hiç karar verilmemiş gibi idari yargı yoluna başvuru mümkündür. Kurul bu sürede olumlu ya da olumsuz bir karar vermezse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 10 uyarınca 60 günün geçmesi ile kurul red kararı vermiş sayılır. İtiraz kurula ulaştıktan sonra kurul ilgili yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca öncelikle usulden bir inceleme yapar. Tüm kurul üyeleri değil atanan raportör bu incelemeyi yapmaktadır. Eğer usulü açıdan bir sorun yoksa kurul itirazı esastan incelemeye başlar.

b. Yargı Yoluna Başvuru;

İlgili kamu kurum ve kuruluşların red kararlarına gidilebildiği gibi BEDK kararlarına karşı da İdare Mahkemeleri'nde ilgili işlemin iptali için dava açılabilir. Başvurunun reddinin yazılı bildirim sonrası İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca 60 gün içinde başvuran vatandaş idare mahkemelerinde "İptal Davası" açabilir. Bu durumda bilgi edinme hakkı kullanımı sonrası bilgiye erişiminin reddi hakkında yapılan işlemin iptalini veya durdurulmasını isteyebilir. Fakat belirtmek gerekir ki bu yargı yoluna başvuru da ihtiyaridir. Doğrudan bu yola başvurulabileceği gibi BEDK'ya başvuru da mümkündür. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi BEDK'ya başvurulması yargı yolunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki; başvuran vatandaş eğer itiraz yoluna gidecekse mutlaka elden veya posta yolu ile itiraz dilekçesini ilgili makama ulaştırmalıdır. İtirazlarda bilgi edinme hakkı talebinin ileri sürülmesinde olduğu gibi elektronik ortam ile bildirim söz konusu değildir.

Genel anlamda idari yargı yoluna başvuru aslında vatandaşların bilgi edinme hakkı kullanımında hiçbir engel ile karşılaşmamaları ve aksine devletin ilgili kuruluşlarının bu hakkı hem demokratik toplum hem de şeffaf yönetim için desteklemesi gerektiği yönündedir⁵¹. Bergama kararı olarak bilinen Danıştay 10. Dairesi 6.10.2010 Tarih, 2007/3823Esas ve 2010/7398Karar sayılı kararı idarenin bilgi edinme hakkı kullanımında vatandaşların yanında bir tutum sergilediğinin en açık örneğidir ve emsal nitelikteki kararlarından⁵². Nitekim konuya ilişkin olarak yine Danıştay 10. Dairesi'nin 6.3.2007 tarihli bir kararında; "Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde etkili ve önemli araçlardan birisi "idarenin şeffaflığı ilkesi" olup, bu ilkeyi tamamlayan haklardan en önemlisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür. İdarenin şeffaflığı, her şeyden önce idarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre ve güvenilir bir sistem içerisinde yürütmesi sağlamaya yöneliktir. Ayrıca, yönetilenlerin karar alma süreçlerine katılımına, denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işletilmesine ve bireylerin hak arama özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanmasına yardımcı olur. (...)bilgi edinme amaçlı başvuruların, gizlilik kuralı ileri sürülerek

51 Ankara 16. İd. Mah., 08/1328E.; Bursa 3. İd. Mah., 10/730E. ; Ankara 2. İd. Mah., 08/2092E. Ankara 11. İd. Mah., 08/1713E.

52 Dan. 10. D 6.10.2010 Tarih, 2007/3823Esas ve 2010/7398Karar

tümüyle reddinin; hak arama özgürlüğünün etkili şekilde kullanılmasının kısıtlanması anlamına geleceği açıktır.” şeklinde açıklamalarda bulunarak bilgi edinme hakkının demokratik toplumlar açısından ne derece büyük bir öneme sahip olduğunu göstermiştir⁵³.

c. Şikâyet Usulü

Bilgi Edinme Kanunu madde 29 uyarınca bilgi edinme taleplerine ilgili ve görevli kurumda çalışanların kasten veya ihmali suretiyle **“süresinde”** cevap verilmemesi halinde şikâyet yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir⁵⁴. Her ne kadar bu şekilde bir şikâyet usulü belirlenmiş olsa da vatandaşlar verimli sonuç alamamaktadırlar. Zira kurum içinde haksız eylemin yaptırımı tabi olması ülke standartları dikkate alındığında pek mümkün değildir.

d. Cumhuriyet Savcılıklarına Suç Duyurusunda Bulunma Usulü

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun 257. maddesi açıkça Görevi Kötüye Kullanma suçunu düzenlemiştir. Kamu görevlileri kasten bilgi edinme taleplerine cevap vermezler ise TCK m.257/f.1 uyarınca sorumlu tutulurlar. Ayrıca anılan hükmün 2. Fıkrasında; **“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”** Denilmektedir. Kanuna göre belirtilen “ihmal veya gecikme” terimlerinden de açıkça anlaşıldığı gibi bu suç ihmali şekilde işlenebilen bir suçtur. Bu durumda ihmali davranışlar için de savcılığa şikâyette bulunulabilir. **Ancak önemle belirtmek gerekir ki TCK m. 257’ ye başvurulabilmesi için kamu zararının oluşması veya kişilerin mağduriyetinin ortaya çıkmış olması gerekmektedir.** Cumhuriyet savcılığına başvuru mevcut sorunu kişisel hale getirdiğinden genelde tercih edilmemektedir. Nitekim bu yola başvurulsa da olumlu sonuç alınamamaktadır.

D. Bilgi Edinme Hakkının AİHS m. 10 İlişkisi

Genel Açıklama

Her ne kadar bilgi edinme hakkının kullanımı birçok uluslar arası sözleşme ile bilgi edinme hakkı ilişkilendirilmiş ve temel bir insan hakkı olarak kabul edildiği vurgulanmış olsa da AİHS genel anlamda diğer sözleşmelerden daha farklı bir öneme haizdir. Nitekim sözleşmeye taraf olan her devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ nin sözleşme ihlallerini yargılama erkine sahip

53 Dan. 10. D., 6.3.2007 Tarih, 2004/10375 Esas, 2007/891 Karar

54 BEK m. 29: Bu Kanunun uygulanmasında ihmali, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tâbi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları uygulanır.

Bu Kanunla erişilen bilgi ve belgeler ticarî amaçla çoğaltılamaz ve kullanılamaz

olduğunu kabul etmiş olması AİHS' in neden farklı olduğunu gözler önüne sermektedir.

İfade özgürlüğü hakkı her şeyden önce bireyin yalnızca Birey olmasından kaynaklanan bir haktır. Bu nedenledir ki bu hak temelde bireysel özerklik (individual autonomy) ve kişinin kendi kendini geliştirmesi (individual self-fulfillment) hususlarının üzerine inşa edilmiştir⁵⁵.

AİHS madde 10 ile her bireyin ifade özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakkın birinci kuşak olarak tabir edilen haklardan olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Yani birinci kuşak hak denilerek devletin bu hakka hiçbir şekilde müdahale edemeyeceğini, bu konuda negatif bir yükümlülüğü olduğunu açıkça AİHM içtihatlarıyla beyan etmiştir. Ancak bu hakkın koruması için sadece negatif yükümlülük yeterli olmayacağından bahisle devletlerin pozitif yükümlülükleri ortaya çıkmıştır.

Bu yükümlülük ile bireylerin ifade özgürlüğünü kullanabilmesi için istedikleri her türlü bilgi ve belgeye ulaşımının sağlanması ve bu durumun koruma altına alınması amaçlanmıştır. Bireylerin ifade özgürlüğünü kullanabilmesi için, konuya ilişkin olarak bir düşünce oluşturmaları, konunun gerçekliğini araştırmaları⁵⁷ ve bunu beyan edebilmeleri için öncelikli olarak konu hakkında bilgi sahibi olmaları zaruridir⁵⁸. Yani insanın ifade özgürlüğünü kullanabilmesi için kendini geliştirmesi açısından bilgi edinme hakkı çok önemlidir⁵⁹. Zira bireylerin ifade özgürlüğünü kullanması demokratik bir toplum olmanın gereklerindedir⁶⁰.

AİHM in konuya ilişkin verdiği kararlarında devletlerinin yalnızca negatif bir yükümlülüğünün olmadığını bu özgürlüklere ulaşılması için pozitif bir yükümlülüğünün de olduğunu açıkça belirtilmiştir⁶¹. Mahkemenin açık olma-

55 Şahin, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerçekleri ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Mart 2009, İstanbul, s. 233-234

56 AİHS m. 10: 1.Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2.Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

57 Sadurski, Wojciech, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, Çeviren Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, 1. Baskı 2002, s.4-5

58 Sadurski, a.g.e., s. 16-17

59 Şahin, a.g.e. s.235; Sadurski, a.g.e., s.18

60 Düşünce Dizisi-10, a.g.e., s.18-19

61 AİHM, Özgür GÜNDEM/Türkiye, Başvuru No: 23144/93, Karar tarihi: 16.03.2000; AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976; AİHM, Zana/Türkiye, Başvuru No: 18954/91, Karar Tarihi: 25.11.1997

makla birlikte ilgili kararlarda vurguladığı husus bireylerin ifade özgürlüğünün olması gerektiği gibi kullanılması için devletin yükümlülüklerini yerine getirmesidir.

İşbu noktada pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilen bilgi edinme hakkı devreye girmektedir. Nitekim düşüncenin oluşabilmesi için o konuya ilişkin olarak her türlü bilgi ve belgeye sahip olunmalı ki sağlıklı, doğru ve yanlıktan uzak bir inceleme ile hareket edilerek fikir sahibi olunabilsin.

SONUÇ

Genel hatları ile Bilgi Edinme Hakkı incelendiğinde bireyin birey olma niteliklerinin en temelinde insan olduğu için sahip olduğu insan hakları yer almaktadır. Birey olma temeli bir düşünceye sahip olma ve bunu beyan edebilmektir. Bu durumun gerçekleştirilebilmesi için bilgi edinme hakkı ortaya çıkmıştır. Her ne kadar dünya üzerinde yalnızca 70 ülkenin bilgi edinme hakkı ile doğrudan ilişkili olarak iç hukuklarında uygulama yaptığı açıksa da gelişen ve değişen koşullar dikkate alındığında 20 yy ile birlikte eski önemini kaybeden geleneksel yönetim anlayışı mevcuttur. Gizlilik kapalılık yerine açık ve şeffaf yönetim ile demokratik toplumlar bilgi toplumu olmanın da yüklemiş olduğu sorumluluk ile birlikte devlet-vatandaş işbirliğine önem vermeye başlamıştır.

Önemli olan bir demokratik toplumda kamu yararı ve devlet otoritesinin ağır basması değil birey odaklı bir şekilde hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Bu temel hak ve özgürlüklerin kullandırılması için devletlere çok ağır yükümlülükler verilmiş olduğundan açık ve şeffaf bir yönetim ile bilgi edinme hakkı kapsamında hesap verilebilirlik durumunu olması gerektiği gibi sağlanması gerekmektedir.

Türkiye tarihsel gelişimi ve içinde bulunduğu siyasi durum itibarıyla devletçi tutuma sahip ülkedir. Bunun doğal sonucu olarak kamuda gizlilik ve devlet işlerine vatandaşların müdahalesinin en az seviyeye düşürülmesi ortaya çıkmaktadır. Türk toplumunun apolitik durumu değişen ve gelişen demokrasi ilkeleri ile insan haklarının uluslar arası toplumda çok ciddi bir koruma kazanması ile değişmektedir. İnsan haklarına yaklaşım Avrupa Birliği' ne uyum süreci ile hızlanmakta ve gerekli düzenlemeler yapılmaktadır. Şeffaf toplum ve insan haklarına saygılı, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı taşıyan bir ülke olan Türkiye her ne kadar bu yönde gelişmeler gösterse de hala kapalı kamu mantığını bırakmamaktadır. Kamu otoritesinin ağırlığı hayatın her alanında kendini göstermektedir ve vatandaşlar hala kamu gücünün yarattığı gölgenin altında yaşamaktadır. Bu durum bilgi edinme hakkı açısından da kendisini göstermektedir.

Her ne kadar 2004 yılında uluslar arası gelişmelere paralel olarak Bilgi Edinme Kanunu yürürlüğe girmiş olsa da kanun amacına uygun bir işleyişi yaratamamıştır. Bilgi edinme hakkı günümüzde bir insan hakkı olarak ta-

nımlanmaktadır. Buna rağmen yapılan düzenlemeler bu hakka koruma sağlayamamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları hala kapalı yönetim ve gizlilik esasından kopamamış ve hakkını kullanan vatandaşların bu taleplerini çeşitli makul olmayan gerekçelerle reddetmektedirler. Red cevabı verilmeyen taleplerde de vatandaşların istediği bilgiler eksik ya da yanlış sunulmaktadır. Bu durum açıkça göstermektedir ki; ülkemizde hala hakkın kullanımı sorunlu bir durumdur ve çözüm için yaratılan itiraz mekanizmaları işletememektedir.

Açıklanan gerekçelerle şikâyet ve cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunma vatandaşlar için olumlu sonuç doğurmamakta ve verimli bir düzenlemeye geçilmesine herhangi bir katkı sağlayamamaktadır. Diğer açıdan bakıldığında BEDK' ya ve İdari yargı yoluna başvuru daha olumlu sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar BEDK kararlarında bilgi edinme hakkı yanlısı bir tutum sergileme çabasında olsa da vatandaş lehine vermiş olduğu itirazın kabulü ile gerekli bilgilerin vatandaşlara verilmesi yönündeki kararları herhangi bir bağlayıcılık içermemektedir. Ayrıca bu kararlara rağmen kurum ve kuruluşlar bilgi veya belge vermemeye devam ettiğinde kararın ifası için hiçbir yola başvurulmadığı da açıktır. Her ne kadar bilgi edinme hakkı kullanımı için BEDK'ya başvurulması demokratik toplum olma ve şeffaf yönetim açısından vatandaşların bilgilendiği gerçeğini gözler önüne serser de kamu gücünü elinde tutanlar hala kamu otoritesi ile gizlilik esasını devam ettirmekte ısrarlıdırlar. Vatandaşların yanı sıra kamu otoritelerinin de bilgi toplumu mantığını benimsemesi gerekmektedir. Bu yönde bir anlayış geliştiği takdirde BEDK kararlarının verimliliğinin derecesinde ciddi bir artış olacaktır. Fakat günümüzde BEDK dahi verdiği kararın icrasına yönelik hiçbir işlemde bulunmamaktadır.

Çok ciddi çelişki oluşturan bir diğer husus da açık yönetim ve demokratik toplumlarda şeffaflık ilkesinin vurgulanması ve buna paralel bilgi edinme hakkı gelişimi ve hakkın korunması için çalışan BEDK dahi verdiği kararların tümünü yayınlamamaktadır. Bu çelişkinin yanı sıra idari yargı yoluna başvurularda genellikle sadece bilgi edinme hakkı açısından değil demokratik toplum olma ve şeffaf yönetim açısından da olumlu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Genelde idare mahkemeleri bilgi toplumu bilincine yakın olarak iptal kararları vermektedirler. Ancak aynı sorunsal burada da ortaya çıkmaktadır. İdare Mahkemeleri' nin verdiği iptal kararlarına rağmen kamu kurum ve kuruluşları bilgi taleplerini yerine getirmemektedir. Bu durumda yargının gücünün dahi yeterli olamaması ortaya çıkmakta ve devlet erkleri arasında dengesizlik olmaktadır. Kamu gücünü yürüten kamu kurumları ile yargı erki arasında ortaya çıkan bu çelişki doğrudan devletin işleyişi ve bilgi edinme hakkı ihlallerin, ortaya çıkarmaktadır.

Genel anlamda bilgi edinme hakkı ülkemizde hala yerleşik bir hak ve özgürlük olarak kabullenilmeye dahası anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Ta-

rihsel sürecini tümüyle kamu otoritesi ile devletçi ve gizli bir erk olarak geçiren bir ülkede aleniyet ve şeffaflık çok ciddi bir sorun ve yenilik olarak algılanmakta, kolaylıkla kabul edilmemektedir. Ancak uluslar arası toplum menfaati tümüyle bu kabule paralel gitmektedir. İşbu nedenlerle ülkemizde bilgi edinme hakkı bilinci geliştirilmeli ve hakkın kullanımı engellendiğinde başvuru itiraz yollarının etkililiği artırılmalıdır. Bunun içinde vatandaşların değil kamunun bızatihi kendisinin değişim ve gelişim göstermesi gerekmektedir.

HAKSIZ TAHRİK ALTINDA ÖLDÜRME

Av. Güray SAY

I. HAKSIZ TAHRİK

A. Genel Bilgiler

Arapça bir sözcük olan tahrik; bir kimseyi kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma, yola çıkartma, hareket ettirme, kımıldatma¹ anlamlarına gelmektedir. Ceza hukuku bakımından ise bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi olarak tanımlanabilir.² Tahrik sözcüğü hakkında bir değer yargısını ifade eden haksız sözcüğü de hak ve adalete uygun olmayan³ anlamına gelmektedir. Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak bir suç işlemesidir.⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu haksız tahriki şöyle tanımlamıştır; “*tahrik, ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeğe yönelmektedir.*”⁵

Haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin yer aldığı birinci kitabının “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlıklı ikinci kısmının “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı ikinci bölümünde 29'uncu maddede yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu madde 29'a göre: “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere haksız tahrik ceza sorumluluğunu kaldıran değil, azaltan bir nedendir. Doktrinde haksız tahrik, cezayı yahut suçu etkileyen haller arasında incelendiği gibi ku-

1 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> erişim:17.04.2012

2 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, 1.Cilt, sf.306

3 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> erişim:17.04.2012

4 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, sf.264

5 (CGK., 19.11.1990, 1-254/277), ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, sf.529

surluluğu etkileyen haller arasında da incelenmiştir.⁶ Kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak kişideki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite istinaden gerçekleştirdiği eylem dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir ifade ile kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir.⁷ Suç işleyen failin bu suçu işleme nedeni ve koşulları değerlendirildiğinde failin toplumca kınanması, ayıplanma derecesi azaldığından ve kanundaki düzenleme yeri düşünüldüğünde kanaatimce haksız tahrik kusurluluğu etkileyen haller arasında ele alınmalıdır.⁸ Haksız tahrik kusurluluğu etkileyen bir hal olduğundan, haksız tahrikin etkisiyle işlenen fiilin haksızlık içeriğinde herhangi bir azalma yoktur, sadece kusuru azaltmaktadır.⁹

Haksız tahrike ilişkin 29. madde genel hükümler bölümünde düzenlendiğinden, kusurluluğu azaltan bu hal herhangi bir ayırım yapılmadan bütün suçlar ve kişiler bakımından uygulama alanı bulabilecektir.¹⁰ Fakat kanunda yer alan bir suç için özel haksız tahrik hali düzenlenmişse artık genel hüküm olan 29. maddeye göre değil, özel hükme göre tahrikin şartlarını ve sonuçlarını değerlendirmek gerekecektir.¹¹ Çünkü kişinin tek bir sebepten iki defa yararlanması mümkün değildir.¹² Bu duruma, Türk Ceza Kanunu'nun "haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" başlığını taşıyan 129. maddesi örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında "hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermektense de vazgeçilebilir" hükmü, ikinci fıkrasında "bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez" hükmü ve üçüncü fıkrasında "hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir" hükmü yer almaktadır. Söz konusu 129'uncu maddeden anlaşılacağı gibi genel hüküm olan 29'uncu maddede haksız fiilin meydana getirdiği hiddetin kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırmayacağı kabul edilmediği halde, hakaret suçu bakımından bu durum kabul edilmiş olmaktadır.¹³

6 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, 1. Cilt, sf.686

7 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.479

8 POLAT, Yıldız, "5237 Sayılı TCK'ya Göre Haksız Tahrik Altında İnsan Öldürme Suçu", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı:2010/2, sf.893

9 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, sf.366; KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.265

10 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, sf.350; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.529; KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.265

11 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.265; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, Ders Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, sf.265; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.529; HAKERİ, sf.351; PARLAR/HATİPOĞLU, sf.315

12 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.529

13 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.265

B.Haksız Tahrikin Hukuki Esası

Haksız tahrikin hukuki esası konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.¹⁴ Öğretide haksız tahrikin hukuki esası konusunda ileri sürülen görüşler, “sübjektif görüş”, “objektif görüş” ve bu iki görüşü birleştiren “karma görüş” olmak üzere üç farklı görüş etrafında toplanmıştır.

a. Sübjektif Görüş

Öğretide sübjektif görüş, tahrike maruz kalan failin duyduğu öfke ve şiddetli elemin irade serbestisini zayıflatması nedeniyle ceza sorumluluğunun azalması olarak açıklanmıştır. Bu görüşe göre hiddet etkisi altında işlenen bir suçta, failin şuuru şiddetli bir buhranın baskısı altında kaldığından, fail düşünmeden hareket eder. Bu ruh hali içinde suç işleyen bir kişi, sakin ve soğukkanlılıkla suç işleyenler ölçüsünde tehlikeli olamaz. Bu nedenle hiddet hali içinde suç işleyenlerle, sakin ve soğukkanlı bir ruh hali içinde suç işleyen kişilerin aynı ceza sorumluluğuna tabi tutulması adil olmayacaktır. Bu açıklamaların haksız tahrikin hukuki esasını açıklamada yeterli olmadığı belirtilerek bu görüş öğretide eleştirilmiştir. Söz konusu eleştirilerde haksız olmayan bir tahrik etkisi altında kalan failinde, irade serbestisinin aynı psikolojik nedenle azalabileceği, oysa bu halde faile tam ceza verildiği açıklanarak bu görüş eleştirilmiştir. Gerçekten de hiddet her zaman ve her durumda cezayı azaltan bir mazeret sayılamaz. Bu nedenle haksız tahrikin hukuki esası konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Sübjektif görüşü kusuru azaltan bir nedenle açıklayan görüşe göre, kusurluluğu tamamen ortadan kaldırmasa da kişinin iradesinde meydana gelen zayıflama nedeniyle kusurun azaldığı kabul edilmiştir. Bu nedenle iradi ceza hukukunda cezanın kusurla orantılı olması gerektiğinden failin cezası olaydaki kusuruna göre azaltılacaktır.

b. Objektif Görüşler

Tahrik sonucu suçun işlenmesinde, failin suç oluşturan hareketi yanında mağdurun yapmış olduğu hareketler de etkili olmuştur. Bu durumda, fail gibi suçun mağduru da kusurludur. Objektif görüş, haksız tahrikin hukuki esasını failin şahsi ve ruhsal durumundan çok, failin fiili ile ilişkilendirmektedir. Fazla taraftar bulmayan bu görüş “takas görüşü” ve “tamamlanmamış meşru müdafaa görüşü” olarak ikili bir ayrımla ifade edilmiştir.

Tamamlanmamış meşru müdafaa görüşüne göre, fail yakın ve kesin olarak meydana gelecek bir tecavüze karşı daha evvel davranarak o zamana kadar yapılan tecavüze karşılık suçunu işlemiş olduğundan buradaki haksız tahrik hali meşru müdafaa'nın bir çeşidi olarak kabul edilerek, tamamlanmamış meşru

14 Bu başlık DURAN, Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, sf.65-73'den yararlanılarak hazırlanmıştır.

müdafaa olarak tanımlanmıştır. Meşru müdafaa ile haksız tahrik arasında derin farklar bulunduğu halde hemen bütün farkları göz ardı eden bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir.

Takas görüşüne göre ise, ikinci suçun işlenmesine birinci suç neden olmuştur. Bu nedenle ikinci suçun varlığı, birinci suç faili için mazeret sayılarak bir nevi takas ile suçluluğu azaltılacaktır. Böylece mağdur yani ilk suçlu tahrikin faili olmuştur. Mağdurun kusuru, suçluya yöneltilen kusurdan tenkis edilerek failin cezasının azaltılması gerekir. Takas görüşü şu itirazlarla eleştirilmiştir: Ceza kanununa tecavüz eden haksız bir fiilin icrasına izin verilemez. Yani kanuna göre suç oluşturan fiiller, bir çeşit sayışma ile cezasız bırakılmaz. Takas görüşü kabul edildiğinde, kusurların eşit olması halinde faile ceza verilmemesi gibi toplum yararını göz önünde bulunduran ceza yasasına aykırı bir durum ortaya çıkar.

c. Karma Görüş

Karma görüş, objektif ve sübjektif görüşlerin haksız tahrikin hukuki esasını tek başlarına ve tam anlamıyla açıklamakta yetersiz kaldıkları düşüncesi ile kabul edilmiştir. Objektif ve sübjektif görüşleri uzlaştıran ve Türk ceza hukukunda taraftar bulan karma görüşe göre, haksız tahrikin hukuki esası, “saiklerin az vahim olması” ve “mağdurunda karşılıklı olarak kusurlu olması” durumuyla açıklanmıştır. Bu görüşe göre, haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elem altında kalan faili harekete geçiren saikler kanun koyucu gözünde daha az vahim sayılmakta, diğer anlatımla, kanun koyucu, failin saikinin normal olmayışı yanında, suçun işlenmesine mağdurun da neden olduğunu dikkate alarak, cezada indirim yoluna gitmektedir.

C. Haksız Tahrikin Uygulanma Şartları

Haksız tahrikin varlığını kabul etmek için belirli şartların bulunması gerekir. Bu şartları dört başlık altında incelemek mümkün olabilecektir.

a. Tahriki Teşkil Eden Bir Fiil Gerçekleşmiş Bulunmalıdır

Tahrik oluşturan bir fiil bulunmadıkça, haksız tahrikten söz edilemez. Bu durumda failin psikolojik durumunu da araştırmaya gerek yoktur.¹⁵ Kanunda tahrik oluşturan fiillerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu husus somut olayda hakim tarafından takdir edilecektir. Bu itibarla mahkeme kararının gerekçesinde, haksız bir fiilin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen fiilin tahrik oluşturunca oluşturmayacağı, tahrik oluşturunca ise indirim oranı bakımından tahrikin ağırlık derecesi hususundaki takdir nedenlerinin, dosyada mevcut kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve bu sonuca kanıtlardan hangisinin yekdiğerine üstün tutularak varıldığına açıklanması gerekmektedir.¹⁶

15 DURAN, sf.102

16 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.307

Haksız tahrikten söz edilebilmesi için ortada objektif olarak tahriki oluşturan icrai ya da ihmali, insandan kaynaklanan iradi bir fiil bulunmalıdır.¹⁷ Bir fiilin tahrik edici nitelikte olup olmadığı değişik kıstaslara göre, örneğin tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahriki oluşturan fiili yapan kişinin durumuna, bu kişiler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir edilmelidir.¹⁸ Yargıtay bir kararında mağdurun kavgayı aralamak istemesinden başka bir eylemi olmadığı halde failin mağduru yaralamasından dolayı verilecek cezada tahrik hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir.¹⁹ Yargıtay başka kararlarında da şu görüşleri belirtmiştir: “Maktulenin aralarında mevcut geçimsizlik sebebiyle kocasını terk etmek istemesi ve “sana karılık yapmam” demesi, ancak boşanmaya yol açabilecek bir sebep olup, haksız tahrik olarak kabulü mümkün değildir. İşine gitmeyen gece saat 23.00 sularında eve gelen sanığının mağdurenin “işe gitmemişsin, eve de sarhoş geldin” demesi eşin eşe karşı uyarı ve yakınmasını dile getiren beyanlar niteliğinde olup, bu beyanlar haksız kışkırtma olarak kabul edilemez.” “Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık ve duygusal bağ bulunmadığı, sanığın, fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tahrik bulunmadığı halde TCK 29’un uygulanması yasaya aykırıdır.”²⁰

Haksız tahrikin varlığı için, tahriki oluşturan fiillerin bir insandan kaynaklanan²¹, iradi hareketler olması gerekir. Eğer ortada bir hayvan hareketi söz konusu ise, ancak bu hayvanın bir insan tarafından kullanılması ya da tahrik fiiline hayvan sahibinin kusurlu davranışlarının neden olması durumlarında, fiilin haksız olduğu kabul edilebilir.²²

17 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.540

18 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.266; HAKERİ, sf.353

19 GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, sf.17

20 HAKERİ, sf.353, (1. CD.,18.04.1999, 1287), (1. CD., 27.04.2006, 1683); Hakeri, “sanık öğretmenin yaramazlık yapması nedeniyle ismi sınıf tahtasına yazılan mağdureyi, tahtaya kalmasını istemesine karşın, kalkmaması üzerine oturduğu sıraya gidip tokatlaması eyleminde” Yargıtay’ın, öğrencinin tahtaya kalkmaması eylemini tahrik olarak değerlendirmesini hatalı bulmuştur. (4. CD., 7.10.2002, 14360), (HAKERİ, sf.353)

21 İcrai bir davranış olabileceği gibi ihmali bir davranış da olabilir. (PARLAR/HATİPOĞLU, sf.307)

22 DURAN, sf.104; Yargıtay bir içtihadında, hayvan sahibine atfedilebilecek bir kasıt veya taksir mevcut olmadıkça, tarlasına giren hayvan hareketinin bir zarar meydana getirmesi dolayısıyla, failin gazap ve elemninin haksız tahrik indirimine yol açmayacağı düşünülmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay’ın yeni tarihli bir başka kararına göre, gerekli özeni göstermeyerek hayvanını bağlamayıp altı yaşında bulunan kızının nezaretine bırakan kişinin, ihmali sonucunda, hayvanın mısır tarlasına girerek zarar vermesinin yol açtığı öfke nedeniyle işlenen suçta, fail lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasına gerektiğine karar vermiştir. (2.CD., 05.12.1953, E.53/14997, K.53/14973), (CGK., 24.12.1990, E.8-340, K.357), (DURAN, sf. 104)

Failin ruhunda hiddet ya da şiddetli elem yaratabilecek tahrik eylemleri, olumlu ya da olumsuz davranışlarla, birbiri ardına gelen hareketlerle, kasıt ya da taksirle işlenebilir.²³ Öğretide, tahrik failinin işleniş özelliği bakımından taksirle işlenip işlenmeyeceği konusu tartışmalıdır.²⁴ Bu konuda çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, böyle bir olayın failin kusurluluk durumu-na göre çözümlenmesidir. Taksirli fiillerde failine isnat edilebilecek bir kusur mevcut olduğundan, failin taksirli hareketi de, haksız tahrik teşkil eden bir eylem olarak kabul edilebilir.²⁵

Haksız tahrike neden olan fiilin mutlaka kişinin huzurunda yapılmış olması aranmadığı gibi, bunun bizzat kişinin şahsına yönelmiş bulunması da şart değildir. Fiilin kişinin sevdiği kişilere, akrabalarına, yakınlarına, hiç tanımadığı kimselere, kişinin mal varlığına, hayvanlarına veyahut cansızlara yönelik gerçekleşmesi halinde de haksız tahrik indirimi uygulanır.²⁶ Yani kanun, tahrik fiiline maruz kalanın fail olmasını aramamıştır. Örneğin, haksız hareketin devlet aleyhine işlenmesi halinde de, sanığın tahrik hükmünden yararlanması olasıdır.²⁷ Yargıtay bir içtihadında, devlete ait ormandan izinsiz olarak odun ve kozalak toplanmasının olayın nedenini teşkil etmesine, hukuka aykırı davranışın, haksız eylem niteliği taşımasına, haksız hareketin mutlaka sanığa yönelik olmasının şart olmayıp devlet aleyhine işlenmesi halinde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerektiğine karar vererek, tahrik eyleminin hedefi kavramına, devletin dahi girebileceğine karar vermiştir.²⁸ Yargıtay bir başka

23 DURAN, sf.105-106; Yargıtay'ın bazı kararlarından, haksız tahrik oluşturan olumlu ya da olumsuz hareketlere örnek olarak şunlar gösterilebilir: "maktulün umursamazlığı sebebiyle sanığın tarlasına giren küçüklerin zarar vermesi", "maktulün kocası evde olmayan sanığa cinsel ilişki teklif etmesi", mağdurun sanığın babasının kahvehanesinde içtiği çayı beğenmeyerek bardağı yere atıp hakaret içeren sözler söylemesi", "mağdurun çayırından araba geçirmesi", "mağdurun işi biten bölümü için sanığa ödemeye söz verdiği halde bunu ödememesi", "evi terk eden ölen kocasının kendisine 7-8 senedir fiili livata yaptığını yaymış olması" gibi. Yargıtay kararlarında "Dini vecibelerini yerine getiren ve hacı olan sanığa, maktul tarafından hacılığı vesile ederek sürekli şaka yapılması, sanığın bu tür şakayı kabul etmediğini ve kızdığını belirttiği halde sanığa karşı bu tutum ve davranışlarını sürdürmesinin" ve yine "öldürenin sataşması parlak mülayım seni yapacağım şeklinde ağır bir teklif ve haysiyet kırıcı sözlerini sık sık tekrarlamasının" birbiri ardına devam eden haksız eylemler olup, haksız tahriki oluşturacağına karar verilmiştir. (DURAN, sf.105-107)

24 Hakere, tahrike neden olan fiilin taksirli olması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı kanaatindedir. Bununla beraber, Hakere'ye göre, bilinçli taksir halinde, örneğin alkollü araç kullanın bir sürücünün bir yayaya çarparak ölümüne sebebiyet vermesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. (HAKERİ, sf.356)

25 DURAN, sf. 107-108; Yargıtay'ın bu görüşü destekler bir kararında, "sanık tüm aşamalardaki beyanlarında kavganın müştekinin lağım borusunu tıkamasından kaynaklandığını savunması ve müştekinin de bunu doğrular beyanları nazara alındığında müştekinin boruyu tıka eylemindeki kusur durumu da araştırılarak sonuçta sanık hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmamasının" bozmayı gerektirdiğine karar vermiştir. (3. CD., 15.11.2006), (DURAN, sf. 108)

26 ARTUK/GÖKCE/İYENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.541

27 GÜNAY, sf.17

28 (1. CD., 9.7.1981, E.3551, K.3407), DURAN, 112; Yargıtay'ın bu kararı haksız tahrik hükmünün uygulama alanının gereğinden fazla genişletildiği görüşüyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, failin, devlet malına zarar verene ilgili hukuki bir görevi olmayıp, olsa olsa

içtihadında ise “korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun yapısı, niteliği ve kamuya karşı işlenmiş suçlardan olup, müstakil mağdurunun bulunmaması itibariyle tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığı gözetilmeden” diyerek, haksızlık teşkil eden fiilin belirli bir kimseyi hedef almaması halinde haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir.²⁹

Yargıtay’ın somut olaylarla ilgili verdiği kararlarda sanığın karısına, babasına, kardeşlerine, oğluna yönelik haksız davranışları, sanık üzerinde gazap ve şiddetli elem uyandırabilen tahrik fiilleri olarak kabul etmiş ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.³⁰ Yargıtay’ın, yakın akraba, eş olmayan kişilere yönelik haksız davranışların da haksız tahrik sayılacağına ilişkin kararları da mevcuttur. Yargıtay, “Sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların, maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suçu işleyen sanığın”³¹, üç kişinin bir çocuğu kovaladığını görüp, bunların peşine düşen ve bunlardan birini silahıyla yaralayan zabita memurunun”³² haksız tahrik hükmünden yararlanacağını belirtmiştir.³³ Yargıtay, eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız hareketlerin haksız tahrike yol açabileceğini belirtmiştir.³⁴

Birden fazla kişiden kaynaklanan ve eleme yol açan bir haksız hareket varsa, birden fazla kimsenin öldürülmesi veya birden fazla kimseye karşı suç işlenmesi halinde de haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir. Ancak bu bakımdan dikkat edilmesi gereken, failin cezasından haksız tahrik indirim yapılırken, mağdurlara göre farklı indirim oranlarının uygulanmamasıdır. Yargıtay, maktul ve mağdurların toplu saldırısı karşısında tahrik altında suç işleyen sanık hakkında tahrik nedeniyle indirim yapılırken, mağdurlardan Ramazan ve Murat’a yönelik eylemle ilgili olarak ½ oranında indirim yapıldığı halde, mağdur Soner’e yönelik eylemde ¼ oranında indirim yapılmasını çelişki olarak değerlendirmiştir. Tabi ki de, mağdurların hareketleri farklı olduğu

sosyal ve ahlaki bir görevi olabilir. Aksi bir düşünce bireyin yaşam hakkının, diğerine teslim edilmesi anlamına gelecektir. (DURAN, sf.113)

29 (8.CD., 27.11.2007, 2006/9031, 2007/8288), ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.541, dipnot:218

30 DURAN, sf.111

31 (CGK., 25.05.1989, 192), HAKERİ, sf.354; DURAN, sf.111

32 (CGK., 23.03.1078, 369),DURAN, sf.111

33 Yargıtay, kardeşinin eşi/teyzeleri ile evlilik dışı ilişki kuran kişiyi öldüren kayınbirader ile yeğenler bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemiştir. Bir başka kararında ise arkadaşının kız kardeşine yönelik taciz de haksız tahrik olarak kabul edilmemiştir. Hakeri, ülkemizdeki yakın akrabalık ve özellikle gençler arasındaki arkadaşlık ilişkileri göz önünde bulundurulduğunda bu kararların doğru olmadığını belirtmiştir. (HAKERİ, sf.354)

34 DURAN, sf.112; Yargıtay, “olaydan kısa bir süre önce müştekinin sanığın kızlağaçlarını kesmesi üzerine sanığın da ona ait fındık ağaçlarını kesmesi” suretiyle işlediği ısrar suçunda, sanığın malına yönelik haksız eylemin haksız tahrike yol açıp açmayacağını mahkemece araştırıldıktan sonra sonuca göre haksız tahrikin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. (9. CD., 22.4.1986, E.578, K.2550), (DURAN, sf.112)

takdirde indirim oranları arasında fark yapılabilir. Fakat kararda toplu saldırıdan bahsedilmiş olması karşısında, mağdurların hareketlerinin aynı nitelikte olduğu düşünülmektedir.³⁵

Haksız tahrikten bahsedebilmek için ortada tahriki oluşturan bir fiilin bulunması gerekmektedir. Failin yanılarak veya yanıltılarak var sandığı bir fiilin doğurduğu öfke veya elem halinin bir tepkisi olarak suç işlemesi halinde ortada mefruz (varsayılan) tahrik vardır.³⁶ Failin gerçekte olmayan bir fiili var zannederek, hiddet ve şiddetli eleme kapılması ve bu psikolojik durum içinde suç işlemesi halinde, haksız tahrikin maddi şartlarında hata söz konusudur. Türk Ceza Kanunu madde 30/3'e göre, hata kaçınılmaz olduğu takdirde fail haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir. Örneğin başkasıyla gayrimeşru ilişki yaşadığı zannıyla eşine karşı kasten öldürme suçunu işleyen kişi, hatanın kaçınılmaz olması halinde, haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.³⁷ Hata kaçınılabilir nitelikteyse fail bu hatasından yararlanamaz. Bu durum ancak, 61. maddenin birinci fıkrası hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.³⁸

b. Tahrik Fiili Haksız Olmalıdır

Tahrike neden olan fiil haksız olmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesinde failde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren hangi fiillerin haksızlık unsuru taşıyacağı belirtilmemiştir. Ancak hukuka aykırı her türlü davranış haksız fiili oluşturur.³⁹ Fiilin haksız olup olmadığı değerlendirilirken de sadece yazılı hukuk kuralları değil, bir bütün olarak hukuk düzeninin bütünü göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁰ Fiilin haksız sayılması için suç teşkil etmesi veya borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil oluşturması şart değildir.⁴¹ Hatta hukuka uygun olan bir fiil, işleniş şekli itibarıyla, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa haksız sayılabilir.⁴² Fiilin haksız olup olmadığı, belirli bir dönemde yine belirli bir toplulukta geçerli olan sosyal değer hükümlerine göre, hakim tarafından takdir edilecektir.⁴³

Taksirli hareket kusursuz olmadığından, faile karşı gerçekleştirilen taksirli fiiller de haksızlık unsuru taşımaktadır.⁴⁴

35 HAKERİ, sf.355, (1. CD., 20.11.2007, 8576)

36 DURAN, sf.113

37 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.540; ÖZGENÇ, sf.372; GÜNAY, sf.21

38 ÖZGENÇ, sf.372; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.540

39 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.541

40 ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞKIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, sf.266; KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.266; çağdaş olmayan örf ve adet kurallarının bir fiilin haksızlığının değerlendirilmesinde dikkate alınmaması gerekir. (ZAFER, sf.266)

41 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.266; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.541

42 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2009, sf.244

43 HAKERİ, sf.356

44 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.543

Haksız hareketin aynı zamanda suç olması ve yetkili makamlarca soruşturma ve kovuşturma yapılarak ele alınması halinde ayrıca onun etkisiyle suç işlendiğinde bunun tahrik nedeni olamayacağına dair Yargıtay kararları mevcuttur. Yargıtay buna ilişkin gerekçesinde “aksi davranış, kanunun öngördüğü ceza yeterli bulunmayarak kişisel duygu, düşünce ve takdirle davranma sonucunu doğurur ki; bu hal bir taraftan kişilerin haklarını kendiliklerinden almalarına yol açar, diğer taraftan anarşik bir ortam yaratır” demektedir.⁴⁵ Buna karşılık daha yeni bir kararında Yargıtay, ablasını öldürenin cezaevinden çıktıktan sonra öldürülmesine teşebbüs edildiği olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Daha yeni tarihli bir kararda ise, 11 yıl önce kardeşini öldüren ve tahliye olan kişiye yönelik eylemde, yine fail bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, ancak makul bir indirim yapılması gerektiği, indirimin azami miktarda yapılmasının yasaya aykırı olacağına karar verilmiştir.⁴⁶

Öğretideki görüşlerde; tahrikin haksız olması yanında ayrıca ağır olmasının gerekmediği ancak failin haksız tahrikten yararlanabilmesi için tahrikin meydana gelmesine kendi kusuruyla sebebiyet vermemiş olmasının zorunlu olduğu açıklanmıştır.⁴⁷ Bununla birlikte, ilk haksız harekete verilen karşılık önceki haksız hareket bakımından oransız derecede ağır ise, ilk haksız hareketi yapan fail haksız tahrik hükmünden istifade edebilir.⁴⁸ Mesela basit bir

45 MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Birinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007, sf.179, (CGK., 16.4.1979, 1/93-71); Yargıtay Onursal Üyesi olan Malkoç, yasal takip yapılsa bile eylemin tahrik etkisinin ortadan kalktığı ve failin öfke ve hiddetinin, elemelinin geçtiği kabul edilemez diyerek söz konusu kararı eleştirmiştir. Malkoç'a göre, kesin hükme bağlanmış ve infazı yapılmış bir mahkûmiyete konu olay tahrik nedeni sayılamayabilirse de, soruşturmaya veya kovuşturmaya başlanmış olmasını bu nitelikte görmektartışmaya açık bir konudur. (MALKOÇ, sf.179)

46 (1. CD., 10.06.2004, 2299), (1. CD., 05.12.2006, 5457), HAKERİ, sf.356; Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararda şu hususları belirtmiştir: “Tahrik oluşturan failin faili, bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkûm edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile bu haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında bulunup, ruhi durumunun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında haksız tahrik kuralları uygulanmalıdır.” (CGK., 10.06.2003, E.2003/1-143, K.2003/183), (DURAN, sf.139)

47 DURAN, sf.131; Yargıtay, “gelinin yolunun bahşiş almak için kesilmesini”, “sanığa hırsızlık isnadında bulunulmasını”, “sanığa verdiği işin yapılan bölümünün ücretinin söz verilen günde ödenmemesini” failin hakkın kötüye kullanılarak gerçekleştirildiği (kendisinin neden olduğu) haksız eylemler olarak kabul etmiş, böylece failin işlediği suçta tahrik hükmünden yararlanamayacağına karar vermiştir. (DURAN, sf.132)

48 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.544; “Maktulün resmi eşi Gönül ile gizli ilişki kuran, maktul tarafından uyarı ile annesine teslim edildiği halde bu ahlak dışı davranışını fütursuzca sürdüren, böylece maktulü üst düzeyde tahrik ederek haksız zeminde bulunuşuna devamlılık kazandıran sanık Ahmet’in maktul tarafından fevren ve gyaben tehdit edilmiş olmasının etki-tepki dengelemesi karşısında tahrik sayılması adalet ve nesafet ölçüleri ile bağdaşmayacağı halde bu sanık hakkında icapsız gerekçelerle tahrik hükmünün uygulanmasının yasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir.” (1.CD.,17.10.1995,1988-2879) (PARLAR/HATIPOĞLU, sf.308); “Maktulün kardeşi Sefer’in başlattığı kavgaya Kenan yanında sanık Kemal’in silahlı olmasına rağmen yumrukla dahil olduğu bu kavgayı haber alan maktulün ise kardeşi ile kavga eden sanıklara hamili silahla ateş etmeye başladığı, bunun üzerine sanık Kemal’in silahını ateşleyerek maktulü öldürdüğü dosya kapsamından anlaşılmasına göre, etki-

sövmeye ağır bir yaralama ile karşılık veren kimse, bu hareketiyle, sövmeye bulunan kişiyi haksız tahrikten faydalandırılmış olabilir.⁴⁹

İlk haksız hareketin kim tarafından geldiğinin tespit edilemediği hallerde, Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatlarına göre "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği, şüpheli olan bu durumdan sanık yararlandırılmalıdır.⁵⁰

Kusur yeteneği olmayanların (küçükler, akıl hastaları gibi) yaptıkları hareketlerin haksızlık niteliği taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre kusur yeteneği olmayanların fiilleri, sanığın bu durumu bilip bilmemesine göre değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, bu gibi kişilerin fiilleri hukuka uygun bir şekilde hareket etmek yeteneğine sahip olmadıklarından haksız tahrik teşkil etmez. Fakat eğer fail kendisine saldırıda bulunanın kişisel durumu hakkında yanılmış olur ve bu yanılması da kusursuz görülürse, yanılan faillerin hiddet veya elemine etkisi altında suç işlemeleri halinde haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır.⁵¹ Diğer bir görüşe göre, kusur yeteneğinin bulunmaması kişilerin gerçekleştirdikleri eylemler de haksızlık niteliğine sahip olduğundan, bunların hareketlerine karşı da haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir.⁵² Kanaatimce, kusur yeteneğine sahip bulunmayan kimse işlediği bir suç nedeniyle cezalandırılmazsa da, bu onun yaptığı hareketin suç ya da hukuka aykırı olmasını ortadan kaldırmadığından⁵³ ve eylemler haksızlık niteliğine sahip olabileceğinden kusur yeteneğine sahip olmayanların fiillerine karşılık da haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır. Aynı şekilde tahrik edenin

tepki biçiminde gelişen olayda maktul Tuncay'ın silahla ateş etmesinin dengeyi sanık lehine bozduğu ve bu tepkinin sanık Kemal için tahrik olarak kabul edilmesi ve uygulama yapılması gerektiği halde yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. (1.CD.,31.01.2000,3900-134)(PARLAR/HATİPOĞLU, sf.308)

49 HAKERİ, sf.357; Yargıtay bir kararında, hakaret ettiği mağdurun kendisini tokatlaması üzerine onu öldüren sanığın eyleminde haksız tahriki kabul etmiştir. (CGK, 16.5.1977, 209)(HAKERİ, sf.357)

50 DURAN, sf.136; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.545; "Mağdur sanıkların birbirleriyle çelişen anlatımları dışında ilk haksız saldırının hangisi tarafından yapıldığı, kavgayı kimin başlattığının kesin bir biçimde saptanamadığı hallerde, gerek Ceza Genel Kurulu'nun, gerekse özel Dairelerin yerleşmiş ve süreklilik gösteren kararlarında kabul edildiği üzere, ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığı belirlenemediğinden, şüpheli kalan bu halden sanığın yararlandırılması suretiyle etkili eylemi haksız tahrik altında gerçekleştirdiği kabul edilerek..." (3.CD.,02.04.2008, 13682/3400)(ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, sf.545); Yargıtay'ın 3. CD. bir kararında "haksız hareketin kimden geldiği tespit edilemediğinde sanık hakkında tahrik hükümleri uygulanmaz." Derken, 1. CD., "ilk silahla saldırıyı başlatanın belli olmaması nedeniyle, tüm sanıklar hakkında haksız tahrike ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine" karar vermiştir. (3. CD. 20.10.2010, 2009/24157, 2010/15112), (1. CD. 10.11.2010, 2481/7378) (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, sf.398)

51 DURAN, sf.142; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, sf.545

52 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.267; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.545; PARLAR/HATİPOĞLU, sf.308; GÜNAY, sf.28

53 DURAN, sf.142; Filin haklı veya haksız olduğunu değerlendirirken onu yapan kimsenin sübjektif durumuna değil, fiile maruz kalan kimsenin durumuna bakmak daha doğru olur. (DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Onuncu Bası, İstanbul, 1994, C. II., sf.354'ten aktaran DURAN, sf.143)

şahsi cezasızlık sebebinden yararlanması da, maddenin uygulanmasına engel değildir.⁵⁴

Mağdurun milletvekili, büyükelçi gibi ceza bağışıklığından yararlanan bir kişi olması failin haksız tahrikten yararlanmasına mani değildir.⁵⁵ Çünkü ceza bağışıklığından yararlanma fiilin hukuka aykırılığına etki etmemekte sadece cezalandırılabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

c. Haksız Fiil Sonucunda Failde “Hiddet veya Şiddetli Elem” Ortaya Çıkmış Olmalıdır

Haksız fiil teşkil eden fiillerin neler olabileceği kanunda tek tek sayılmamış; fakat haksız fiiller yaratacakları etki bakımından sınırlandırılmıştır.⁵⁶ Türk Ceza Kanunu madde 29’a göre haksız tahrikin diğer koşulu, haksız fiil neticesinde failde hiddet veya şiddetli elemine ortaya çıkmasıdır. Bir başka deyişle, tahriki oluşturan haksız fiil ile failin psikolojik durumu arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁵⁷ Faildeki bu psikolojik durum da mağdurun haksız fiilinden kaynaklanmalıdır.

Hiddet, “öfke”, “kızgınlık” anlamına gelmektedir. Elem ise, “acı”, “üzüntü”, “dert”, “keder” anlamına gelmektedir.⁵⁸ Failin mağdurun haksız fiili sonucu oluşan hiddet veya şiddetli eleminden meydana gelen bir buhran hali içinde suçu işlemesi gerekmektedir.⁵⁹

Failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem hali başka bir nedenden ileri gelmişse, haksız tahrikten söz edilemez. Bu itibarla, haksız tahriki oluşturan fiilin hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olması gerekir. Haksız fiilin bu nitelikte olup olmadığı, failin sübjektif durumuna göre değil, fiilin normal⁶⁰ bir kişiyi elem veya öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlenmelidir. Esasen hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirebilecek nitelikte olmamakla birlikte, failin fazla alıngan ya da aşırı duygusal olması sebebiyle onun üzerinde böyle bir etki meydana getiren fiillere karşı haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Çünkü bu durumda failin öfke veya üzüntüye kapılması, haksız fiilden değil, kendi ruhsal yapısından kaynaklanmaktadır.⁶¹

54 GÜNAY, sf.28; KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.267

55 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.546; DURAN, sf.142

56 ZAFER, sf.267

57 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.268

58 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> erişim tarihi:23.04.2012

59 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.546

60 Bir fiilin tahrik edici nitelikte olup olmadığı değişik kistaslara göre, örneğin tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahriki oluşturan fiili yapan kişinin durumuna, bu kişiler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir edilmelidir. (KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.266; HAKERİ, sf.353)

61 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.268; “Somut olayda mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiilin mevcudiyeti yeterli olmayıp, bunun her şahsa göre değişebilen bir hiddet ya da şiddetli bir elem ortaya çıkarmış olması aranır.”(ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.547); “Fiilin bir kimseyi elem ve gazaba sevk edecek nitelikte olup olmaması konusunda kanun normal bir kişiyi göz önünde tutmaktadır. Fiil; makul, normal, orta derecede bir insanı hiddete

d. Suç Haksız Fiilin Meydana Getirdiği “Hiddet veya Şiddetli Elemin” Etkisi Altında İşlenmiş Olmalıdır

Bu şart, haksız fiil sonucu meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile failin işlediği suç arasında nedensellik bağı bulunması anlamına gelmektedir. Burada fiilin haksızlığı hiddet veya şiddetli elemin karinesi olarak kabul edilmemeli, hâkim, haksız fiil sonucu failde hiddet veya şiddetli elemin meydana gelip gelmediğini tespit etmelidir.⁶²

Tahrik fiilinin mutlaka faile karşı işlenmesi şart olmadığı halde tepki fiilinin, tahrik eden kişi aleyhine işlenmesi gerekir.⁶³ Yani tahriki oluşturan haksız fiili işleyen kişiden başka birine karşı suçun işlenmesi halinde, tahrik sonucu oluşan hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olsa dahi haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır. PARLAR/HATİPOĞLU, mağdurun haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi ve zımnen bu haksız fiili onaylaması halinde de haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğini belirtmiştir. Örneğin; “Medeni Kanun hükümlerine, örf ve adete göre; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları menetmemek suretiyle huzuru ile adeta müteceviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırı görülmüştür.”⁶⁴

Aynı eylemden dolayı, aynı kişiye karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Aynı eylemden dolayı birkaç kez haksız tahrike kapıldığı iddiasıyla, mağdura birkaç kez yönelen faile her seferinde haksız tahrik indirimi uygulanmaz.⁶⁵

sevk edebilecek nitelikte olmalıdır.” (HAKERİ, sf.358); “Ancak böyle bir ruhsal karışıklığın faili etkilemesi, benzer bir durumda normal bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde söz konusudur.” (PARLAR/HATİPOĞLU, sf.309); Haksız kışkırtma, aynı olaylar karşısında kişiden kişiye değişen, kişinin ruhsal yapısı ve tepki mekanizması gözetilerek düzenlenmiş bir kurumdur. Olayın önemine bakılarak failde uyanan acı ve kışkırtmanın derecesini belirlemek, bütün insanları ruhsal yapı yönünden aynı kalıba sokmak demektir. Her insanın kendine yönelik aynı haksız fiile karşı gösterdiği tepki farklıdır. Bu, insan doğasının gereğidir. (GÜNAY, sf.37)

62 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.269

63 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, sf.398; Tepkiyi oluşturan suçun hedefi tahrikçi veya onun sahip olduğu şey olmalıdır. (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.547)

64 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.311; (1. CD., 01.04.1980, 41-1453); Bir olayda mağdurun çocukları, failin çocuğunu dövmüş, bunun üzerine fail de, çocukların babasına (yani mağdura) sövmüştür. Bu olayda haksız tahrikin bulunmadığına, sadece takdiri hafifletici sebeplerin söz konusu olabileceğine hükmetmiştir. (CGK, 16.03.1953, E.25, K.25)(HAKERİ, sf.359; DURAN, sf.162); 1. Ceza Dairesi, babanın, engelleme imkânı olduğu halde engellemeyerek seyirci kalması sebebiyle bu davranışı olumsuz ve haksız bir fiil olarak nitelemiştir

65 HAKERİ, sf.359

Tepkiyi teşkil eden suç, kusuru olmaksızın yanılarak kastedilen kimseden başkasına karşı işlenmiş ise, Türk Ceza Kanunu madde 30/3'ün koşulları çerçevesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür. Buna karşılık sapma halinde, yanılı söz konusu olmaması dolayısıyla, tahriki oluşturan hareketi gerçekleştiren kişi dışında kalan kimseler üzerinde işlenen fiiller açısından haksız tahrik hükmü uygulanmaz.⁶⁶ Yargıtay önceki kanun döneminde yanılma ve sapma durumunda da haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir.⁶⁷ Uygulama hedefte sapma halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedir.⁶⁸

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Kaldı ki tahriki oluşturan fiilin faili, bu suç nedeniyle mahkûm edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, eğer bu haksız fiilin hiddet veya şiddetli elem etkisi altında bulunan ve bu ruhsal durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen hüküm bulunmamaktadır. Başka bir deyimle, aradan uzunca bir zaman geçmesi, taraflar arasında önceden meydana gelen olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkûmiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez.⁶⁹ Sonuç olarak haksız fiil ile buna tepki olarak işlenen fiil arasında geçen zamanın uzun veya kısa olması önemli değildir. Önemli olan suç işlendiği sırada az da olsa, haksız fiil sonucu oluşmuş olan hiddet veya şiddetli elemnin devam ediyor olmasıdır.⁷⁰ Gerçekten haksız tahrikte önemli olan, faili suç işlemeye iten, onun beyninde şiddetli öfke ve şiddetli elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir.⁷¹ Hakim etkinin devam edip etmediğini, yapılan haksız fiilin niteliğine bakıp bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar bir süre ile hiddet veya üzüntü meydana getireceğini hesaplayarak belirlemelidir.⁷² Ancak haksız tahrik ile tepki arasına çok uzun zamanın girmesi, bu psikolojik etkinin kaybolmuş olabilme

66 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukukun Genel Hükümler, sf.547; Hakeri, haksız tahrik hükümlerinin sapma halinde de uygulanması gerektiğini belirtmektedir. (HAKERİ, sf.352)

67 HAKERİ, sf.352, (CGK, 04.02.1997, 4)

68 HAKERİ, sf.352, (1. CD., 11.04.2007, 2653); Yargıtay'ın verdiği bir karar şöyledir: "Sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı ateşler sonucu onu vurup, öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı gözetil(melidir)" (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.548); "Mağdurdan kaynaklanan bir haksız hareket nedeniyle fiili işleyen kimse, mağdur dışında başka kimselerin de isabet alacağını öngörmesine rağmen sonucu kabullenererek olası kastla fiili işliyorsa, olası kastla isabet ettirdiği kimseler bakımından haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz. Yargıtay da aynı görüştedir. Fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulu, olası kastla işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığına karar vermiştir. (05.10.2010-2010/1-132-183.)" (HAKERİ, sf.352)

69 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.310

70 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.269; ZAFER, sf.267; ÖZGENÇ, sf.368; MALKOÇ, sf.178; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, sf.397; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.548

71 GÜNAY, sf.35

72 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.269

ihtimalini arttırdığından hakimin dikkatli olmasını gerektirebilir.⁷³ Yargıtay da bir kararında “...Maddenin uygulanması yönünden önemli olan, failin suçu, önceki haksız davranışın doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında işleyip işlemediğidir. Mağdurdan gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiği kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir... Tahrik teşkil eden fiilin faili, bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, bu ruhi durumunun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında tahrik kuralları uygulanmalıdır. Bir başka deyişle, aradan uzun zaman geçmesi, taraflar arasında önceden vukubulan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp, cezanın infaz edilmesi ya da eylemin bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesi, dava veya cezanın aflat ortadan kalkması, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” demektedir.⁷⁴

Kanunda, işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın bulunup bulunmaması konusunda bir açıklık yoktur. Konu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, fiilin haksız eyleminin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinde işlenmiş olmasını yeterli görür. Somut olayda, haksız hareketin tepkisini oluşturan suçun ağırlığı ne olursa olsun fiil hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle işlenmiş ise, haksız tahrike dair hükümlerin uygulanması zorunludur.⁷⁵ Bu görüşü göre, meşru müdafaya ait kanun hükmünde saldırı ile savunma arasında oranın aranmasına karşılık, haksız tahrike ilişkin hükümde böyle bir unsur aranmadığından, failin tepkisinin haksızlık ile orantılı olması da gerekmeyecektir. Roma hukukundan gelen bir özdeyişe göre “saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur.” Bu nedenle, bireyin psikolojisine göre, kimin hangi olayda nasıl tepki vereceğini önceden tahmin etmek güç olduğundan kanun koyucunun tepki suçunun oranı konusunda bir hükme yer vermemiş olması da yerindedir.⁷⁶ Bu görüş failin psikolojik durumunu esas almaktadır.

Diğer görüşe göre suç ile tahrik fiili arasında bir oran bulunmalıdır. Bu görüşe göre kanunda açıkça oran bulunması gerektiği yer almamış olsa bile bu koşulun tahrik kavramında zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir. Tepki bakımından en önemli husus, bunun haksız tahriki teşkil eden fiil ile orantılı olmasından ibarettir. Tahriki teşkil eden fiil ile tepki olarak beliren fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekir ve her nedensellik bağı bir oranı, bir ölçüyü gerekli kılar. Burada önemli olan husus, haksız fiilden daha ağır bir tepki değil, daha kesin ve açık bir ölçsüzlüktür.⁷⁷

73 ZAFER, sf.267

74 (CGK., 10.6.2003, 1-143/183), ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, sf.397-398

75 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.549

76 DUMAN, sf.170

77 DUMAN, sf.169-170

Yargıtay'ın, oran bulunmasına ilişkin kararları mevcut olduğu gibi, oran kriterini haksız tahrikin ayırıcı bir koşulu olarak kabul etmediği kararları da mevcuttur.⁷⁸ ÖZGENÇ, Yargıtay'ın, suçun ağırlığı ne olursa olsun, haksız tahrike ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği fikrine taraftar olduğunu belirtmektedir.⁷⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA ise Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında, oranın bulunması gerektiği fikrini benimsemiş olduğunu belirtmiştir: *“Irza geçme suçları şehvi kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardır. Olayda, kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur (E)'yi yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilir. Mağdurun bahçeden kayısı çalması sanık lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve (tahrik hükmüyle) cezadan indirme yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığının altında mağdur (E)'nin sanığın zararına işlediği haksız tahrik sayılan eylemi ile işlenen suç karşılaştırılırsa bu ikisi arasında ne nitelikleri bakımından bir bağlantı ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem ne ağır ne de hafif bir tahrik niteliğinde değildir. Belki bir takdiri indirme sebebi kabul edilebilir...”*⁸⁰

Kanaatimce, fail, haksız bir fiil sonucu hiddet veya şiddetli elem haline girmişse, işlenen suçun ağırlığının önemi yoktur. Aradaki oran, haksız tahrik sonucu yapılacak indirimin miktarını belirlemede yardımcı olabilecektir. ZAFER'in dediği gibi: *“Haksız tahrik teşkil eden fiilin yöneldiği değerle, tahrik altında gösterilen tepkinin yöneldiği hukuki değer arasında bir oran bulunması zorunlu değildir. Haksız tahrikin etkisi ile işlenen suç, haksız fiilin yöneldiği değerden daha önemli bir değeri ihlal ediyor olabilir. Ancak belirtelim ki, haksız fiil teşkil eden suçla, tahrik altında kalanın işlediği suç arasında nitelik bakımından uygunluk olmalıdır. Örneğin, bahçeden elma çalan sanığa cinsel saldırıda bulunulması halinde failin, haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaması gerekir.”*⁸¹ TOROSLU da tepki ile haksız tahriki oluşturan fiil arasında bir oran bulunmasının gerekmediğini, aksi halde örneğin kendisine tokat atanı öldüren kimsenin haksız tahrikten yararlanamayacağını kabul etmek gerekeceğini belirtmiştir.⁸²

78 Ayrıntılı bilgi için bkz: DUMAN, sf.172-173

79 ÖZGENÇ, sf.370; Özgenç'in bu konu için örnek olarak dipnotta belirtmiş olduğu Ceza Genel Kurulu kararında (CGK., 17.12.1984, 1678/441), koyunların çalınma teşebbüsü karşısında tahrike kapılan çobanın, mağdurun kafasına sopasıyla öldürücü nitelikte darbeler indirmesi olayında, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiş ve söz konusu kararda gerçekten gazap ve hiddetin oluşup oluşmadığını araştırmış, oranın varlığını araştırmamıştır. (Karardan bölüm için bkz: ÖZGENÇ, sf.370, dipnot:661)

80 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.550, (5. CD. 29.03.2006, 402/2577)

81 ZAFER, sf.267

82 TOROSLU, sf.245

D. Haksız Tahrikte Özel Durumlar

a. Haksız Tahrik-Taksirli Suçlar

Bir görüşe göre, tahrik eylemine maruz kalan failin haksız tahrikten faydalanması için bizzat tahrikçiye karşı bilerek ve isteyerek tepki göstermesi lazımdır. Bu bakımdan tahrik sonucunda işlenen suçlar sadece kasıtlı fiillerdir. Halbuki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda, tahrike maruz kalan failin kusurlu bir hareketi bulunmakla birlikte, neticeye yönelik kastı yoktur. Ayrıca taksirli suçlarda tepkinin tahrik edene yönelmesi şartı da gerçekleşmez.⁸³

Katıldığı diğer görüşe göre, kanunda haksız tahrikin sadece kasıtlı suçlara mahsus olduğunu belirten bir düzenleme bulunmadığı gibi, haksız tahrik hükmü, bütün suçları kapsamı altına alan kanunun genel hükümleri arasında yer almıştır. Bir tepki, sadece hareketin istenmesini açıklar, yoksa neticenin de istenmesi tepkinin varlığı için şart değildir. Kasıtlı suçlarda tahrikin kabulüne yol açan psikolojik esas taksirli suçlarda da aynen görülür.⁸⁴ Ayrıca haksız tahrik müessesesi, failin içinde bulunduğu psikolojik durum esas alınarak kabul edildiğine göre, tahrike maruz kalan failin eyleminin kasıtlı ya da taksirli olmasına göre bir ayırım yapılması yerinde olmaz.⁸⁵

b. Haksız Tahrik-Meşru Savunma

Haksız tahrik ile meşru savunma aynı fiilde bir arada bulunamaz. Çünkü her iki müessesenin hukuki niteliği ve şartları farklı olduğu için, bir olayda birisinin bulunması diğerini ortadan kaldırır. Meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebidir ve şartları gerçekleştiğinde meşru savunma halinde işlenen fiilden dolayı kişiye ceza verilemeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamaz. Buna karşılık haksız tahrik altında işlenen fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekte; failin kusurunun azalması nedeniyle bu durum sadece cezanın indirilmesine yol açmaktadır. Ayrıca meşru savunma halinde halen bir saldırı bulunduğu için bu saldırının ortadan kaldırılması zorunluluğu vardır.

83 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.537; PARLAR/HATİPOĞLU, sf.315; Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları olmuştur: "Maktuldeki yaraların 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2. maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini." (1. CD., 16.05.2007, 2703/3776) (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, sf.537, dipnot: 198); "Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasdi ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız(taksirli) suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir." (2. CD., 22.10.1985, 7645-8347) (PARLAR/HATİPOĞLU, sf.315); "Ancak; oluş ve kabule göre; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş..." (1. CD., 01.12.2008, 5346/7646) (KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.265, dipnot:815)

84 DURAN, sf.238; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.53

85 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.269; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.538

Oysa haksız tahrikte haksız fiil sona ermiştir ve bunun meydana getirdiği öfke ile karşılıklıta bulunmaktadır. Ayrıca meşru savunmada sınırın aşılması halinde de haksız tahrik hükmü uygulanmayacaktır.⁸⁶

c. Haksız Tahrik-Takdiri Hafifletici Sebepler

Haksız tahrik, takdiri hafifletici sebeplerle bir arada bulunabilir. Fakat aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılması ve cezada iki defa indirim yapılması mümkün değildir.⁸⁷

d. Haksız Tahrik-İştirak

Haksız tahrik kişisel bir sebeptir. Bu nedenle tahrik fiili kime yönelikse haksız tahrik onun bakımından sonuç doğurur.⁸⁸ Yani iştirak halinde işlenen suçlarda haksız tahrik, fail veya şeriklerin her biri ayrı ayrı tahrik edilmediği sürece, sadece tahrik edilen kişi bakımından uygulanabilir. Örneğin haksız tahrik altında bir başkasını suça azmettiren şerik hakkında haksız tahrik hükmü uygulanabileceken, suçu işleyen fail hakkında uygulanamaz.⁸⁹

e. Haksız Tahrik-Akıl Hastalığı

Haksız tahriki teşkil eden fiil, failin şuur veya hareket serbestisini önemli derecede ortadan kaldıracak bir nitelik almışsa ortada artık haksız tahrikin değil, arızı bir nedenin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda akıl hastalığı ve haksız tahrikin bir arada bulunamayacağı sonucuna varılacaktır. Zaten tam akıl hastalığında eyleme ceza verilmediğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.⁹⁰

Kısmi akıl hastalığında ise haksız tahrikin birlikte bulunabileceği söylenmektedir. Her iki hükmün de birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli olduğu için, böyle bir durumda aynı halden dolayı iki defa ceza indirilmesi yanlış ihlal edilmiş olmayacaktır. Eğer fail hastalığından doğan öfke veya elimin etkisi altında suç işlemiş olursa, öfke veya elimin, olmayan haksız tahrikten değil de, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş bulunduğu kabulü gerekecektir.⁹¹

f. Haksız Tahrik-Yaş Küçüklüğü

Kanunda 12 yaşını bitirmeyenler hakkında kovuşturma yapılamaz. Ceza verilemeyen bu yaş grubu hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilir. Ceza verilemeyen bu yaş grubu hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

86 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.269-270

87 HAKERİ, sf.351

88 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, sf.399

89 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.271

90 DURAN, sf.223

91 DURAN, sf.223-224

12 yaşını doldurmuş 15 yaşını doldurmamış küçüklerin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde hakkında cezaya hükmedilemeyeceğinden haksız tahrik hükmü uygulanmayacaktır. Fakat küçük işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahipse cezaya hükmedilebileceğinden hem haksız tahrikten indirimle gidilebilir hem de yaş küçüklüğüne ilişkin indirim yapılabilir.⁹²

15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış küçüklerin cezalarından indirim yapılabilir. Dolayısıyla haksız tahrik ile yaş küçüklüğü sebebiyle indirimler yapılabilir.⁹³

g. Haksız Tahrik-Zincirleme Suç

Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak bu suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedir. Ancak bu suçlar bir suç işleme kararı icrası kapsamında işlenmektedir. Haksız tahrik şartlarının oluştuğu ve suçun nitelik açısından haksız tahrikle işlenmeye müsait suçlardan olması durumunda aynı kasıt altında irade yeteneği azalan sanığın aynı şahsa ya da birden fazla mağdura karşı işlediği zincirleme suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmaması için bir neden yoktur.⁹⁴

h. Haksız Tahrik-Suç Saiki (Güdü)

Kanunumuzun 61/1-g bendi saiki, temel cezanın belirlenmesinde etken bir faktör olarak kabul etmiştir. TCK insanlığa karşı suçta (md 77/1) siyasal, felsefi, ırk ve din, adam öldürme suçunda kan gütmeye, töre ve canavarca his (md 82/1-b-j-k) saikleri, kanunda açıkça yer almış ve cezanın ağırlaştırılmasının nedeni kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suçta ve Yargıtay'ın kabulüne göre madde 82/1-b-j-k bentlerinde düzenlenen öldürme suçlarında belirlenen saik nedeniyle haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Haksız tahrik hükümlerinin uygulandığı durumlarda ise suçun belirtilen Saiklerle işlendiği söylenemez.⁹⁵

II. HAKSIZ TAHRİK ALTINDA ÖLDÜRME

Kasten öldürme suçu Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde düzenlenmiştir.⁹⁶ Kasten öldürme suçu ile korunmak istenen hukuki yarar yaşam hak-

92 DURAN, sf.227

93 TCK Madde 61/5: "Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezadan indirim yapılması gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir." Türk Ceza Kanunu'nun 61/5'inci maddesine baktığımızda indirim yapılırken önce haksız tahrike ilişkin indirimle gidilecek, daha sonra akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğüne ilişkin indirimle gidilecektir.

94 DURAN, sf.245

95 OTACI, Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, sf.132

96 TCK Madde 81: "Bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

kıdır ve bu suçun faili herkes olabilir. Bu suçun mağdurunun, “Bir insanı kasten öldüren...” denilmek suretiyle sadece insan olabileceği kanunda belirtilmiştir. Kasten öldürme suçunun maddi unsuru bir insanın öldürülmesidir. Kanun'un 82. maddesinde ise kasten öldürme suçunun nitelikli halleri yer almaktadır.

Kasten insan öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulamasının belirgin bir özelliği yoktur.⁹⁷ Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından ise haksız tahrikin uygulanması konusunda bazı farklılıklar vardır.

Kasten öldürme suçunun **tasarlayarak** işlenmesi, öldürme suçunu nitelikli hale getirmekte, faile daha ağır ceza verilmektedir. Tasarlamayı, suçun nitelikli hali kılan, failin önceden yaptığı plan ve aldığı tedbirler nedeniyle ani kasta göre suçu daha kolay işlemesi, suç kararı ile icra arasındaki zaman aralığında suçtan cayma imkanı varken suç işlemekte sebat göstermesi, suç işleme araçlarını, şeklini hazırlaması, mağduru daha kolay öldüreceği zemini kollamasıdır.⁹⁸ Yargıtay'a göre tasarlanmanın unsurları şunlardır: a) Suçu işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, b) İşlemeyi niyet ettiği suçu soğukkanlı ve sükunetle düşünmesi, c) Suç kararıyla eylem arasında zaman geçmesi, d) Ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip, ısrarla fiilini icraya başlaması.⁹⁹

Tasarlanmanın haksız tahrik ile bir arada bulunup bulunamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır ve sorunun çözümü tasarlanmanın kabulünde esas alınan teoriyle yakından bağlantılıdır.¹⁰⁰ Soğukkanlılık teorisine göre tasarlanmanın iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar suç işleme kararı ile suçu işlemeye başlama arasında bir süre bulunması, ikincisi ise failin soğukkanlılıkla hareket etmesidir. Soğukkanlılık teorisi suçun işlenişi ile ilgilidir ve failin suç işleme anındaki psikolojik yapısını esas alır.¹⁰¹ Tasarlanmanın hukuki esası soğukkanlılık olarak kabul edildiğinde, haksız tahrikin de temel şartlarından biri “suçun hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle işlenmesi” olduğundan, bu iki zıt ruhsal durumun aynı kişide ve aynı anda bir arada var olamayacağı şüphesizdir.¹⁰² Buna karşılık, tasarlanmanın failin karar vermesi ile harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde failin ana hatlarıyla yapacağı hareketi planlaması ile ilgili olan plan teorisi Türk doktrininde hakim olan görüştür ve tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceği belirtilmektedir.¹⁰³ Tasarlanmanın esası konusunda soğukkanlılık teorisine ağırlık veren Yargıtay da, haksız tahrik ile tasarlanmanın bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁴

97 OTACI, sf.133

98 OTACI, sf.461

99 OTACI, sf.465

100 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.53

101 OTACI, sf.462

102 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.534

103 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.270

104 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.535

82/1-b bendinde kasten öldürme suçunun **canavarca hisle veya eziyet çektirerek** işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Söz konusu ben-de bakıldığında canavarca hisle ve eziyet çektirerek olmak üzere iki seçimlik hareket vardır.

Canavarca hisle öldürme, kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesidir ve failin sübjektif durumuna ilişkindir. Canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesidir. Kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi buna örnek gösterilebilir.¹⁰⁵ Suç tipinde dikkat çeken önemli bir husus, bentte her ne kadar açıkça saik kavramına yer verilmemiş olsa bile, “canavarca his” ibaresiyle suçun, kan gütme ve töre saikiyle öldürme suçlarında olduğu gibi aslında bir saik suçu olduğudur. İncelenen bentte (eziyet çektirmenin) suçun icra şeklinin müstakil suç olarak kabul edilmesi, canavarca hissin, failin iç dünyasına ait, psikolojik bir olgu olduğu, dolayısıyla saik kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Buna rağmen yargı kararlarında, kan gütme ve töre gibi diğer saik suçlarındaki haksız tahrikle saikin bir arada bulunamayacağına dair yorumun bu suçta ileri sürülmemesi ilginçtir.¹⁰⁶

Eziyet çektirerek öldürme durumunda, kişi hemen değil, belli bir süreç içinde acı çektirilerek öldürülmektedir. Ölüm neticesini gerçekleştirmek bakımından zorunlu olmayan ve sırf mağdura acı ve ıstırap vermek için yapılan hareketler eziyet çektirme sayılmaktadır. Eziyet çektirerek öldürmenin özelliği, failin merhametsiz ve acımasız olarak hareket etmesi sadist bir duygu ve düşüncenin eylemde görülmesi, mağdurun öldürülürken fazla eziyet çekmiş olması ve failin de eziyet çektirerek öldürmeyi özel olarak kastetmiş bulunmasıdır. Yargıtay, eziyet çektirerek öldürmenin kabulü için, failde sadist bir duygu ve düşüncenin varlığını aramaktadır.¹⁰⁷

Canavarca his, failin iç dünyasına, psikolojisine ait bir kavram, eziyet çektirmek ise suçun işleniş şekline ilişkin, failin dış dünyaya yansıyan ve mağdurun vücudunda etkisini gösteren davranıştır.¹⁰⁸

Sonuç olarak, kanunda “canavarca hisle” ve “eziyet çektirerek” denilmiş ise de bunlar aslında birer saiktir. Bu nedenle suç genel kasıtle değil, özel kasıtle işlenebilir.¹⁰⁹ Saik suçu olduğundan da tıpkı kan gütme ve töre gibi diğer saik suçlarındaki gibi haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerekir.

Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinde yer alan kasten öldürme suçunun, **yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle** işlenmesi, **üstsoy veya**

105 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.675

106 OTACI, sf.489-490

107 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.676

108 OTACI, sf.490

109 OTACI, sf.491

altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı işlenmesi, **çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı** işlenmesi ve **gebe olduğu bilinen kadına karşı** işlenmesi hallerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bir özellik arz etmez. Söz konusu nitelikli hallerde şartları varsa haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Kasten öldürme suçunun **kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle** işlenmesi hali öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halde suçun mağduru, “kamu görevini yerine getiren kişidir”. Mağdurun mutlaka kamu görevlisi olması gerekmez. Kamu görevlisi olmasa bile kamu görevi yapan kişinin görevi nedeniyle öldürülmesi halinde, bentte tanımlanan suç oluşur. Suçun oluşumunda, kişinin sıfatı ile kamu görevinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Tanıklık, bilirkişilik, CMK 90. maddeye göre herkes tarafından yapılabilen yakalama, mahkemece verilen vesayet, kayımlık gibi görevler de kamu görevi sayılır.¹¹⁰ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun öldürüldüğü sırada kamu görevinde bulunması şart değildir. Emeklilik veya istifa gibi nedenlerle görevinden ayrılmış olsa bile yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürülmesi durumunda da bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹¹¹

Madde gerekçesinde “mağdurun, görevinin gereklerine uygun davranması dolayısıyla öldürülmesi gerekir” şeklinde bir görüşe yer verilerek, görevde yetkinin kötüye kullanılması halinde bu suç tipinin oluşmayacağı ima edilmiştir. Öğretide, kamu görevinin kötüye kullanılması halinde bu suç tipinin oluşmayacağı, çünkü artık görevden bahsedilmeyeceği gibi, fail açısından haksız tahrik indirimi uygulanmasının da gündeme geleceği savunulmaktadır.¹¹² ERMAN'a göre, görevde yetkinin kötüye kullanılması, kamu görevlisinin keyfi davranmasıdır ve fail açısından haksız tahrik nedenidir. Bu itibarla bentte tanımlanan suçun oluşumuna engel değildir.¹¹³ Kanaatimce, kamu görevini yerine getiren kişinin fiili haksız sayılmayacağından, fail açısından haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır. Kişinin görevde yetkisini kötüye kullanması sonucu keyfi davranması halinde ise, hem bentte belirtilen suçun oluşmasına engel bir durum ortaya çıkmaz hem de haksız tahrikin uygulanması gündeme gelir. Fakat kamu görevlisinin, örneğin polisin gözüaltına aldığı kişiyi dövmesi, yetkilerin kanun amacına aykırı olarak sırf kişisel çıkarları için kullanılması hallerinde artık görevden bahsedilmeyecek ve maddedeki söz konusu nitelikli hal oluşmayacak, faile haksız tahrik hükümlerinden faydalanma imkanı doğacaktır.

Kasten öldürme suçunun, **bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla**

110 OTACI, sf.530-531

111 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.680

112 OTACI, sf.532; PARLAR/HATİPOĞLU, sf.680

113 ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, sf.55'den aktaran OTACI, sf.532

işlenmesi hali de Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan nitelikli hallerdendir.

Bu nitelikli halle işlenen kasten öldürme suçu ile işlenen diğer suç arasında amaç suç-araç suç ilişkisi söz konusudur. Burada kasten öldürme suçu araç suç, diğer suç ise amaç suçtur. Burada önemli olan amaç suçun tamamlanmış olması değil, araç suç olan kasten öldürme ile amaç suç arasında bağlantının bulunması ve failin araç suçu, belirtilen maksatlardan biriyle işlemiş olmasıdır. Bentte belirtilen amaçlarla yapılacak eylem suç oluşturmuyorsa, bu hüküm de uygulanamayacaktır. Bu bent hükmü ile haksız tahrik hükmünün birlikte uygulanması mümkün değildir.¹¹⁴ Çünkü ilk başta faili tahrik edecek bir haksız fiil bulunmamaktadır. Burada haksız fiilden duyulan hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında değil de suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak gibi amaçlar uğruna kasten öldürme suçu işlenmek istenmektedir. Haksız tahrik, söz konusu bentteki suçun niteliğine uygun düşmemektedir.

Bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infiale kasten öldürme suçunun işlenmesinde, hükmün meninden de anlaşılacağı üzere işlenemeyen bir suç ve bu suçun işlenmemesinden doğan bir infial vardır.

İşlenmek istenen suç ile öldürme suçu arasında bağlantı olduğu açıktır. Bağlantı, ilk suçun işlenmemesinden duyulan öfke, kızgınlık, hiddet ve kanunun deyimiyile infialdir.¹¹⁵ Gerçekleştirilemeyen suç, kasten işlenebilen bir suç olmalıdır. Çünkü taksir ya da olası kastla işlenen bir suçu işleyememekten doğan bir infialden söz edilemez.¹¹⁶ Kanaatimce bu suçta da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.¹¹⁷ Öncelikle burada tahrike sebep olan haksız bir fiil yoktur. Faili, suç işlemeye sevk eden, haksız fiil sonucu oluşan hiddet değil, bir suçu işleyememenin doğurduğu infialdir. Ayrıca söz konusu bentte suç işleyememekten doğan bir infial durumu vardır. Haksız tahrikten farklı olarak, buradaki hiddet yani infial, haksız fiil sonucu değil, sıç işleyememenin ortaya çıkardığı ruhsal bir haldir.

Kan gütme, failin daha öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesidir. Saik ise, failin eyleme geçmesine etken olan nedendir. Kan gütme saikiyle adam öldürme suçunda, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutku etkendir.¹¹⁸ Kastan öldürme

114 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.680

115 OTACI, sf.552

116 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.681

117 "Özellikle, eski ifade ile özel kast ve saikle işlenen suçlarda hem tahrik hükmü hem de bu saikler birlikte kabul edilip uygulanmaz." (MALKOÇ, sf.182)

118 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.681; "Önceki olay ölümlü sonuçlanmamış ise, bu kişinin intikamının alınması için işlenen öldürme olayında kan gütmenin varlığından bahsedilemez. Böyle bir olayda koşulları varsa TCK'nun 29.maddesinin uygulanması gerekir. Kan gütme saikiyle öldürmenin varlığından söz edilebilmesi için, ilk olay ile fiil arasında, ilk olaydan kaynaklanan

suçunun **kan gütme saikiyle** işlenmesi halinde, haksız tahrik indirimi uygulanıp uygulanmayacağı, bu suçun tanımına, unsurlarına ve fail ile mağdurun kim olduğuna bağlıdır. Yargıtay'ın bu konudaki kabulü ve uygulaması istikrarlıdır. Yargıtay, öldüreni öldürme eylemini kan gütme saymadığından haksız tahrik indirimi uygulanması gerektiği, ilk öldürmeyi gerçekleştirenin yakınlarından birinin öldürülmesi halinde ise eylemin kan gütme saikiyle öldürme suçunu oluşturup haksız tahrik indirimi uygulanamayacağı görüşündedir.¹¹⁹

Bir görüşe göre, her öç alma duygusunun özünde tahrik bulunduğundan, kan davası olaylarında da koşulları gerçekleştiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabilir. Diğer fikre göre, kan gütme saikiyle hareket edildiği hallerde, fail, kasten öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu alt kültürde egemen olan bir görevi yerinde getirdiği şuur ve iradesi ile ölenin kanına karşılık olmak üzere ve onun öcünü alma duygusuyla eylemi gerçekleştirmektedir. Haksız tahrikte de, bir kimsenin haksız hareket sonucu kapıldığı hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle suç işlemesi söz konusudur. Bu bakımdan, aynı duygu ya da saik, hem daha ağır cezayı hem de daha hafif cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden¹²⁰, kasten öldürmenin nitelikli hallerini düzenleyen 82'nci maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, "*kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz.*"¹²¹

Kasten öldürme suçunun **töre saikiyle** işlenmiş olması durumu kasten öldürme suçunun nitelikli halidir. Töre "*bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet*" ve "*bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri, adap*" anlamlarına gelmektedir.¹²² Töre cinayetinde faili suç işlemeye yönelten etken (saik) töre baskısı altında öç alma duygusu, yanlış dinsel inanç ve toplumsal değer yargısıdır.¹²³ 29. maddenin gerekçesinde "*Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizdeki özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında hak-*

acı, öfke ve kızgınlığın geçmesini sağlayacak bir zaman diliminin geçmesi gerekir." (PARLAR/HATIPOĞLU, sf.682)

119 OTACI, sf.573; Mağdur önceki öldürme eyleminin failinin yakınına, akrabasına, mensup olduğu gruptan birisi ise, mağdurdan kaynaklanan faille yönelik haksız bir eylem olmadığı için tahrik indirimi uygulamak mümkün olmayacaktır. Haksız tahrikin mümkün olduğunu savunan yazarların, suçun mağdurunun, önceki öldürme eyleminin faili de olabileceğini kabul ettiği sonucunu çıkarmak gerekir. Çünkü öldürenin öldürülmesi halinde kan gütme olmayacağına dair görüş, nispeten yenidir." (OTACI, sf.576)

120 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.536

121 KOCA/ÜZÜLMEZ, sf.270

122 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> erişim tarihi: 04.05.2012

123 PARLAR/HATIPOĞLU, sf.683

sız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir"¹²⁴ denilerek töre saikiyle bir suçun mağduruna karşı kasten öldürme suçunun gerçekleştirilmesi halinde haksız tahrikin uygulanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Töre saikiyle öldürmenin kabulü ve nitelikli halin uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir. Zira suçun nitelikli hali olarak kabul edilen bir durumun hafifletici neden sayılması mümkün değildir.¹²⁵

SONUÇ

Haksız bir fiil sonucunda kişide oluşan öfke, hiddet ve elem onu tepki göstermeye iter. Bu süreçte, haksız fiile maruz kalan kişinin doğru düşünme ve davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmaktadır. Bu azalma ve zayıflama, işlediği suç bakımından kusur yeteneğinde azaltıcı bir etki gösterir. Haksızlık karşısında davranışlarını denetleme ve yönlendirme yeteneği azalan kişinin, aklına gelen fiilleri işlemekten kendini alıkoymasına da zorlaştığı için kusurluluğunu da tam saymak doğru kabul edilmemiş, buna paralel olarak da indirilmiş cezaya hükmedilmesi yoluna gidilmiştir.¹²⁶

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde 765 Sayılı Kanun'daki gibi, tahrikle ilgili olarak adi ve ağır tahrik olarak bir ayırım öngörülmemiştir. Tahrik olgusu kişinin iradesini etkileyen bir neden oluşturduğuna göre, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, maddede belirlenen alt ve üst sınırlar arasında tayin edilecek bir oranda failin cezasında indirim yapılacaktır.¹²⁷

Uygulamaya bakıldığında ise, oldukça basit nedenler, küçük tartışmalar sonucunda insan öldürme suçunun işlendiği, haksız tahriki düzenleyen maddenin, herhangi kısıtlama ve istisna kabul etmemesi nedeniyle sanıkların, tahrik indiriminden yararlandığı görülmektedir. Adalet terazisinin bir tarafına insan hayatını, diğer tarafına buna son verme nedeni olarak gösterilen basit bir tahrik gerekçesini koyduğumuzda aklın ve vicdanın ikna edilmesini, uygulamanın makul ve adaletli olduğunu ifade etmek gerçekten zordur. Kışkırtılmış olmak, bir insanın hayatına son verme nedeni olmamalı, kanunların da bu durumu himaye etmesinin önüne geçecek tedbirler alınmalıdır.¹²⁸

124 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, sf.684

125 PARLAR/HATİPOĞLU, sf.683

126 MALKOÇ, sf.178

127 ÖZGENÇ, sf.371

128 OTACI, sf.133

Kaynakça

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, 1. Cilt
- DURAN, Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010
- GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
- MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Birinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, 1.Cilt
- POLAT, Yıldız, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Haksız Tahrik Altında İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı:2010/2
- OTACI, Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009,
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2009
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, Ders Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 2010
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

KİRALANANIN BOŞALTILDIĞI, BOŞALTMA GÜNÜ NASIL VE HANGİ DELİLLERLE İSPATLANIR. KİRACI KİRALAYANA VERDİĞİ DEPOZİTOYU NE ZAMAN GERİ ALABİLİR?

Erdoğan GÖKÇE¹

Kiralananın boşaltılması ile birlikte gelen ihtilaflarda ispatlama yöntemlerinde pek çok hata yapılmaktadır.

1. Kiralananın Boşaltılması Nasıl İspatlanır:

Ülkemizde konutların sayısının konut ihtiyacı olanların sayısından çok az olduğu bilinmektedir. Bunun gibi işyeri sayısı da kısıtlıdır. Mahkemelerin ve avukatların uğraştığı kira hukukundan doğan davaların, diğer davalardan çok fazla olduğu da bir gerçektir.

Kira sözleşmeleri 6570 Sayılı Kanun uygulaması ile 1'er yıl süreli yapılmaktadır. Kira sözleşmeleri usulüne göre bozulmazsa (feshedilmezse) yasa gereği olarak birer yıl sürelerle uzamaktadır.(Yeni Borçlar Kanunu 347.maddesi)

Bir yıllık veya daha uzun süreli ile kiralanan yerler sözleşme sonunda boşaltıldığı gibi, sözleşme bozulmadan (feshedilmeden), süresi bitmeden,yasal usullere uyulmadan da boşaltılmaktadır.

Bazen sözleşmenin, sözleşme sonunda feshedildiği,yazılı olarak ihbar edilmekte,ancak fiiliyatta çok kere boşaltılması gereken tarihten sonra boşaltılmaktadır. Bu takdirde sözleşme yeni kira yılı süresince, yasa gereği, uzamaktadır.

Bazen, yine sözleşmenin bozulması kurallarına aykırı olarak, sözleşme devam ederken, kiracılar kiralananı boşaltmaktadırlar.

Her iki halde de kural olarak kiracı yeni kira yılında da sözleşme ile bağlı olmaktadır. Eğer kiralayan bu şekilde boşaltılan kiralananı, yeniden kiraya verirse, eski kiracısının kira parası borcu sona erecektir. Eski kiracısından bağlı olduğu kira parasını alabileceğini düşünen bazı kiralayanlar, yeniden kiralama işini savsaklamakta veya boşaltan kiracının bağlı olduğu koşullara uygun olmayan koşullarla, özellikle daha yüksek bir kira parasına kiralananı yeniden kiraya vermeye çalışmaktadırlar.

İşte Yargıtay, özellikle 13. Hukuk Dairesi bu haksızlığı önlemek için yerleşmiş kararlarında Mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırmasını ve boş-

1 Fatih Emekli Hukuk Hakimi

lan kiralananın aynı koşullarla ne kadar süre ile yeniden kiralanabilmesinin mümkün olduğunu belirlemesini istemektedir. Bu uygulamaya ait örnek karar Yargıtay Kararları Dergisi'nin 10/1990 numaralı sayısının 1502. sayfasında yer aldı. Karar 09.05.1990 gün ve 1989/8.188 – 1990/3.403 sayılıdır. Kararda (Erken tahliye durumunda kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verildiği tarihe kadar, boş kaldığı dönem kirasını kiracı ödemekle yükümlüdür) denmiştir. Bu kural yüzlerce bozma kararında tekrarlanmıştır. (İstanbul Barosu Dergisi'nin 01/2006 numaralı sayısının da 139 – 150. sayfalarında yayınlanan Kira Hukukunda Özel Kurallar isimli yazımda kira sözleşmesinden doğan çekişmelerle ilgili kurallar bir arada yer almıştır)

Yeni Borçlar Kanunu, kira sözleşmesini 299 – 378. maddelerinde düzenledi. 6570 Sayılı Gayrimenkullerin Kiraları Hakkındaki Kanun'un kuralları Borçlar Kanunu'nun içine 339 – 356. maddeleri içine alındı.

Yargıtayın yukarıda anlatılan uygulaması Yeni Borçlar Kanunu'nun 325 maddesine konu. Bu maddede (Kiracı,sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, **kira sözleşmesinden doğan borçları,kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği MAKUL bir süre için devam eder.** Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya veren kabul etmesini beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması halinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür) denmiştir.

2. Kiralananın Boşaltıldığının İspatı

Bu gibi çekişmelerde Mahkemelerin keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırması ve **kiralayan kiralananı yeniden kiralamış ise yeni kira sözleşmesinin fotokopisinin dosyaya verilmesini temin etmesi ve keşifte bu sözleşmenin doğruluğunu yeni kiracıya doğrulatması gerekir.** Nedeni şudur: Kiralanan boşaltılmadan sonra yeniden kiraya verilmiş olabilir. Aylık kira parası eski sözleşmede yazılı olduğu gibi veya daha az veya daha çok olabilir. Bilirkişi kurulunun raporunda bildireceği süre farklı olursa, bu takdirde gerçek ile rapor arasında çelişki doğacaktır. Bunun düzeltilebilmesi için belki de yeniden keşif yapılması gerekebilecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinde ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201. maddesinde (**Yazılı senede bağlı bir iddianın aksinin yine, yazılı belge – senetle yapılacağı kuralı**) yer almıştır.

İşte yazılı sözleşme ile kurulan kira ilişkisinin bozulmasının, (sözleşmenin feshedildiğinin), kiralananın boşaltıldığının ispatının, yine yazılı belge ile yapılması zorunludur.

200. maddelerde tanıkla ispat limiti 2.500 TL olarak yer almıştır.

Bu kuralların sonucunda sözleşmenin bozulduğu, boşaltıldığı, boşaltma tarihi ve anahtarlarının teslimi tanıkla ispatlanamayacaktır.

Sözleşmenin bozulduğu, kiralananın ve anahtarlarının hangi tarihte yapılacağı, gelip teslim alınmazsa tevdi mahalline teslim edileceği, ispat kolaylığı nedeniyle, Noterden gönderilecek, bir ihtarla yapılmalıdır. Kiralayanın kiralananı, anahtarlarını almaması halinde tutanak düzenleyerek, tutanağa kira ilişkisinin tarafları dışında tanık ad, soyad, imzası ekleyerek düzenlenmesi ve bu belgeler eklenerek Sulh Hukuk Mahkemesinden **Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 107. maddesine göre (tevdi yeri) kararının alınması gerekecektir. Bu karar ile borçlu borcundan kurtulacaktır.**

Bu uygulamaya ait örnek Yargıtay kararı aşağıdadır

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.07.2003 günlü ve 2003/5.149 – 9.236 sayılı kararında:

Davacı 15.11.1999 tarihli sözleşme ile kiracı olup, 1.000 dolar depozito verdiğini, mecuru 31.12.2000 tarihidde boşaltacağına dair kiralayana 22.12.2000 tarihli ihtar çektiğini ve mecuru boş ve hasarsız olarak 31.12.2000 tarihidde boşaltarak, anahtarları davalının gelinine bıraktığını, davalının depozitonun iadesi için başlatılan icra takibine itiraz ettiğini ve Ocak 2001 ve devamı aylar kiralaları için de icra takibinde bulunduğunu ileri sürerek depozitonun iadesi için başlatılan icra takibine itirazın iptalini ve davalının kira paralarının tahsili için başlattığı icra takibi sebebiyle borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Davalı, kira sözleşmesinin tek taraflı olarak feshinin mümkün olmadığını, süresinde feshi ihbarda bulunmadığını, kaldı ki anahtarın da kendisine teslim edilmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece tanık böyanlarına göre, kiralananın anahtarlarının davalının gelinine teslim edildiğinin kabulü ile kiralananın 3 ayda yeniden kiraya verilebileceğinden depozitonun tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptaline ve davalının kira paralarının tahsili için başlattığı icra takibi nedeniyle davacı kiracının 3 aylık kira bedeli olan 656.250.000 TL dan borçlu olduğuna karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının davalıya ait kiralanda 15.11.1999 tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiracı olduğu, sözleşmesinin 1 yıl sonra yasal süresinde feshedilmediği için yenilenmiş olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı anahtarları teslim ettiğini ileri sürmüş ise de, bu iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır.

Anahtar teslimi hukuki bir olgu olup, yasal delillerle ispatlanmalıdır. Maddi olgu olmadığından anahtar teslimi, tanıkla ispatlanamaz. Bu halde, kiracılık ilişkisi devam ettiğine göre, davalı kiralayan, depozitoyu elinde tutabilir ve anahtar teslimine kadar geçen ayların kiralalarını isteyebilir. Açık-

lanan nedenlerle davacının açmış olduğu her iki davanın da reddine karar vermek gerikirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, peşinharcın istek halinde iadesine, 04.07.2003 gününde karar verildi.

Boşatma gününün ispatı da ayrı bir hukuki problemdir. Yukarıda yer alan karara göre boşaltma tarihinin yazılı belge ile ispatı gerekmektedir. (Sözleşmenin yazılı olması ve senelik kira tutarına göre) çekişmenin çözülebilmesi için çok kere boşaltma gününün ispatı gerekmektedir. Taraflar bu gününü söylememişlerse, Hakimin her iki tarafa boşaltma gününü sorup tutanağa geçirmesi gerekir. Daha sonra bu tarihin ispatı olayı gündeme gelecektir.

Kiracılar çok kere kiralananı şu tarihte boşalttım, kiralayan ise o tarihte değil, bir başka tarihte boşaltıldı yolunda beyanlarda bulunurlar. Bu takdirde ne yapılacaktır ?

Boşaltma gününün yasal kanıtlarla ispatlamaması halini düzenleyen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 01.11.1999 gün ve 1999/7.199 – 7.764 sayılı kararında:

Kiracı kira sözleşmesi ile kendisine teslim edilen kiralananı, akdin sonunda veya kira ilişkisinin sona ermesinde anahtarlarını da kiralayana vermek suretiyle iade etmekle yükümlüdür. **İadenin hangi tarihte yapıldığını ispat külfeti ise, kiracıya aittir. Öyleyse, kiracı, davacının bildirdiği tarihten önce kiralananı anahtarlarıyla birlikte kiralayana teslim ettiğini, kanıtlamalıdır. Bu yönde davalı yasal delil ibraz etmediğine göre, kiralananın davacının bildirdiği tarihte hukuken tahliye edilmiş olduğunun kabulü gerekir.** denmiştir.

3. Boşatma Halinde Depozito Ne Zaman Geri Alınabilir

Boşatma halinde depozitonun ne zaman iade edileceği ayrı hukuki problemdir.

Yukarıda yer alan ilk kararda **(bu halde kiracılık ilişkisi devam ettiğine göre davalı kiralayan depozitoyu elinde tutabilir)** denmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 26.11.2002 günlü ve 2001/11.245 – 14.051 sayılı ve Yargıtay Kararları Dergisi'nin 09/2003 numaralı sayısının 1.392 – 1.393 numaralı sayfalarında yer alan kararında:

HUMK. 74. maddesine göre Hakim her iki tarafın iddia ve savunması ile bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir bir şeye hüküm veremez. **Davacı dava dilekçesinde takas isteğinde bulunmadığı halde, davacının davalılara olan borcundan takibe konu alacağı takas ve mahsubuna karar verilemez)** demiştir.

Bundan anlaşılacağına göre, depozitonun takasını kiralayanın istemesi halinde takas hesabı yapılabilecektir. Depozito alınmasının nedeni kiracının muhtemel borçlarının bulunması halinde, kiralayanın zararını depozitodan karşılayabilmesi ve kiralananı boşaltan kiracının hangi nedenle ve ne miktarda borcu olduğunu bilebilecek olan kişi kiralayan olmasıdır.

TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE KISIRLAŞTIRMA (STERİLİZASYON) SUÇU

Av. Berk ALPASLAN¹

I. Genel Olarak

Kısırlaştırma işlemine tâbi tutulan kişi üreme yeteneğini kaybeder.² Ancak bu yetenek ortadan kalkarken, kişinin cinsel arzuları ve faaliyetlerine etki etmez.³ Dünya Sağlık Örgütü'nün kabul ettiği epidemiyolojik tanım ile kısırlık hali, iki yıl süresince hamileliğe açık olma durumuna karşılık gebe kalamamak anlamına gelmektedir.⁴ Ancak klinik çalışmalar genel olarak bu durumun tespiti için bir yıllık süre kullanmaktadır.⁵

Kısırlaştırma (*Sterilizasyon*), Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un⁶ 4. maddesinde ise şöyle tanımlanmıştır: “ Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.” Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük⁷, m. 2-c 'de ise: “Sterilizasyon terimi kadınlarda tüp ligasyonu, erkeklerde de vazektomiye ifade eder.” şeklinde belirtilmiştir. Tüzüğün 10, 11 ve 12. maddelerinde sterilizasyon işlemini yapmaya yetkili kişiler ve koşullar belirtilmektedir. Bu maddelere failin incelenmesi aşamasında değineceğiz.

Yukarıda değindiğimiz üzere, kısırlaştırma işlemi, kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine bir etki etmediğinden, bu yönüyle, hadım etme (*kastrasyon*) işleminden ayrılmaktadır. Zira hadım etme işleminde, kişinin cinsel salgı bezleri alınarak üreme yeteneğinin son bulmasına ek olarak kişinin cinsiyetine özgü belirtiler de ortadan kalkar.⁸ Bu açıdan, hadım etme işleminin kısırlaştırmaya nazaran daha ağır sonuçları olmasına rağmen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁹ suç olarak düzenlenmemesi eleştiri konusu olmuştur.¹⁰ Bu eleş-

1 İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

2 BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 197.

3 YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 127.

4 RUTSTEIN, Shea O. / IQBAL, H. Shah, “*Infecundity, Infertility, and Childlessness in Developing Countries.*”, DHS Comparative Reports No. 9. Calverton, Maryland, USA: ORC Macro and the World Health Organization, 2004, s. 3

5 RUTSTEIN / IQBAL, agm, s.3.

6 27.05.1983 tarihli 18059 sayılı RG.

7 18.12.1983 tarihli 18255 sayılı RG.

8 YENERER ÇAKMUT, age, s. 123.

9 12.10.2004 tarihli 25611 sayılı RG.

10 YENERER ÇAKMUT, age, s. 125-126; YENERER ÇAKMUT, Özlem, “*Türk Ceza Yasası'nda Kısırlaştırma Suçu*”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 712.

tirilere katılmakla beraber, hadım etme işleminin bazı ülkelerde cinsel suçların önüne geçilmesi amacıyla ceza amaçlı kullanılması da bu işlemin sonuçlarının ağırlığını ortaya koymaktadır.¹¹

Hadım etme işlemi kadar olmasa da, kısırlaştırma işleminin de ağır sonuçları vardır. Ancak kısırlaştırma, sağlığı tehlikeye atan hastalıkların önlenmesi amacıyla koruyucu bir tedavi niteliği de taşımaktadır.¹² Bu nedenle hukuka uygun şartları taşıyan tıbbî kısırlaştırma müdahaleleri, hukuka aykırı nitelik taşımayacaktır. Kısırlaştırma işlemi, kişinin bedeni üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale niteliği taşıdığından, kanunî şartlara uygun olmayan kısırlaştırma müdahaleleri TCK m.101'de suç olarak düzenlenmiştir.¹³ Düzenleme şöyledir:

“Kısırlaştırma

Madde 101- (1) *Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.*

(2) *Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”*

II. Suçla Korunan Hukuki Yarar:

Kısırlaştırma suçuyla korunan hukuksal yarar, kişinin sağlığı, beden bütünlüğünün korunması ve üreme yeteneğinin yok edilmesinin önlenmesidir.¹⁴

III. Suçun Faili:

Suçun faili herkes olabilir. Ancak fiili, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmayan bir kişi yaparsa, ceza artırılabilecektir (TCK m. 101/1). Yani hastanın rızası hilafına yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemi cezayı ağırlatıcı bir neden olarak karşımızda çıkmaktadır. Diğer taraftan, hastanın rızası alınsa dahi kısırlaştırma işlemi yetkisiz bir kişi tarafından icra edilirse bu durum yine suç teşkil edecektir (TCK m. 101/2). Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yetkili kimselerin kimler olduğu belirtilmiştir (Tüzük m.10). Buna göre; kadınlara sterilizasyon ameliyatı kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca ya da genel cerrahi uzmanlarınca ve yalnızca resmi tedavi kurumlarıyla, özel hastanelerde

11 Ayrıntılı bilgi için bkz: DALKILIÇ, Aysun, “Cinsel Suçlarda Kastrasyon Uygulaması”, Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2009, s. 48-49.

12 BAYRAKTAR, age, s. 198.

13 YENERER ÇAKMUT, agm, s.713.

14 TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, s.261; YENERER ÇAKMUT, agm, s. 718, PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2008, s. 159.

yapılabilecektir. Erkeklerle ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Sağlık Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimler tarafından ve uzman hekimler mesleklerini uyguladıkları yerlerde pratisyen hekimlerse resmi tedavi kurumlarında bu ameliyatı yapabileceklerdir.

IV. Suçun Mağduru:

Suçun mağduru, kısırlaştırılan kadın veya erkektir. Ancak mağdurun ön şart olarak çocuk yapma, üreme yeteneği bulunmalıdır.¹⁵ Çocuk yapma yeteneği olmayan bir kimsenin bu işleme maruz kalması kısırlaştırma suçu açısından işlenemez suç olacak¹⁶, ancak fail, kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılabilir.¹⁷

Sözünü ettiğimiz ön şartı hadım etme işlemi açısından değerlendirdiğimizde durum ne olacaktır? HAKERİ'ye göre, hadım etme işlemi çerçevesinde kısırlaştırma işleminin de gerçekleştirilmek durumunda olduğundan, bir kimsenin hadım edilmesi durumunda TCK m.101 uygulanabilecektir.¹⁸ Ancak üreme yeteneği olmayan bir kimsenin hadımlaştırılması durumunda TCK m. 101 ön şart gerçekleşmediğinden uygulanamayacaktır. Dolayısıyla bu durumda yine kasten yaralama hükümleri uygulanacaktır.

V. Suçun Unsurları:

1. Maddi Unsur:

Suçun maddi unsuru, rızası olmadan bir kadın veya erkeğin kısırlaştırılmasıdır. Kısırlaştırma işlemi, tıbbi bir sakınca olmadığı sürece reşit kişinin rızasıyla yapılır.¹⁹ Ancak kısırlaştırma işlemi görececek olan kişi evli ise, eşin de rızası aranır. Nitekim Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesine göre reşit kişiden alınan izin belgesi dışında, eşinden de ayrıca izin belgesi alınması gerekir. Ancak TCK' ya göre bu iznin alınmamış olması suçun oluşmasını sağlamamaktadır. *Kanımızca*, kişinin sağlığının tehlikede olması durumunu bir istisna olarak kabul ederek, evlilik birliği ve aile yapısının korunması bağlamında eşin iznine gerek duymamak bir an önce dönülmesi gereken bir hatadır.

15 BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Cilt 4, Ankara 2010, s. 1035.

16 YAŞAR Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, Ankara 2010, s. 3223; ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s. 562; PARLAR / HATİPOĞLU, age, s. 1600.

17 BAKICI, age, s. 1035.

18 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009, s. 488. *Kanımızca*, hadımlaştırma işleminin, kısırlaştırma işlemine göre çok daha ağır sonuçlar içermesi nedeniyle suç ve cezada orantılılık ilkesi gereği failin kısırlaştırma işlemine nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla hadımlaştırma işleminde TCK m. 101'e göre hüküm kurulması gerek adalet duygusunun tatmini gerekse failin ağırlığı nedeniyle doğru bulmuyoruz. Bu konuda TCK' da bir boşluk olduğu açıktır.

19 PARLAR / HATİPOĞLU, age, s. 159.

Aydınlatılmış rızanın alınmasının yanında, işlemin, daha önce de belirttiğimiz yetkili kişiler tarafından yapılması gerekir.

2. Manevi Unsur:

Suçun manevi unsuru genel kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek mağdurun üreme yeteneğini ortadan kaldırmalıdır. Suç olası kastla da işlenebilir ancak kanunda düzenlenmediğinden, taksirle işlenmesi mümkün değildir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru:

Doktrinde görüş ayrılıkları olsa da²⁰, kısırlaştırma işlemi bir tıbbi müdahale niteliği taşıdığından, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan aydınlatılmış rıza yani bu işlem açısından ilgili kişi(ler)den alınan rıza, hukuka uygunluk nedenidir.²¹ Rızayı tipikliğin bir unsuru olarak ele almak, tipiklik unsurunu hukuka aykırılık unsurunu ve kusurluluğu da içine dâhil eden bir anlamda geniş olarak ele almak olacak, günümüz ceza hukukunda hâkim olan dar anlayış görüşüne ters düşecektir.²² Bu bağlamda, rızayı tipikliğin bir unsuru olarak ele aldığımızda, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesine göre reşit kişiden alınan izin de işlevsiz kalacaktır. Bu durumda kanunî düzenlemelerin amacına aykırı bir yorum ortaya çıkmış olacaktır.

Tıbbi müdahalelerde zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olabilir.²³ Zira NPHK m. 4/3 anlamında ameliyatın seyri esnasında tıbbi zaruret ortaya çıkması ve hastalığın tedavisi için hadım etme işlemine olanak tanınmıştır. Kısırlaştırma işlemine göre daha ağır sonuçları olan hadım etme işlemine olanak tanınması, kısırlaştırma işleminin de evleviyetle uygulanabileceği anlamını taşımaktadır.²⁴

VI. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler:

1. Ağrılaticı Nedenler:

TCK m.101/1-2. cümlede işlemi yapan kişi(ler)nin yetkisi yok ise cezanın 1/3 oranında arttırılacağı belirtilmiştir. Yetkili kişilerin kimler olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu ağrılaticı nedenin uygulanabilmesi için TCK m. 101/1-1. cümlede geçen rızanın var olması gerekir. Dolayısıyla, mağdurun rızası olsa da işlem yetkisiz bir kimse tarafından gerçekleştiriliyor ise, 2. cümle uygulama bulacaktır.

20 Bkz: TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, age, s. 262. Yazarlara göre mağdurun rızası tipikliğin bir unsurudur.

21 YENERER ÇAKMUT, agm, s. 720; PARLAR / HATİPOĞLU, age, s. 1600.

22 KEYMAN, Selâhattin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, 1980, s. 72.

23 YENERER ÇAKMUT, agm, s. 724; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, age, s. 262.

24 PARLAR / HATİPOĞLU, age, s. 1601; YENERER ÇAKMUT, agm, s. 724; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, age, s. 262.

İşlem, yetkili bir kimse tarafından gerçekleştirilse de mağdurun rızası alınmamış ise, TCK m. 101/2 uygulanacaktır. Dikkat edilmesi gereken, madde- nin 2. fıkrası hafifletici neden değil, yalnızca rızanın olmadığı durumlara göre cezanın daha hafif olduğudur. Bu bağlamda, *kanımızca*, kanun koyucunun, işlemi yapan kişinin yetkisine nazaran, mağdurun rızasını daha üstün önem verdiği açıktır. Zira suçun cezasını üst sınırına göre tayin ettiğimizde, mağdu- run rızası olsa da işlem yetkisiz kimse tarafından yapılmışsa ceza 3 yıl hapis, ancak rıza olmadan yetkisiz bir kişinin bu işlemi icrasının cezası 8 yıl hapis olacaktır. Aynı durum ileride değineceğimiz üzere dava zamanaşımında da ge- çerlidir.

2. Hafifletici Nedenler:

Kısırlaştırma suçunda herhangi bir hafifletici neden öngörülmemiştir. An- cak genel hükümlerdeki indirim nedenleri uygulanabilir.

VII. Suçun Özel Görünüş Biçimleri:

1. Teşebbüs:

Kısırlaştırma suçuna teşebbüs mümkündür. Hareketin gerçekleşmesine rağmen netice gerçekleşmemiş ise, yani kişi üreme yeteneğini kaybetmemiş ise, suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.²⁵

2. İştirak:

Kısırlaştırma suçuna iştirakin her hali mümkündür (TCK m.37-39). Önem- le belirtmek gerekir ki, suça iştirak eden kişilerin sorumlu tutulabilmesi için, TCK m. 101/1-1. cümle açısından mağdurun rızasının bulunmadığını, TCK m. 101/1-2. cümle açısından mağdurun rızası olmadığını ve failin yetkisiz oldu- ğunu, TCK m. 101/2 açısından ise, failin yetkisiz olduğunu bilmesi gerekir.²⁶

3. İçtima:

Kısırlaştırma suçu açısından zincirleme suç hükümleri dışında kalan²⁷, TCK'nın genel hükümleri geçerlidir (TCK m. 42,44). Zira bu suç açısından, kişinin kısırlaştırma işlemi tamamlandıktan sonra tekrar kısırlaştırma işlemi- nin gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

VII. Yaptırım

TCK m.101/1-1.cümleye göre rızası olmaksızın kısırlaştıran kişi, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak, 2. cümleye göre ise, fiil, kısır- laştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılacaktır.

25 YENERER ÇAKMUT, agm, s. 726.

26 BAKICI, age, s. 1037.

27 Aynı yönde bkz: YENERER ÇAKMUT, agm, s. 726; PARLAR/ HATİPOĞLU, age, s. 1601; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, age, s. 3225. Aksi yönde bkz: BAKICI, age, s. 1037: yazara göre, "ilk fiilin başarısız olması nedeniyle aynı karar altında, kısa sürede fiilin tekrarlanması ve aynı kişiye yönelik olarak birkaç gün arayla birden fazla işlenmesi mümkündür."

Maddenin 2. fıkrasına göre ise, rızaya dayalı olsa da, kısırlaştırma işleminin yetkili olmayan bir kişi tarafından yerine getirilmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Ayrıca, kısırlaştırma suçu yukarıda belirttiğimiz yetkili kişiler tarafından işlenirse TCK m. 53/1-2 çerçevesinde fail(ler) haklarını kullanmaktan yoksun bırakılır.

VIV. Kovuşturma Usulü ve Görevli Mahkeme

Kısırlaştırma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet aranmaz, re'sen takip edilen bir suçtur.

5235 Sayılı Kanun'un²⁸ 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun²⁹ 12/1 maddesi uyarınca yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.

X. Zamanaşımı

TCK m. 66 gereği, kısırlaştırma suçunun dava zanaşımı, ilk fıkradaki düzenleme açısından 15 yıl, ikinci fıkra açısından 8 yıldır.

Kaynakça

- ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008.
- BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Cilt 4, Ankara 2010.
- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- DALKILIÇ, Aysun, "Cinsel Suçlarda Kastrasyon Uygulaması", Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2009.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009.
- KEYMAN, Selâhattin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, 1980.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2008.
- RUTSTEIN, Shea O. / IQBAL, H. Shah, "Infecundity, Infertility, and Childlessness in Developing Countries.", DHS Comparative Reports No. 9. Calverton, Maryland, USA: ORC Macro and the World Health Organization, 2004.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007.
- YAŞAR Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, Ankara 2010.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Türk Ceza Yasası'nda Kısırlaştırma Suçu", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2008.

28 Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun(07.10.2004 tarihli 25606 sayılı RG.).

29 17.12.2004 tarihli 25673 sayılı RG.

İCRA MAHKEMELERİNCE BORÇLUNUN KONKORDATO TALEBİ ÜZERİNE “TENSİP KARARI” İLE, DURUŞMA YAPILMADAN, BORÇLU HAKKINDA “TAKİP YASAĞI”NA İLİŞKİN BİR “İHTİYATİ TEDBİR KARARI” VERİLEBİLİR Mİ? (İİK m.285 vd.)

Av. Talih UYAR

Bilindiği gibi konkordato **doktrinde** «dürüst bir borçlunun, imtiyazsız alacaklarının (en az üçte iki) çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden öyle bir cebri anlaşmadır ki, bununla imtiyazsız alacaklılar borçluya karşı alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederler ve borçlu, borçlarının konkordato ile kabul edilen kısmını (yüzdesini) ödemekle, borçlarının tamamından kurtulur»,¹ «dürüst bir borçlunun, belli bir zaman dilimi içerisindeki adi borçlarını, alacaklıları tarafından kanunda öngörülen nitelikli (mevsuf) çoğunlukla kabul edilmiş ve yetkili makamca tasdik edilmiş olan teklifi doğrultusunda ve kendisi için daha elverişli olan şartlar çerçevesinde ödemesini mümkün kılmak üzere, ona kanun tarafından tanınmış bir hukuki imkandır (hukuki lütuftur)»,² «bir borçlunun yaptığı teklifin, kanunda öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, belli bir zaman dilimi içerisindeki tüm borçlarını, teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan bir hukuki imkandır»³ ve «herhangi bir borçlunun veya borçlunun iflâsını isteyebilecek alacaklıların ödeme projesinin; alacaklıların iflâstan daha verimli pay almaları ve borçlunun işletmesinin devamının, istihdam olanaklarının korunması amacıyla, konkordatoya tabi alacaklıların belirli bir çoğunluğu tarafından kabulü ve mahkemenin onayı ile gerçekleşen ve borçlunun, borçlarının bir kesiminden kurtulmasını veya ödeme şeklinin değişmesini sağlayan, iflâsa nazaran yumuşatılmış, alacaklıların eşit olarak tahminine yönelik kolektif bir icra kurumudur»⁴⁵ şeklinde, **Yargıtay içtihatlarında** da «İKK'nin 285-309.

1 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s:1230 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, 1997, s:3585

2 TANRIVER, S. Konkordato Komiseri, 1993, s:3 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. Konkordatonun Tasdiki, 1996, s:29

3 PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası. 2011, s:623

4 ALTAY, S. Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 2005, C:1, s:16

5 Benzer tanımlar için bkz: BERKİN, N. İflâs Hukuku, 1972, s:521 - POSTACIOĞLU, İ.

maddelerinde yer alan konkordato koşulları var olduğu takdirde, borçlarını ödeyemeyecek hale gelen borçlunun iflâstan kurtulmak için aman dilemesi sonucu uygulanan hafifletilmiş bir kollektif icra müessesesidir»,⁶ «hakimin tasdikine bağlı bir sulh akdi niteliğinde olup, kabul etmiş olsun olmasın, konkordato mehlinden evvel doğan bütün alacaklar hakkında mecburidir»⁷ şeklinde tanımlanmıştır...

Piyasa koşulları, ekonomik kriz, aslında kötüniyetli olmayan borçluları, borçlarını ödeyemeyecek duruma düşürebilir. Mali durumu bozulmuş ve bu nedenle tüm borçlarını vadesinde ödeyemeyecek durumda olan borçlular eğer iflâsa tabi ise iflâsın eşliğinde bulunuyor demektir, eğer iflâsa tabi değılseler, önce davranan alacaklılar alacaklarına tamamen kavuşabilirken, diğere -borçlularına iyiniyetle daha fazla tolerans gösteren, daha fazla zaman tanıyan- alacaklılar ise alacaklarını hiç ya da tamamen alamazlar...

Kanun koyucu, bu durumda bulunan «dürüst»⁸ bir borçluya, «alacaklılarının çoğunluğu ile» bir anlaşma yaparak, kendisine alacaklılarının tanıdığı (yeni) süre içinde borçlarını ödeme olanağı tanımıştır. Bu durumda bulunan bir borçlu «alacaklılarının -kanunda öngörülen orandaki- çoğunluğu» ile anlaşırken çok kez onlardan yeni bir süre (mehil) alma (vade konkordatosu) yanında, ayrıca «alacaklılarının bir yüzdesinden (miktarından) da vazgeçmelerini» (yüzde konkordatosu) sağlar...

Borçlu, konkordato talebini (teklifini) yetkili icra mahkemesine vereceği bir «gerekçeli dilekçe ile» bildirir (İİK. mad. 285/I, c:1).

Borçlunun konkordato talebini (teklifini) gerekçeli bir dilekçede bildirmesi 4949 Sayılı Kanun ile -2003 yılında- yapılan değışiklik sırasında kabul edilmiştir. Bu değışiklikle güdülen amacın ne olduğu, bu maddeye ait **Hükümet Gerekçesinde**⁹ «...borçluyu daha bu aşamada, öngördüğü konkordato türünü ve bunu gerçekleştirmek için haiz bulunduğu veya bulunacağı imkanları açıklamaya mecbur kılmaktır. Bu dilekçede borçlu, işletmenin faaliyetini komiserin denetimini altında kendisinin mi üstleneceği yoksa komiserin mi onun yerine geçerek işletmenin faaliyetlerini sürdüreceği; talep olunan konkordato mühletinin ne kadar olduğu, uzatma imkanını kullanma hakkını saklı tutup tutmadığı gibi konularda açıklama yapacaktır. Hatta borçlu, uygun gördüğü komiser adlarını dahi bu dilekçede belirtebilir, ama tabiatıyla

Konkordato, 1965, s:12 - ULUKAPI, Ö. Konkordatunun Feshi, 1998, s:8 - ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, 2007, s:295 - ERCAN, İ. İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, 2008, s:43 - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku 3. Baskı, 2008, s:1218 - BURULOĞLU, E./REYNA, Y. Konkordato Hukuku ve Tatbikat, 1968, s:3 - COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, 2009, C:3, s:2998

6 Bknz: 14. HD. 6.3.1980 T. 1069/1246 (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:12, 2009, s:20190)

7 Bknz: İİK. 6.4.1976 T. 1196/4211 (UYAR, T. age. C:12, s:20190 vd.)

8 Bknz: 12. HD. 31.10.1978 T. 8342/8691 (UYAR, T. age. C:12, s:20190)

9 Bknz: «4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi» (UYAR, T. age. C:12, s:20171)

tetkik mercii (icra mahkemesi) bu isimlerle bağlı değildir...» şeklinde belirtilmiştir...

Uygulamada; kendi ikametgahının ya da merkezinin bulunduğu yer itibarıyla yetkili ve görevli mahkemeden istediği doğrultuda karar alamayan borçluların kendi istekleri doğrultusunda karar almayı ümit ettikleri yere ikametgahlarını ya da merkezlerini naklederek, buradaki mahkemelere başvurarak şanslarını denediklerini bilinen bir gerçektir.

Ancak, bu şekilde yapılan başvuruların “dürüstlük kuralı” ile bağdaşmaması yani “*hakkın kötüye kullanılması*” sayılması nedeniyle reddedilmesi gerekir. Örneğin, yıllardır merkezi İstanbul’da bulunan bir şirketin İstanbul’daki kendisi hakkında yetkili ve görevli olan mahkemeden istediği tedbir kararını alamayınca, şirket merkezini başka bir yere nakledip buradan kendisi hakkında “*takip yasağı*”nı öngören bir ihtiyati tedbir almak istemesi mazur görülmez. Çünkü **doktrinde** de açıkça ifade edildiği gibi; “*dürüstlük kuralı*” bir genel kural olarak İcra ve İflas Hukukunda da geçerlidir. Diğer hukuk dallarında olduğu gibi bu hukuk dalında da dürüstlük kuralının sınırlandırıcı ve düzeltici işlevine ihtiyaç duyulmaktadır. Yani icra ve iflas takibinin taraflarının veya **konkordato isteminde bulunan borçlunun, kanunun kendisine tanıdığı yetki ve olanakları kullanırken, dürüstlük kuralına uyması gerekir.**¹⁰ Gerçekten İcra ve İflas Kanunu'nun *konkordatoya ilişkin 286 ve 289. maddelerinde*, kanun koyucu “*dürüstlük kuralına uyulması gerektiğini*” ifade etmiştir.¹¹

Bu nedenle belirtilen gerekçelerle bu durumdaki davacı-borçlunun “*konkordato teklifi*”nin (talebinin) dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı için mahkemece kabul edilmemesi gerekir.

Uygulamada; konkordato takibi ile karşılaşan kimi mahkemelerin d u r u ş m a yapıp, hem “*borçlu*”yu ve hem de “*alacaklılar*”ı **duruşmada dinlemeden** –sadece “*borçlu şirket temsilcisi*”ni, ne **İİK**’da, ne **İKK’in Tatbikatına Dair Nizamname**’de ve ne de **İİK. Yönetmeliği**’nde hiçbir şekilde öngörülmediği (düzenlenmediği) halde- duruşma dışında dinleyip ifadesini “*Sorgu Tutanağı*” başlıklı belge ile tutanağa geçirip, davacı borçlunun “*dava dilekçesi*”ndeki – **İİK, İİK. Nizamnamesi** ve **İİK. Yönetmeliği**’ne aykırı olan- talebini kabul edip, borçlunun “*konkordato teklifi*”ni (talebini) ilan dahi etmeden, “*tüm icra iflas takiplerinin birlikişi incelemeleri tamamlanuncaya kadar tedbiren durdurulmasına, yeni takip yapılmamasına...*” karar vermeleri çok hatalı bir davranış sayılır.

Mahkemenin, bu şekilde davacı-borçlunun dava dilekçesindeki talebini kabul ederek vereceği “*takip yasağı*”na ilişkin ihtiyati tedbir kararı, İcra ve

10 ARSLAN, R. Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, 1989, s:135

11 ARSLAN, R. age., s:140 vd.

İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin özellikle 285-290. maddelerinin açık hükümlerine aykırı olur. Çünkü, bu durumda mahkemece borçlunun “*konkordato teklifi*” (talebi) **İİK'in 286/I** ve **287/II** hükümlerine aykırı şekilde değerlendirilerek, “*takip yasağı*”nı içeren bir ihtiyati tedbir kararı verilmiş olur.

Gerçekten; borçlunun “*konkordato teklifi*”nin ne şekilde inceleneceği bu konudaki eserlerde, açık-seçik aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

- “*Konkordato talebi icra mahkemesi tarafından derhal ilan edilir... İtiraz eden alacaklıların sözlü olarak da dinlenebilmesi için ve ayrıca borçlunun dinlenebilmesi (İİK. 286/I) için, icra mahkemesinin bir duruşma günü belirlemesi ve konkordato talebi ilanına bu duruşma gün ve saatinde yazması gerekir... İlandan itibaren 10 gün içinde konkordato talebine itiraz etmiş olan alacaklılar, icra mahkemesindeki duruşmaya katılarak itirazlarını sözlü olarak da açıklayabilirler... Konkordato talebi duruşmalı olarak incelenir... İnceleme basit yargılama usulüne göre yapılır...*”¹²

- “*İcra mahkemesi borçlunun konkordato teklifini basit yargılama usulüne göre inceler (HMK. 316-322; 103, (1)-e)... İcra mahkemesinin borçluyu ve alacaklıyı dinlemesi şarttır (İİK. 286/I)...*”¹³

- “*Konkordato talebi (teklifi), icra mahkemesince duruşmalı olarak incelenir (İİK. 286/I, 287/I)... Duruşma gün ve saati, İİK. 297/I uyarınca yapılacak ilanda belirtilir... İcra mahkemesi duruşmada borçluyu ve alacaklıyı dinler...*”¹⁴

İcra Mahkemesi'nin, borçlunun konkordato talebinde (teklifinde) bulunması üzerine mutlaka *duruşma günü* tayin ederek, hem “*borçlu*”yu ve hem de “*alacaklılar*”ı dinlemesi gerekir. Bu husus **İİK. 286/I**'de “*icra mahkemesi borçluyu ve talepte bulunmuş ise alacaklıyı dinledikten sonra borçlunun durumunu mal varlığı ve gelirlerini, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan sebepleri ve konkordatonun başarı ihtimalini gözönünde tutarak, projenin alacaklıları zarara sokma kastından arı olup olmadığına göre konkordato talebinin uygun olup olmadığına karar verir*” şeklinde belirtilmiştir.¹⁵

Borçlunun “*konkordato talebi (teklifi)*” ile karşılaşan icra mahkemesi borçluyu dinlerken, özellikle konkordato talebinin kabulü için **hangi teminatları göstereceğini** sorması bu konuda tatminkar cevap almaması halinde, konkordato talebini reddetmesi gerekir.¹⁶

Gerçekten; borçlu, «konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacaklı kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sı-

12 KURU, B. El Kitabı, s:1237

13 KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, 2011, s:629

14 UYAR, T. age. C:12, s:20201)

15 Bu konuda ayrıca bkz: TANRIVER, S. age. s:48 vd.

16 ÜSTÜNDAĞ, S. İflas Hukuku, 2009, 8. Bası, s:232

rasında komiserin onayı ile akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için» yeterli teminat¹⁷ göstermek zorundadır.¹⁸

“Konkordatonun tasdik koşulları” arasında böyle bir koşulun öngörülmesi ile güdülen amaç, «hem konkordatonun tasdik edilen koşullar çerçevesinde yerine getirilmesini mümkün kılmak ve bu suretle borçluya ifa edemeyeceği taahhütlerde bulunmaktan alıkoymak hem de alacaklılar yönünden bir ödeme garantisini sağlamak»tır.¹⁹

Teminat; -kaydettirilmiş olmaları koşulu ile- hem imtiyazlı²⁰ ve hem de imtiyazsız (adi) alacaklar²¹ için gösterilmelidir: Öncelikle şu hususu belirtelim ki; burada sözü edilen «kayıtlı alacaklar» dan kastedilen ‘konkordato komiserine yirmi günlük süre içinde (İİK. mad. 292/1, c:1) yazdırılmış olan alacaklar ile komisere yazdırılmamış olsa bile borçlunun ayrıntılı bilançosunda (İİK. mad. 285/1, c:2) kendisine yer verilmiş veya resmi sicillerden varlığı belirlenmiş olan alacaklar’dır.²²

Konkordatonun tasdiki için, imtiyazlı alacaklar için; teklif edilen konkordato ister ‘vade konkordatosu’ ister ‘indirim (yüzde) konkordatosu’ olsun, alacağın tamamı tutarında, imtiyazsız (adi) alacaklar için ise, teklif edilen konkordato ‘indirim (yüzde) konkordatosu’ ise, konkordatoda kabul edilen yüzde oranında, ‘vade konkordatosu’ ise; alacağın tamamı oranında teminat gösterilmesi gerekir.^{23 24}

Ayrıca belirtelim ki, her ne kadar İİK. 298/I-3’de «imtiyazsız (adi) alacaklar için de teminat gösterilmesi»nden bahsedilmemişse de, aynı maddede geçen «konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini... sağlamak için» sözcükleri ile bu tür alacaklar kastedilmiştir.²⁵

Neler teminat olarak gösterilebilir? İİK. mad. 298/I-3’de bahsi geçen «yeterli teminat» ile ne kastedilmiştir? Burada sözü edilen «yeterli teminat» dan maksat, gösterilen teminatın gerek nicelik ve gerekse nitelik itibariyle tüm ka-

17 Bknz: 19. HD. 22.5.1997 T. 3026/5243 (UYAR, T. age. C:12, s:20504 vd.) - 19. HD. 14.11.1996 T. 5204/10058 (UYAR, T. age. C:12, s:20506 vd.)

18 Bknz: 19. HD. 25.3.1999 T. 1670/2057 (UYAR, T. age. C:12, s:20503) -19. HD. 17.12.1998 T. 6867/7718 (UYAR, T. age. C:12, s:20503 vd.) - 19. HD. 20.11.1997 T. 7136/9872 (UYAR, T. age. C:12, s:20503 vd.) - 19. HD. 8.5.1997 T. 2177/4676 (UYAR, T. age. C:12, s:20505 vd.)

19 ÖKTEMER, S. Konkordatoda Teminat Sorunu (Yarg. D. 1977/1, s:160) - BERKİN, N. age., s:563 vd.

20 Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057 (UYAR, T. age. C:12, s:20506 vd.) - İİD. 2.12.1974 T. 10105/10528 (UYAR, T. age. C:12, s:20533 vd.)

21 Bknz: İİD. 26.5.1966 T. 5920/5786; 5.10.1963 T. 10545/10471 (UYAR, T. age. C:12, s:20537 vd.)

22 POSTACIOĞLU, İ. age., s:31 - TANRIVER, S. age. s:118

23 ÖKTEMER, S. agm. s:160 vd. - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s:119 - KURU, B. El Kitabı, s:1283 - KURU, B. age. C:4, s:3748

24 Bknz: 12. HD. 23.2.1984 T. 10929/1896 (UYAR, T. age. C:12, s:20531 vd.)

25 ÖKTEMER, S. agm. s:160 - ALTAY, S. age., C:1, s:430 vd. - KURU, B. El Kitabı, s:1282 vd. - KURU, B. age. C:4 s:3747 - BAYGÜL, N. İflâs İçi Konkordatoda Teminat (Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, 2009, s:154)

yıtlı konkordato alacaklılarının alacaklarını karşılayabilecek durumda olmasıdır.²⁶

Yüksek mahkeme²⁷ «kişisel kefaletin teminat yerine geçmeyeceğini» belirtmiştir.

Teminat nasıl gösterilir? Konkordatoda, borçlu taşınmazı üzerinde *ipotek* kurarak,²⁸ taşınırını Medeni Kanun hükümlerine göre *rehin* ederek²⁹ ya da teminat mektubu vererek³⁰ teminat gösterebilir. Bunun için mahkemece *borçlu-ya ve konkordatoyu teminatsız kabul etmeyen alacaklılara* «ipotek kurmak için belli gün ve saatte tapu idaresinde bulunmaları» ve «alacaklıların tapuya gelmemeleri halinde teminat istemekten vazgeçmiş sayılarak konkordatonun teminatsız tasdik edileceği», «borçlunun tapuya gelmemesi halinde konkordatonun tasdiki talebinin reddedileceği» ihtarını içeren *davetiye* gönderilir.³¹ Böyle yapılmayarak, teminat olarak gösterilmek istenen taşınmazın tapu kaydına «tedbir şerhi» konulmakla yetinilemez.³²

Görüldüğü gibi, mahkemenin “*borçluyu dinleyip, neleri teminat göstereceğini (her şeyden önce teminat gösterebilip gösteremeyeceğini) saptamadan*”, **İİK. 285/III ve 290/II** dayanarak “*tedbir kararı*” vermesi hatalı olur...

Ayrıca; borçluyu dinleyen mahkemenin “*uzun zamandır ödeme aczi halinde bulunup bulunmadığını*” da sorgulayarak konkordato teklifinin samimi olup olmadığını da saptaması gerekir.³³

Bu nedenle; mahkemenin borçluyu dinlemeden “*borçlunun aciz halinde olup olmadığını, konkordato mehli verilmesi halinde alacaklılarla anlaşım borçlarını anlaşma çerçevesinde ödeyip ödemeyeceğini*” belirlemeden vereceği “*tedbir kararı*” bu nedenle de hatalı sayılır...

Konkordato talebi (teklifi) üzerine icra mahkemesi, gerekli gördüğü taktirde «borçlunun malvarlığının muhafazası için» İİK. mad. 290/II'deki tedbirleri emredebilir (İİK. mad. 285/III). Yani; «borçlunun -icra mahkemesinin izni dı-

26 TANRIVER, S. age. s:124

27 Bknz: 11. HD. 13.2.1989 T. 290/770; 22.1.1974 T. 12298/380 (UYAR, T. age. C:12, s:20527)

28 Bknz: 19. HD. 18.11.1992 T. 9571/5986 (UYAR, T. age. C:12, s:20513 vd.) - 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 (UYAR, T. age. C:12, s:20514 vd.) - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 (UYAR, T. age. C:12, s:20514 vd.) - 11. HD. 8.11.1990 T. 5907/7106 (UYAR, T. age. C:12, s:20518 vd.)

29 Bknz: 19. HD. 18.5.1993 T. 3423/3850; 11. HD. 22.5.1989 T. 2902/3069 (UYAR, T. age. C:12, s:20512 vd.) - 19. HD. 7.7.1992 T. 6392/3325 (UYAR, T. age. C:12, s:20513 vd.) - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 (UYAR, T. age. C:12, s:20514 vd.)

30 Bknz: 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 (UYAR, T. age. C:12, s:20514 vd.)

31 Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057; 12. HD. 20.1.1983 T. 9978/192 (UYAR, T. age. C:12, s:20515 vd.) - 11. HD. 8.11.1990 T. 5907/7106 (UYAR, T. age. C:12, s:20518 vd.) - 11. HD. 17.5.1990 T. 3164/3921; 27.6.1988 T. 4118/4296 (UYAR, T. age. C:12, s:20523 vd.) - 11. HD. 21.11.1988 T. 8215/7000 (UYAR, T. age. C:12, s:20527 vd.) - 12. HD. 25.4.1975 T. 2981/3938 (UYAR, T. age. C:12, s:20532 vd.)

32 Bknz: 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 (UYAR, T. age. C:12, s:20514 vd.) - 11. HD. 14.11.1988 T. 1928/6747; 27.6.1988 T. 4118/4296 (UYAR, T. age. C:12, s:20528 vd.)

33 ÜSTÜNDAĞ, S. age.,s:233

şında- mallarını rehin edemeyeceğini, kefil olamayacağını, taşınmazlarını ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen daha olsa devredemeyeceğini, takyit edemeyeceğini, ivazsız tasarruflarda bulunamayacağını» (İİK. mad. 290/II) borçluya bildirebilir.

Uygulamada; kimi icra mahkemelerince TENSİP TUTANAĞI ile, borçlunun talebi üzerine “İİK’in 285 ve 290. maddelerine göre bilirkişi incelemesi tamamlanuncaya kadar tüm icra ve iflas takiplerinin tedbiren durdurulmasına ve yeni takip yapılmamasına...” karar verilmekte ve bu kararın gerekçesinde “alacaklılar yararına, şirket aktiflerinin korunması amacıyla” böyle bir kararın verildiği belirtilmektedir. Ancak, mahkemenin bu “tedbir kararı” uygulamada tamamen davacı-borçlu lehine sonuç doğurmaktadır.

Halbuki İİK. 285/III ve İİK. 290/II uyarınca mahkemece “borçlunun mal varlığının muhafazası için” böyle bir tedbire karar verilebilir. Yoksa bu maddeler uyarınca alacaklılar aleyhine belirtildiği şekilde bir tedbir kararı verilemez.

Bu konuyla ilgili olarak **doktrinde;**

• “Konkordato talebi üzerine icra mahkemesi, gerekli gördüğü takdirde, **borçlunun mal varlığının muhafazası için** 290. maddenin 2. fıkrasındaki tedbirleri emreder (İİK. 285/III). Burada, borçlunun henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı bir dönemde bazı işlemleri yapabilme yetkisi kısıtlanır. Bu işlemleri yapabilmesi icra mahkemesinin iznine bağlanabilir. Böylece, konkordato talep anından itibaren borçlunun mal varlığı azaltıcı bazı işlemlerde bulunması engellenmiş olur”³⁴,

• “İİK’in 285/IV maddesi ‘konkordato talebi üzerine icra mahkemesi gerekli gördüğü takdirde borçlunun malvarlığının muhafazası için 290. maddenin 2. fıkrasındaki tedbirleri emreder’ hükmünü içermektedir. Bu yeni hüküm doğrultusunda icra mahkemesi İİK’in 290/II’de yer alan **borçlunun tasarruflarının kısıtlanmasına yönelik** malları üzerinde rehin tesis etmemesi, kefil olmaması, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredememesi ve takyid edememesi, ivazsız tasarruflarda bulunamaması hakkındaki önlemler –henüz mühlet kararının verilmediği aşamada- uygulayabilecektir. Bu tedbirlerin mühlet talep eden **borçlunun, mühlet kararının verileceği ana kadar mallarının muhafaza ve güvence altında bulundurulmasını sağlamayı öngördüğü açıktır**. Bu tedbir, gerçekten yerinde olup, ileride iflasın açılması halinde, alacaklıların iflastaki paylarının eksilmesine engel olmayı amaçlamaktadır. Çünkü, borçlunun tüm aktifi, alacaklıların ortak güvencesini oluşturmaktadır.”³⁵ denilmiştir.

34 BİLGİN, M. İflasın Ertelenmesi, 2010, 2. Baskı, s:283

35 ALTAY, S. age., C:1, 2005, s:180

Borçluya “*konkordato mühleti*” (mehli) verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşulların başında “*borçlunun dürüst olması*” da aranır.³⁶

İcra mahkemesince hangi koşullarda borçluya «*konkordato mühleti*» (mehli) verilebileceği, 4949 Sayılı Kanun ile -13.7.2003 yılında- İİK'in 286. maddesinde değişiklik yapılarak yeniden düzenlenmiştir.³⁷

Konkordato mühleti verilebilmesinin temel koşullarından olan ‘dürüstlük koşulu’nun kaldırıldığı» 4949 Sayılı Kanun'a ait Hükümet Gerekçesi'nde açıkça «... *Getirilen düzenleme ile... verilecek kararın objektif ölçütlere dayandırılması esas kabul edilmiştir. Bu bağlamda dürüstlük şartı ve kaldırılmıştır.....*»³⁸ belirtilmiş olmasına rağmen, **doktrinde**³⁹ «4949 Sayılı Kanun'dan sonra da dürüstlük koşulunun, konkordato mühleti verilebilmesi için en önemli koşul olduğu, çünkü, yeni durumda da ‘konkordato projesinin alacaklıları zarara sokmak kasdından ari olması gerektiği’ (İİK. mad. 286/I),⁴⁰ ‘dürüst olmayan hareketleri ile icra mahkemesini yanaltan borçlunun cezalandırıldığı’ (İİK. mad. 334, 331/I, III; 332/I, II), ‘kötüniyetle sakatlanmış olan konkordatonun feshinin istenebilmesi’ (İİK. mad. 308) nedeniyle, maddenin gerekçesindeki ifadeye rağmen dürüstlük koşulunun, konkordato mühleti verilebilmesi için gözardı edilemeyecek bir yasal koşul durumunda olduğu» ifade edilmiştir..^{41 42}

Kanımızca da, İİK. mad. 286'nın önceki metninde yer alan «*borçlunun işlerindeki doğruluğu*» ibaresinin maddeden çıkarılıp yerine «*konkordatonun başarı ihtimali*» ibaresinin konulmuş olması ile -ayrıca madde metninde yer alan «*projenin alacaklıları zarara sokmak kasdından ari olup olmaması*» ibaresine dokunulmamış olması ve İİK'in 308, 332, 334. maddelerinde herhangi bir değişiklik yapılmamış olması nedeniyle- konkordato mehli verilebilmesinin temel koşulu olan «dürüstlük koşulu»nun artık aranmaması gerektiği -Hükümet Gerekçesi'ndeki açıklamaya rağmen ileri sürülemez...⁴³

36 Konkordato'da dürüstlük koşulu» hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TANRIVER, S. Konkordatonun Tasdik Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu (BATİDER, 1994/12, C:XVII, S:4, s:65-82) - KESER, L. Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi (Mahmut Tevfik Birsal Armağanı, 2001, s:253-265) - ULUKAPI, Ö. Konkordatonun Feshi, 1998, s: 145 vd.

37 Bknz: «4949 Sayılı Kanun'a ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi» (UYAR, T. age. C:12, s:20198 vd.)

38 Bknz: 4949 Sayılı Kanun'a ait Hükümet Gerekçesi (UYAR, T. age. C:12, s:20198 vd.)

39 KURU, B. age., s:1236 - TANRIVER, S. 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'unun Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tesbiti ve Değerlendirilmesi (Türkiye Bar. Bir. Der. Mart-Nisan/2004, S:51, s:71 vd. - Yeditepe Ün. Huk. Fak. D. 2005, S:2, C:1, s:531 vd.) v

40 Bknz: İİD. 6.4.1974 T. 1573/3279 (UYAR, T. age. C:12, s:20215 vd.)

41 Bu konuda ayrıca bkz: ALTAY, S. Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C:1, s:6, 112 vd.

42 Karş: TAŞPINAR, S. Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, Aralık/2003, C:XXII, S:2, s:58)

43 OSKAY, M./KOÇAK, C./DEĞNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, 5. Cilt, 2007, s:6079

Yüksek mahkeme -4949 Sayılı Kanun'la İİK'nda yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli yeni içtihatlarında- bu konu ilgili olarak;

• Konkordatonun tasdik edilebilmesi (İİK. mad. 298) için; ...'borçlunun dürüst olması' (İİK. mad. 286, 308)' gerektiğini»⁴⁴

• Konkordato talebinin -İİK'da, 4949 s. K. ile yapılan değişiklikten sonra dahi- iyiniyet kurallarına aykırı olmaması gerektiğini». ⁴⁵ belirtmiştir...

Belirtilen nedenlerle, kimi icra mahkemelerine, davalı-borçlunun talebi üzerine TENSİP KARARI ile vermiş oldukları “*tedbir kararı*” **İİK. 286/I** hükmünde açıkça aykırıdır. Çünkü İcra mahkemesi, «konkordato talebi» (teklifini) «*basit yargılama usulü*»ne göre inceler ve «konkordato mühletinin verilebilme koşulları»nın gerçekleşip gerçekleşmediğini (İİK. mad. 286/I) kendiliğinden araştırarak ve bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırarak^{46 47} sonuçta ya «*konkordato mühleti verilmesine*» veya «*konkordato talebinin reddine*» karar verir...

Borçlu şirketin mahkemeye başvurusunun mahkemece herhangi bir basit dava olarak algılanıp, davacının talebi üzerine -İİK'in 285 vd. öngörülmediği halde- “*konkordato mühleti*” vermeden “*takip yasağı*”na ilişkin “*tedbir kararı*” verilmiş olması “*konkordato*” kurumunun yapısına aykırı olmuştur. Çünkü konkordato hükümlerine göre ne zaman ve hangi koşullarda borçlu aleyhine takip yasağının başlayacağı özel olarak İİK'in 286, 287 ve özellikle 289 ve 290. maddesinde düzenlenmiştir. Borçlunun konkordato talebi (teklifi) üzerine mahkemece bu hükümlerin dışına çıkılarak “*borçlu hakkında icra takipleri yapılmaması*” konusunda ihtiyati tedbir kararı verilemez.

İcra ve İflas Kanunu'nda -kural olarak- ancak açıkça HMK'ya atıf yapılan durumlarda, HMK. hükümleri icra ve iflas hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda da uygulanabilir. Örneğin **İİK. 72/II, III, 289/I, 290/II, 3096/III**'de açıkça öngörüldüğü için HMK'nın “*ihtiyati tedbir*”e ilişkin 389 vd. hükümleri, bu maddelerde düzenlenmiş olan uyumsuzluklarda da uygulanır. Fakat; İİK'in konkordato'ya ilişkin 285-308. maddelerinde HMK.'nun “*ihityati tedbir*”e ilişkin hükümlerine atıf yapılmamış olduğu için, icra mahkemesinde çözümlenecek konkordatoya ilişkin uyumsuzluklarda olur olmaz “*ihtiyati tedbir kararı*” verilemez... **İİK. 289/I**'de “*mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 Sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelece yapılmış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanamaz, bir takip muamelesi ile kesilenilen zamanaşımı ve hakedüşüren müddet-*

44 Bknz: 19. HD. 13.3.2008 T. 9122/2384 (UYAR, T. age. C:12, s:20203 vd.)

45 Bknz: 19. HD. 30.6.2005 T. 568/7353 (UYAR, T. age. C:12, s:20204 vd.)

46 TAŞPINAR, S. agm. s:61 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age., s:630 - ALTAY, S. age. s:183 vd. - TANRIVER, S. age. s:50 - ÜSTÜNDAĞ, S. age., s:231 - BALCI, Ş. Konkordato, 2007, s:92 vd.

47 Bknz: 12. HD. 19.2.1991 T. 837/2040 (UYAR, T. age. C:12, s:20209 vd.) -İİD. 7.1.1957 T. 7148/63 (UYAR, T. age. C:12, s:20218 vd.)

ler işlemez” denilerek icra mahkemesince ancak “*konkordato mühleti verilmesi halinde*” ‘takip yasağı’nın sözkonusu olabileceği açıkça belirtilmiş ve **İİK. 287/son**’da da “*ihtiyati tedbir yoluyla da olsa, borçluya karşı başlamış olan takiplerin konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem içinde durdurulmasına veya borçluya karşı yeni takip yapılamayacağına karar verilemez*” denilmiş olduğundan, bütün bu hükümler mahkemece gözardı edilerek TENSİP KARARI ile borçlunun “*dava dilekçesi*”ndeki talebi üzerine, borçlu hakkında “*takip yasağı*” öngören bir “*ihtiyati tedbir kararı*” verilemez.

Buna rağmen böyle bir “*tedbir kararı*” verilirse, bu karar İİK.’deki konkordatoya ilişkin açık hükümlere aykırı olur. Çünkü, konkordato talebi üzerine icra mahkemesince ancak “*konkordato mühleti*” ile birlikte takip “*takip yasağı*”na ilişkin tedbir kararı verilebileceği sadece İİK. 289/I’de öngörülmüştür.

Mahkemece İİK’in 285 vd.’da öngörülmediği halde borçlunun dava dilekçesindeki talebi doğrultusunda *kanuna aykırı olarak* verilecek “*takip yasağı*”na ilişkin tedbir kararı, “*hakimin hukuki sorumluluğu*” (dolayısıyla; “*Devletin sorumluluğu*”nun) düzenlendiği **HMK’nın 46. maddesinin** “*farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*” şeklindeki (1)-(c) bendinin kapsamına giren bir işlem teşkil eder...

Çünkü, buraya kadar ayrıntılı olarak –bu konudaki *eser ve makaleler* ile *Yargıtay içtihatlarına* atıf yaparak- açıklamaya çalıştığımız gibi; borçlunun “*konkordato teklifi*” (talebi)nin icra mahkemesince ne şekilde inceleneceği ve teklifin (talebin) yerinde görülmesi halinde ne zaman ve nasıl tedbir kararı verilebileceği İİK’in 285 vd.’da –özellikle 286/I ve 289/I’de- açıkça belirtilmiştir.

Mahkemelerin, İİK. 285/III ve 290/II’de tamamen “*alacaklı lehine*” kabul edilmiş olan hükmü, borçlu hakkında “*takip yasağı*”nı öngören bir ihtiyati tedbir olarak uygulamaları -üstelik alacaklıları ilan yoluyla duruşmaya davet etmeden ve hatta duruşma yapmadan, “*borçlu*” ve “*alacaklıları*” duruşmada dinlemeden böyle bir tedbir kararı vermeleri- mazur görülemeyecek, çok hatalı bir davranış teşkil eder...

ANILARDA BİLİRKİŞİLİK VE YAŞAM

Prof. Dr. Selahattin ANIK

1- Aile yaşamının mesleğe etkisi

Bu olay, 1970'li yılların başlarında geçmiştir. Türkiye'nin, LPG tüplerinin imal, dolum ve satışı yapan büyük firmalardan biri, Aliğa Rafinerisi'nde inşa edeceği küresel LPG tanklarının imalat kontrolünün benim tarafımdan yapılmasını yani bu imalatta kendilerine danışmanlık hizmeti vermeme talep etti. Bunun aracılığını da, bana gelen ve İTÜ Makine Fakültesi'nden 1958 yılında mezun eski bir öğrencim olan bir zat yapıyordu. Bana müracaat ederken henüz imalata başlamamışlardı. Projelerini getirdi. Bunları inceledik ve kendilerine küre tankını kaynak edecek olan bütün kaynakçıları imalata başlamadan önce bir sınavdan geçirerek kabiliyet ve durumlarının tespitinin yapılmasını teklif ettim. Bunlar yapıldı ve her kaynakçı için ayrı birer dosya açtık ve yaptıkları kaynakları da, birbiri ile karıştırmamak için her birine bir işaret ve numara verdik. Yaptıkları kaynakların başlarına ve sonlarına da bu işaretleri koymalarımı istedik. İmalat başladı. Kaynakçıların yaptıkları kaynak dikişlerine ait çekilen radyografilerin (yani röntgen filimlerinin) sayısı 100 civarına geldiğinde, orada şantiye şefi olarak bulunan o öğrencim, İzmir'den bana telefon ederek randevu alıp, randevu günü İzmir'den ilk uçakla İstanbul bana gelerek filimlerin kontrolünü yapar, hatalı olanların söktürülmesini sağladık. Bu kontroller sırasında hatalı olmaları dolayısıyla sökülen filimlerin sayısı, kontrol ettiğim filimlerin hiçbir zaman %10'unu geçmezdi. Bu da normal bir orandı. Yine bir gün, birlikte getirdiği filimleri kontrol ederken, hatalı film adedinin çok çok fazla olduğunu adeta kaynak edilen dikişlerin yarısının sökülmesinin gerektiğini tespit ettik. Bunun üzerine o kaynakları yapan kaynakçının dosyasını incelediğimizde de, bu kaynakçının usta bir kaynakçı olduğunu ve daha önce yaptığı kaynaklarda ise hemen hemen hiçbir hatanın bulunmadığını gördük. Şantiye şefi olan Y.Mühendis arkadaş da buna şaşırды. Kendisine, İzmir'e gittiğinde, bu kaynakçının aile hayatını araştırmasını ve aile yaşamında önemli bir olayın meydana gelip gelmediğini araştırmasını ve sonucunu da bana telefonla bildirmesini rica ettim.

İki gün sonra şantiye şefi beni İzmir'den aradı ve o kaynakçının, hatalı kaynakların yapıldığı tarihte aile içerisinde meydana gelen şiddetli bir geçimsizlik sonunda eşinden ayrıldığını söyledi. Bu durum kaynakçının sinir sistemini etkilediğinden ve kaynak işlemi de sürekli olarak el ile yapıldığından, o asabi durumda yapılan kaynakların hemen hemen tamamı hatalı olduğu görüldü. Burada yapılacak iş, o kaynakçıyı hemen oradan alıp, ona bir dinlenme imkanı sağlayarak eski durumuna kavuşturmak olacaktı. Bunu yaptılar ve o kaynakçıyı sonradan tekrar kazandılar.

Kaynakçının kaynakları hatalı yapması, o yapılan işin maliyetini en az %300 nispetinde arttırmaktadır. Önce o kaynakların sökülmesi için bir mesai sarfedilmekte ve sonradan o kısımlar yeniden hatasız kaynak edilmeye çalışılmaktadır. Bu da zaman, işçilik ve malzeme yönünden o kısmın bedelini üç misli arttırmaktadır.

Bu hususu, yine küresel LPG tankının imali ile ilgili olarak yaşadığım başka bir olayla açıklamak yerinde olacaktır. Yine İzmir de Aliğa da, başka bir firmanın LPG küresel tank imalatının kontrolü Türk Loydu Kanalı ile tarafımdan yapılıyordu. Kaynak dikişlerine ait radyografiler Türk Loydu'na geliyor ve oradan da kontrol için bana intikal ediyordu. Gelen filimlerin kontrolünde, kaynak dikişlerin en az %50'si hatalı çıkıyordu ve bunların sökülmesi gerektiğini raporumda bildiriyordum. Aradan uzun bir zaman geçti. Gelen film olmadı. Bunun üzerine Türk Loydunu arayarak, o tankın ne olduğunu tamirat kaynakların yapılıp yapılmadığını sorduğumda, Türk Loydu'ndan bana Hocam, firma bu kaynakları söküp yeniden kaynak etmenin çok pahalıya geldiğini görerek, o tankı hurdaya atıp, yeni malzeme alarak yeniden imalat yapmanın daha ekonomik olduğunu görüp, eski tankın tamiratından vazgeçmişlerdir dedi. Burada cevabım inşallah tekrar ucuz ve yetersiz kaynakçı çalıştırmazlar oldu.

Ucuz etin yahnisi yavan olur.

Türkiye'nin basınçlı buhar kazanı imal eden firmalardan biri, bir devlet müessesine ait bir işyerinin buhar kazanlarının imalatı ihalesini kazanmış olup, bunun kontrolünü de Türk Loydu yapacaktır. Yine Türk Loydu adına kaynak dikişlerinin kontrolünü de ben yapmaktayım. Bana gelen filimleri inceleyerek hatalı olanların sökülüp yeniden kaynak edilmesinin gerektiğini raporlarımda Türk Loydu'na bildiriyordum. Yaptığım kontrollerde, sökülüp yeniden kaynak edilen dikişlerde de çok kere yine hata çıktığından aynı yerlerin ikinci kere sökülüp kaynak edilmeleri gerekiyordu. Kaynak dikişlerinin sökülerek yeniden kaynak edilmeleri durumunda, oralara uygulanan yüksek sıcaklıklar dolayısıyla ısınıp soğuma sırasında meydana gelen gerilmeler nedeni ile kazanlar ister istemez çarpılmaktadır. Çarpılan bu kazanları sonradan normal durumlarına getirmek de o kadar kolay bir iş olmayıp, çok defa kazanlar o durumda kalmaktadır.

Bu kontrolleri yaptığım günlerden biri, bir sabah erkenden üniversitedeki odama, o kazanları imal eden firmanın patronu olan ve İTÜ'den de 1960 yılında mezun olan bir zat gelerek, "Hocam, kazanları söküp yeniden kaynak etmekle bütün kazanlar çarpıldı. Ne yapayım dedi?" Bunun cevabı da, yine ucuz ve yeteneksiz kaynakçı çalıştırma oldu. Bu zat kazanları bitirip teslim ettiğinde, bu çarpılmalar nedeniyle %20 ila %25 nispetinde bir nefaset farkı cezası ödedi ve kazanların imalatından herhangi bir kar elde edemedi...

Memleketimiz de hayat çok ucuz

Bu olay da 1958 yılında Deniz Kuvvetlerinin Gölcük Tersanesinde Doçent olarak yedek subaylığımı yaptığım sırada geçmiştir. Orada yedek subay olarak çalışırken Malzeme Laboratuvarında bulunuyordum. Laboratuvara biraz düzen vermeye çalıştım. O sırada Amerikan Yardımından Laboratuvara bazı cihazlar ve aletler gelmiş bulunuyordu. Bir karanlık odaya konulan bu malzemeleri incelerken elime geçen Gayger cihazı ile tesadüfen ışın kontrolü yaptığımda, orada etrafa yayılan radyoaktif ışın (radyasyon) işareti aldım. Gelen malları incelerken, bunlar arasında radyografik muayenede kullanılmak üzere bir de Cobalt 60 cihazı gördük. Ambalajında olmasına rağmen az miktarda bir ışın yayılması mevcut idi. Bu bir tesadüf sonu ortaya çıktı. Bunun üzerine yapacağımız iş, bunun için yer altında bir kuyu kazmak ve bu kuyuyu kurşunla kaplayarak sızdırmaz bir kap haline getirmek olacaktır. Kısa süre içerisinde hemen yaptık ve Cobalt 60'ı kurşun odaya gömdük. Bu olay insan hayatının bazen çok ucuz olduğunu ve tesadüflere bağlı olduğunu gösteriyor.

Hata, teknik ve güzel sanat

1963 yılının Temmuzunda endüstride çalışan mühendisler için, iki haftalık imalat konuları ile ilgili ileri kaynak teknolojisi ve memleketimizde endüstrideki uygulamalarını içerisine alan bir seminer ve kurs yaptık. Bunu kaynak sektöründen bir firma finanse ediyordu. Müracaat ve kayıtları da orada yapılıyordu. Bir gün firmadan bana üniversiteye telefon ettiler ve Hocam, bir heykeltıraş bayan da müracaat etti. Bunu da kaydedelim mi? Diye sordu. Ben de kaydedin, fakat Hanımefendi Üniversitede beni ziyaret etsin kendisi ile konuşmak istiyorum cevabını verdim. Ertesi gün heykeltıraş hanım üniversiteye geldi. Kendisinin bu kurs ve semineri niye aldığını sorduğumda, kendisinin metali işleyerek heykel yaptığını ve kaynak teknolojisini burada çok kullandığını söyledi. Ayrıca eğer vaktiniz var ise, Beşiktaş'daki Resim ve Heykel Müzesine giderek burada bulunan iki veya üç eserini de bana göstermek istediğini söyleyince, Müzeye geldik. Eserleri gördüm ve incelediğimde de (kaynak dikişinde biz, kaynakta herhangi bir hata bulunmasını istemez ve hatalı kaynakları emniyet bakımından kabul etmeyiz.) kaynak teknolojisi bakımından ne kadar hata varsa, bunların heykelin kaynaklarında bulunduğu veheykele bir nevi sanat yönü kattığını gördüm. Kendimi tutamadan hemen, teknik yönden meydana gelen kaynak hatalarının, kaynağın kalitesi bakımından değil, ancak sanat yönünden bir değer ifade ettiğini ve devamı olarak da siz, kursta daha çok kaynak hatalarını öğreneceksiniz herhalde ifadesini kullandım.

Kaynak teknolojisi ve dışçılık

Burada yaşadığım iki olaydan bahsetmek istiyorum. Bazı teknolojiler vardır sadece bir konuda değil, bütün teknolojilerde kullanılan ve önemli olan teknolojiler olup, o teknolojilerde de yeterli gelişme ve yeniliklerin meydana

gelmesinde büyük rol oynar. İşte kaynak teknolojisi de bunlardan biridir. Onun için ben bazı konferans ve konuşmalarında bu konu ile ilgili olarak konuşurken, Mevlana gibi seslenelim!

- Gel, yine gel, ne olursan ol!
- İster Makineci, ister Metallurjist, ister gemici,
- İster İnşaatçı, ister Fizikçi, ister Dişçi, ister Ortopedist,
- İster Uçakçı, ister Kimyacı, ister Heykeltıraş...
- İster yüz kere meslek seçmiş ol,
- Umutsuzluk kapısı değildir bu kapı,
- Nasılsan, hangi meslektensen öyle gel,
- Bu seslenişim yerindedir, zira:
- Parmağınızdaki yüzük de,
- Kolunuzdaki bilezik de,
- Kulağımızdaki küpe de,
- Bileğinizdeki saat de,
- Cebinizdeki plastik cüzdan da
- Belinizdeki telefon da,
- Kalbinizdeki pil de ve kulağımızdaki kulaklık da,
- Bindığınız nakil vasıtalarım da,
- Kullandığınız beyaz eşyalar da...
- Kaynak var ve bu teknoloji o teknolojilerin gelişmesinde büyük rol oynamıştır.

1960 yılında yaşanan olay

Bu olay, 1960 ihtilalinin olduğu sıralarda cereyan etmiştir. O sırada İTÜ'nün Rektörü ve önceleri Hocam sonra da çok yakın değerli bir dostum olan Prof.Dr.Fikret Narter, bir gün bana kendisinin de yakın dostu olan Prof. Dr.Naili Kübalı'nın kardeşi Hasan Naili Kübalı'nın diş doktoru olduğunu ve diş kronu olarak kullanılan bir alaşımı kaynak edemediğini, dolayısıyla benden bu hususta Hasan Naili Kubalı ya yardımcı olmamı rica etti. Bunu kabul ederek Hasan Naili Kubalı'nın o zamanlar Beyoğlu'nda olan muayenesinde buluştuk. Hasan Naili Kubalı'nın muayenesinin bulunduğu apartman dairesinin bir bölümü de diş protezlerinin imali için hazırlanmış bir atelye idi. Burada her türlü cihaz ve alet vardı. Diş kronunda kullanılan alaşım özel bir alaşım olduğundan, bunun kaynağı o kadar kolay değildi. Kendisine bunu kaynak etmek için

özel bazı önlemlerin alınmasının gerektiğini belirterek bir iki uygulama yaptık ve problemi çözdük.

1980 yılında yaşanan olay

Bu olay da Eylül 1980 ihtilalinin yaşandığı sırada meydana gelmiştir. O sırada ben, Berlin Teknik Üniversitesi'nin de misafir profesör olarak bulunuyordum. İstanbul Üniversitesi Dişçilik Fakültesi'nde bir hanım doçentlik tezi hazırlıyordu. Doçentlik tezinin konusu da özellikle 24 ayar altın kronların lazer kaynağı teşkil ediyordu. O sıralar da Türkiye'de bu kaynağın altına uygulamasını yapan kimse ve cihaz da yoktu. Berlin'de bulunduğum Enstitü de bu cihaz bulunduğundan ve benim de Berlin de bulunduğum süreden istifade etmek gayesiyle, bu Hanımefendi özellikle benim orada olduğum sırada Berlin'e bu Enstitüye geldi. O tarihte bütün Dünyada Lazer Kaynağı Altına uygulanmamıştı. Hanımefendi gelirirken birlikte getirdiği 24 ayar altın parçalarını ilk defa orada Lazer Kaynağı ile birleştirmeye çalıştık ve başarılı da olduk.

Niçin kaynak teknolojisi bu kadar çok önemli?

Şimdi hatıra bu soru gelebilir. Niçin bu anılarınızda ağırlığı kaynak teknolojisine verdiniz? Bunların Hukukla ilgisi ne? Diye sorabilirsiniz. Unutmayın ki kaynak teknolojisi bütün teknoloji ve sanayinin vazgeçilmez bir koludur ve insan yaşamı ile adeta iç içe girmiştir. Kaynağın yerinde ve sağlam yapılmaması sonucu, patlayan bir çok basınçlı kap, buhar kazanı ve LPG tüpleri, kaza yapan motorlu nakil vasıtaları, radyasyon sızdıran termik santralleri, batan gemi ve su fışkıran termosifonları, çöken çelik köprü ve konstrüksiyonları sık sık görmekteyiz. Sonuçta da birçok can ve mal kaybı ortaya çıkmaktadır. Bunların sonuçlarının çözülmesinde de gidilen yol adli mercilerdir ve orada çözümünü de inceleyerek sonuca bağlayanlar bilirkişilerdir. Dolayısıyla da bu teknoloji imalat ve onarım alanında büyük bir yer işgal eder ve hatalı yapılan kaynaklar sonucu meydana gelen kazalarda Adliyelerde sonuca kavuşur. Son yıllarda açılan Tüketici Mahkemelerini de göz önüne aldığımız da bu tip davaların sayısı daha da artmaktadır.

Burada, kaynak dikişindeki hata nedeni ile bir nükleer santralde meydana gelen radyasyon sızıltısı ile ilgili bir olayı hatırlatmak yerinde olacaktır. Bu olay daha sonra film haline bile getirilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki, eyaletlerin birinde meydana gelen bir depremden sonra, orada bulunan nükleer santralde bir radyasyon sızıltısı tespit edilir. Yapılan araştırmalar, bu santralin inşası sırasında uygulanan kaynakların röntgen filimlerinin incelenmesine kadar gider ve filimlerin yeniden incelenmesinde de, radyasyonun geldiği bölgedeki kaynak dikişine ait röntgen filminde hata olduğu tespit edilmiştir. Yani bu hata zamanında onarılmadığından orada sızma olmuştur.

Buzdolabı yerine size battaniye verelim!

Olay, tüketici mahkemesine intikal eden bir buzdolabındaki ayıpla ilgilidir. Davacı, yani müşteri bir bayiden bir buzdolabı almıştır. İki gün sonra alıcının evine ambalajında gelen buzdolabını, servisi açıp monte ettiği sırada, buzdolabının kapısında ve Vanlarında vuruk izleri görür ve bunları servis fişine de not eder. Müşteri daha sonra satışı yapan bayiye giderek ayıplı buzdolabının değiştirilmesini ister ve aybın nakliye sırasında meydana geldiğini ileri sürer. Serviste bu hasarın nakliye sırasında meydana geldiğini ayrıca servis fişinde de bildirmiştir. Bayiinin müşteriye verdiği cevap enteresandır. "Size yeni buzdolabı veremem, fakat onun yerine battaniye verebilirim", olur. Daha sonra da olay Mahkemeye akseder.

Kendisine arkadan çarpılan araç sürücüsünün bir kusuru yok mu?

Trafiğin normal hüküm sürdüğü bir çevre yolunda, bir araç hızla gelerek önündeki araca arkasından çarpar ve çarpılan araç da, aldığı darbenin etkisi ile kendi önündeki araca çarparak ön kısmından da hasar alır. Keşif sırasında arkadan çarpan davalının vekili, öndeki çarpılan aracın da, önündeki aracı yeterli bir mesafede takip etmediği için, duramayarak önündeki araca çarptığından ötürü onunda kusurunun olduğunu ileri sürmektedir. Burada bir diğer noktayı da hatırlatmada fayda bulunmaktadır. Arkasından çarpılan öndeki araç, normal bir otomobil olup, arkadan çarpan araç ise, bir kamyonettir. Yani her iki aracın normal kütleleri arasında da bir fark mevcuttur. Bu durumda arkadan çarpan kamyonetin etkisi daha fazla olduğundan, çarpılan aracın yüksek bir hızla öne doğru fırlatması kaçınılmazdır. Bu fırlamayı aracı kullanan sürücüsünün o anda elindeki imkanlarla önlemesi de mümkün değildir. Olayda öndeki araç da seyir halindedir ve o da önündeki aracı uygun bir mesafe ile takip etmektedir. Kendisinin fren yaparak durması için herhangi bir neden de mevcut değildir. Dolayısıyla böyle bir savunmanın burada yeri bulunmamaktadır.

Biz istersek Hava Harp Okulu'nda dersleri Almanca olarak bile verebiliriz.

Bu olay 1970'li yılların başlarında geçer. Benim on sene kadar Hava Harp Okulu'nda da iki meslek dersini vermek üzere hocalığım mevcuttur. Kıbrıs çıkarılması nedeni ile Amerika Birleşik Devletleri Türkiye ye silah ambargosunu koyduğu yıllardı. Bu sırada Hava Harp Okulu'nun kumandanı da o devre Tüm General olan Sayın Tahsin Şahinkaya idi. Benim de haftanın bir günü sabah öğleden önce saat 09.00-13.00 arasında 4 saat dersim vardı. Yine dersimin olduğu bir gün, derse girdikten takriben 15-20 dakika sonra Okul Kumandanı Tüm General ile birlikte yaklaşık 10 kişi kapıyı çalarak derse girdi. Okul komutanı, bana bu heyet Alman Yardım Heyetidir. Bunları özellikle sizin derse geldiğiniz gün ve saatte Okula davet ettim. Siz Almanca biliyorsunuz. Onun

için dersi hemen Almanca olarak anlatın. Emri ile karşılaştım. Bunun üzerine Paşam, öğrenciler Almanca bilmiyor. Bu nasıl olacak cevabıma, siz Almanca anlatın cevabını aldım. Derse Almanca başladım. O ders bittiğinde, Heyetle birlikte bana teşekkür ettikten sonra, Sayın Şahinkaya, "Biz Almanlara, istersek dersleri Harp Okulunda Almanca olarak bile veririz,"i gösterdik.

Detaylı bir dizi pusulasımı ? Yoksa bilirkişi raporu mu?

Bazı dosyalara verilen bilirkişi raporlarına tarafların yaptıkları itiraz üzerine, yeniden bilirkişi incelemesine karar verilmektedir. Böyle dosyalardan birine ikinci bilirkişi olarak seçildim. Tarafların daha önce verilen bilirkişi raporuna yaptıkları itirazları inceleyip, verilen bilirkişi raporunu değerlendirdiğimde, raporun kısa olmadığı en az 4-5 sahifeden ibaret bulunduğu ve raporda tarafların idida ve savunmalarına ayrı ayrı detaylı olarak yer verildikten sonra, rapora sunulan bütün belge ve yazışmaların da tarih sıralarına göre rapora geçirildiğini gördüm. Yani rapor dosyanın bir sureti haline gelmiştir. Raporda bilirkişinin belirteceği kanaat kısmı ise, 3-4 sahifelik dosya özetinin yanında gayet kısa olup, herhangi bir gerekçe ve irdeleme yapılmadan örneğin davacının talep ettiği meblağın yerinde olduğu şeklinde sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla da bu rapor tarafları ve özellikle de Mahkemeyi tatmin etmediği gibi, karar vermeye de yeterli bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkemeler yeniden bilirkişi seçmek durumu ile karşı karşıya kalmakta ve bunun sonucu olarak da davalar uzamaktadır. Bazı bilirkişi raporlarında da hukukçu bilirkişiler, teknik raporlardaki dizi pusulası gibi, sahifelerce bir nevi hukuk kitabı yazmakta ve olayla ilgili hukuki durum ise kısa bir paragrafla belirtilmektedir. Belirtilen hukuki açıklamada çok kere yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla da bilirkişi raporu, detaylı bir dizi pusulası veya hukuk kitabı olmamalıdır. Dosya içeriği, gerekli yerlerde gerekli ve yeteri kadar rapora alınmalıdır. Dizi pusulası şeklindeki gibi bilirkişi raporlarına çok kere dosyalarda sık sık tesadüf edilmektedir. Fakat bu sorunu çözmemektedir.

Davacının talebi varsa, davalı sorunu çözmekle yükümlü bulunmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.09.2010 tarihinde: "... Dava dilekçesinde, davacının onarım hakkını kullanmış olması, yargılama sırasında satın alınan aracın gizli ayıplı olduğunun ortaya çıkmasından sonra, davacının bu tercihini aracını ücretsiz değiştirmesi şeklinde kullanmasına engel olarak gösterilemez..." şeklinde bir karar almıştır. Davacı sözleşmeyi ayakta tutarak, malın yenisi ile değiştirilmesini istediğine göre davalılar tüketicinin tercihine göre sorunun çözülmesi ile yükümlüdür. Üretim hatası genelde bir gizli ayıptır. Bilirkişiler araçtaki arızanın satın alma sırasında fark edilmeyecek mertebede bir üretim (imalat) hatasından kaynaklanan gizli ayıp olduğunu tespit ettiklerine göre, Yargıtay Genel Kurulunun bu kararı ile, tüketici tercihini aracın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilir. Bu husus, özellikle tüketici davalarında büyük önem taşımaktadır.

Yeteri kadar okuyor muyuz?

Bir dostum bir konuşmasında bana, bizde kitabı kimler okur diye bir soru sordu ve hemen de cevabını verdi. Kitabı bir yazan bir de basılırken tashih eden okur dedi. Eğer kitap basılırken baskıyı tashih eden yazar ise, o zaman kitabı sadece bir kişi okumaktadır. Bu cevabın yerinde olduğunu 1950'li yılların sonlarına doğru yaşadığım bir anımla anlatmak yerinde olacaktır. Bu dönemlerde, üniversitelerde şubat sömestre tatilleri yaklaşık dört hafta sürerdi. Bizim İTÜ Senatosu da bu sıralarda, sömestre tatillerinde Üniversitemizin endüstriye faydası olsun diye, belirli bölgeleri seçerek buraya bir grup doçent ve profesör öğretim üyelerinden oluşan bir grup gider orada sanayicilerle temas eder, konferanslar verir ve sorunlarını gidermeye çalışırdı. Ben de iki profesör arkadaşla birlikte 1957 yılında Eskişehir'e gittim ve Eskişehir Sanayi Odası ile temas kurduk. Gittiğimiz gün Sanayi Odası Başkanı, bizlere Hocam bu gün bize bir Amerikalı Döküm Uzmanı geliyor ve burada bir konferans verecek. Hazır sizlerde buradasınız, bu uzmanla hem tanışır hem konferansını dinlerseniz memnun oluruz dedi. Biz de Başkanı kırmadık ve konferansı dinledik. Konferanstan sonra, bir Mühendis iş sahibi Amerikalı Uzmana bir soru sordu. Amerikalı Uzmanın burada verdiği cevap gayet enteresan ve düşündürücüdür. Ben sizin buraya gelinceye kadar en az 7-8 yerde fabrika ziyaret ettim ve konuşma yaptım. Gittiğim endüstri merkezlerini dolaşırken fabrika genel müdürlerinin odalarında çok kere de birer kitaplık gördüm ve merak icabı da dolapta hangi kitapların olduğunu anlamak için bu kitaplık dolaplarına bakardım. Mühendis ve Fabrika müdürlerinizin odaları gayet güzel ve hepsinin odasında da masasının karşısında bir kitaplık ve kitaplıkta da yabancı dilde birçok meslek kitapları bulunmakta. Aynı zamanda da bu elemanlar gayet iyi de yabancı dil bilmektedirler. Buna rağmen, bana problemlerinin halli için çeşitli sorular sormaktadır. Bir konuşmam sırasında bana sorulan sorunun cevabının müdürün masasının karşısındaki kitaplıkta bulunan kitapta bulunduğunu ve o müdürün de niçin o kitabı açıp da bir defa okumadıklarını sorduğum da da, yeterli cevabı alamadım. Dolayısıyla de sizlerin az kitap okuduğunuzu öğrendim, dedi.

Nedense az okuyoruz. Dolayısıyla da problemleri incelerken ve çözerken çok defa yeteri kadar derinine inemiyoruz. Sonunda da biz kaybediyoruz.

Hangi çiftlerde daha fazla boşanma olur?

Evlilikte evin idaresinde bazen erkek, bazan da hanım söz sahibidir ve söz sahibi olan tarafın yönetimi de eve hakimdir. İşte böyle evliliklerin çocuklarının evlenmesi halinde aşağıdaki durum söz konusu olur.

a- Erkeğin hakim olduğu evin erkek çocuğu yine erkeğin hakim olduğu evin kız çocuğu ile evlenirse, bu evlilikte pek sorun çıkmamakta ve evlilik devam etmektedir.

b- Aynı şekilde hanımın evde hakim olduğu bir ailenin erkek çocuğu ile yine hanımın söz sahibi olduğu evin kız çocuğu da evlendiklerinde, bu evlilikte de pek problem ortaya çıkmamaktadır.

c- Eğer erkeğin evde hakim olduğu bir ailenin erkek çocuğu, hanımın söz sahibi olduğu evin kızı ile evlenirse, bu evlilikte sık sık sorunlar ortaya çıktığından, sonuç boşanmaya daha kolay gitmektedir.

d- Aynı durum hanımın evde hakim olduğu bir ailenin bir erkek çocuğu, erkeğin hakimiyetine olan bir ailenin kız çocuğu ile evlenirse, bu taktirde de evlilikte sorunlar çıktığından, sonuç yine boşanma ile bitmektedir. Zira her iki taraf ta evdeki yönetimi diğerinden isteyecektir.

Oysa boşanma davalarında bu hususlara fazla önem verilmediği gibi, başlangıçta taraflar arasında evlenme sırasında da göz önüne alınmamaktadır. Bu başlangıçta bilinse, belki taraflar arasında bir uzlaşma ve anlaşma ortaya çıkabilir.

Bazı önemli sözler?

Robert Schuman: “Hayatta zor olan iki şey vardır. Biri iyi bir isim yapmak, diğeri de bu ismi devam ettirmektir.”

J.F.Kennedy: “Ülkem benim için ne yapmalıdır diye sorma, ben ülkem için ne yapabilirim diye sor.”

J.Ortega Gaset: “Hiçbir kimse, başarı merdivenlerini elleri cebinde tırmanmamıştır. Çaba ancak acı vermeye başladığında çabadır.”

Çin Atasözü: “Eğer bir yerde küçük insanların gölgeleri büyürse, orada güneş batıyor denilebilir.” “Bugün, hayatınızın geri kalanının ilk günüdür.”

Şeklinde, çeşitli şekillerde yorumlanacak ve bundan ders alınacak önemli sözler söylemiştir. Her meslekte insan bütün çabası ile iyi bir isim yapmak ister, fakat bu ismin daha sonra muhafazası çok kere o kadar iyi olmamaktadır. Yine insanlar, bu memleket benim için ne yaptı diye sorar. Fakat önemli olan ben ülkem için beni hatırlatacak neler yaptım, sorusunu kendine sormaz. Hiçbir kimse hayatta başarı merdivenlerini elleri cebinde olarak çıkmaz. Eğer çıkmış ise, o zaman da çok çabuk iner. Eğer başarı merdivenlerini çabalarının sana acı verdiğini hissederek çıkmış isen. O zaman kolay kolay o merdivenlerden aşağıya düşmezsiniz. Eğer bir yerde küçük insanların gölgeleri büyüyorsa, orada güneş batmaya başlamıştır. Güneş batınca da büyüyen gölgeyi artık göremezsiniz. İnsanlar çok kere zamanın nasıl geçtiğini pek düşünmez. Fakat yaşanan her günün, hayatınızın geri kalan kısmının ilk günü olduğunu da unutmayınız. Her duruşmanın, ilerideki duruşmaların ilki olduğu gibi.

Sizden “prektıkır” için bir rapor rica ediyorum.

Bundan yaklaşık 20 yıl kadar önce, deneyimli ve oldukça da bilinen bir avukat beni telefonla arayarak benden “prektıkır” için bir özel rapor istemiştir. Ben telefonda yapılan konuşmada “prektıkır” deyiminden bir şey anlamadığımı, mümkünse bana gelmesini ve istenen hususu iyice açıklamasını rica ettim. Randevulaştık ve verilen saatte bana üniversiteye gelerek, dava ile ilgili kendisindeki dosyayı da getirdi. Dava İstanbul İdare Mahkemelerinden birinde açılmış bulunan bir dava olup, konulan bir yasağın kaldırılması ile ilgili idi. Önce “Prektıkır” ne olduğunu anlamak istedim. Sayın avukatın İngilizce olarak telaffuz etmeye çalıştığı kelimenin esası Almanca olup, o da “PRAKTİKER” kelimesi idi. Bu bir Alman kökenli alışveriş merkezidir. Firmanın reklam levhasının şekli ve büyüklüğü yolda trafiği engellediği için, bunun gerçekte olup olmadığına tespiti idi. Halbuki Praktiker alışveriş merkezlerinin satış yerleri, büyüklükleri ve reklam levhalarının ebadı ile bu reklam levhalarına yazılan yazıların harf büyüklükleri, Almanlar tarafından standart hale getirilmiş olup, dünyanın çeşitli memleketlerindeki mağazalarında aynı ölçü ve sistem kullanılmış idi. Burada önemli olan Almanca kökenli bir kelimenin İngilizce okunduğu zaman, onun kulaklarda bıraktığı izlenimdi. Sayın Avukat, o kelimeyi yazıldığı şekilde Türkçe olarak okusaydı, bu Türkçe okuyuş tıpkı Almanca okuma gibi olacaktı. Fakat bizler, biraz da yabancı dil bildiğimizi göstermek için normal şekilde okunacak bir kelimeyi İngilizce okuyarak onu kolayca anlaşılabilir hale getiriyorduk. Mesela Richart kelimesini Almanca okuduğumuzda RİHARD diye okuruz. Fransızca okuduğumuzda ise RİŞARD diye okuruz. İngilizce okuduğumuzda da RİÇİRD şeklinde okunmaktadır. Halbuki üç dilde de yazılışı ayıdır.

Burada 1950'li yılların ortasında İTÜ de yaşadığım bir olayı anlatmak faydalı ve yerinde olacaktır. Zannederseniz 1956 yılının Mart ayında bir Avusturyalı Profesörü Türkiye ye ve Üniversitedeki kürsümüze misafir profesör olarak davet ettik. Bu zat geldi. Geldiğinde aşağı yukarı 65/70 yaşları arasında idi. Bir ara kendisine haftada iki saat olmak üzere bir meslek dersini verdirmek istedik. Kendisi kabul etti. Kendisine dersi sınıfta Almanca olarak vermesini ve o sırada bizimde onu Türkçe ye çevireceğimizi söyledik. Fakat yabancı profesör bunu kabul etmedi ve dersi kendisinin Türkçe olarak vereceğini teklif etti. Nasıl olacak diye sordüğümüzde da, hafta içinde, kendisi ile müştereken çalışıp, vereceği dersi biz Almanca'dan Türkçe ye tercüme edeceğimizi ve kendisinin de bu tercümeyi kendi el yazısı ile aynen hazırlayarak sınıfta bunu öğrencilere okuyacağını bildirdi. Peki deyip tecrübe edelim dedik. İlk iki saatlik dersi müştereken çalışarak Almanca dan Türkçeye tercüme ettik ve kendisinde bu tercümeyi kendi el yazısı ile yazarak hazırladı. Derse girdik. Öğrencileri selamladıktan sonra, hazırladığı Türkçe metni okumaya başladı. Çocuklar hocanın ne dediğini anlamakta oldukça güçlük çekti. Bu sefer biz Türkçe verilen dersi yeniden ders de Türkçeye çevirdik. Mesela Sayın Profesör Türkçe yazılan HA-

ZIRLAMA kelimesini okurken Türkçe değil Türkçe kelimeyi Almanca okuyor ve HAZIRLAMA yerine HASÜRLEME deyimini kullanıyordu. Öğrencilerde bu Hasürleme kelimesinde bir şey anlamıyordu. Öğrencilerde Hoca acaba hangi dilde konuşuyor? Ortamı oluşmaya başladı. Böylece bu ilk iki saatlik dersi, Türkçeden yine Türkçeye çevirerek dersi anlaşılabilir hale getirmek sureti ile tamamladık. Fakat daha sonraki dersleri, kendisine teklif ettiğimiz gibi, Almanca olarak verdi, biz de sınıfta öğrencilere hemen Türkçeye çevirerek dersi tamamlıyorduk.

Hocam beni iyi ki attınız?

Üniversitedeki kürsümüzün metalografi laboratuvarında 1960'lı yıllarda Hızır adında bir erkek laborant çalışıyordu. Kürsüde de epeyi eski idi. Bir gün uygunsuz bir işe karıştı ve kendisini laboratuardan atmak gerekiyordu. Geçen uzun hizmet yıllarını da düşünerek, bir gün kendisini odama çağırdım ve kendisinin bizzat istifasını vermesini istedim. Önce biraz düşündü ve sonra bana gelerek istifasını vererek ayrılmak istediğini bildirerek, istifa dilekçesini verdi. Dilekçeyi hemen işleme koymak sureti ile ilgili yerlere gönderdim. Böylece laborant Hızır kürsüden ayrılmış oldu.

Aradan yaklaşık on yıl geçtikten sonra bir gün üniversiteden çıkarken, o sırada Üniversitenin kapısının önünde son model bir Mercedes durdu ve şoförü inerek arka kapıyı açtı, patronunun inmesini bekledi. Ben de ister istemez bu durumu orada durarak takip ettim. Mercedes'den inen adam, doğrudan doğruya bana gelerek hemen elime sarılıp öpmek istedi. Yüzüne baktığımda bu kişinin yaklaşık on yıl kadar önce kürsümüzden ayrılmasını istediğim bizim Laborant Hızır olduğunu gördüm. Hayrola Hızır deyince, Hocam size geliyordum diyerek, size hem teşekkür edecek hem de bir hususta fikrinizi alacaktım dedi. Bunun üzerine ben de hemen gel geri dönüp kürsüde konuşalım teklifini yaptım. Teklifimi kabul ederek benimle kürsüye geldi ve kendisi ile hasbıhal ettik. Üniversiteden ayrıldıktan sonra, inşaat işine girdiğini ve arsa temin ederek buraya yaptığı evleri ve daireleri sattığını, işlerinin iyi olduğunu ve kendisini üniversiteden kovduğumuz içinde bana teşekkür ettiğini özel bir şekilde belirtti. "Eğer beni üniversiteden atmasaydınız, ben hala Laborant Hızır dım ve ne uzuyacak ne de kısılacaktım".

Bir akademik olayın görüntüsü (nezaketi)

Son Üniversiteler Kanunu'nun önceki kanunda, bugünkü uygulamadan farklı olarak doktoradan sonra doçent olmak için doktora tezi gibi orijinal bir doçentlik tezi hazırlamak gerekiyordu. Üniversitemizdeki kürsüde, Doktorasını Almanya da yapan kürsümüzde bulunan bir diğer profesör arkadaşla birlikte çalışan bir doktor asistan, doçent olma üzere bir orijinal konu bulamadığı gibi birlikte çalıştığı profesör arkadaş da bu konuda kendisine pek yardımcı olmamıştı. Böylece doçentlik için birkaç yıl kaybetmişti. Aynı kürsüde oldu-

ğumuz için bir gün bana gelerek, Hocam (zira kendisi fakültede benim eski öğrencilerimden sayılırdı) sizden doçentlik için bir konu isteyebilirmiyim dedi. Buna cevabım, eğer çalışacak isen yapılması gereken orijinal konu, o konuda ki yayınları ile birlikte hazır. Sana verebilirim, bizim kürsü laboratuvarındaki cihazları kullanarak bu konuyu rahatlıkla işleyebilirsiniz dedim ve ben de hazır bir dosyada bulunan araştırma konusunu dosyası ile birlikte kendisine verdim. Deneyleri yaptı konuyu sonuçlandırdı, arada sırada bana gelerek çalışmayı yönlendirmemi de istedi. Doçentlik tezi olarak da o çalışmayı sundu. Bende doçentlik jürisi üyesiydim. Doçentlik sınavlarını vererek doçent oldu. Daha sonra bana gelerek Hocam bu konuyu ben Almanya da makale olarak yayınlayacağım, fakat sizin isminizi makaleye koymak istemiyorum, ne dersiniz deyince, buna cevabım o da sizin akademik nezaketinizdir, ben ne diyeyim oldu. Bu çiçeği burnunda doçent, daha önce doktorasını da Almanya da yaptığından, bu hususta Almanlardan akademik nezaket dersi de almış olması gerekirdi, nerede kaldı o? Halbuki o makalenin yayımlandığı dergide daha önce benim bir hayli yazılarım çıkmış olup, dergi beni gayet iyi tanımaktadır.

İflas erteleme davalarında duran varlıkların kaydı mı yoksa rayiç değerlerini mi esas almak gerekir?

İflas erteleme davalarında hazırlanan bilirkişi raporlarında bazen kaydi bilançoya göre değerler hesaplanarak, davacı şirketin borca batıklığının tespitine gidilmektedir. Bu hesaplama yapılırken, duran varlıklar arasında bulunan tesis, makine ve cihazların bilançodaki kaydi değerleri nazarı itibara alındığında, oldukça düşük bir meblağ ortaya çıkmaktadır. Kaydi değerler nazarı itibara alınarak yapılan hesaplamalarda, amortismanlar düşüldükten sonra ortaya çıkan değer bazen gülünç mertebede kalmaktadır. Mesela hiö bir sanayi makinesi 6-7 sene sonra sıfır değerine düşmez. Her ne kadar model geçse bile onun bir rayiç bedeli vardır. Bu bakımdan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin uygulamalarına göre, şirketin borca batıklığının tespitinde kaydi değerlerin değil, rayiö değerlerinin esas alınması kabul edilmiş bulunmaktadır. (Y.19.H.D.03.03.2010, T.E. 12354, K.2262) Onun için Ticaret Mahkemelerinin teşkil ettiği bilirkişi heyetlerine seçilen teknik bilirkişilerin bu yöndeki görevi önem kazanmış bulunuyor. Son yıllarda da ekonomik krizler nedeni ile Ticaret Mahkemelerine iflas davaları sık sık gelmektedir. Bu hesaplamalar yapılırken duran varlıklar arasında bulunan nakil vasıtaların rayiç değerlerinin, bilanço kaydi değerlerinin altında olduğunu da unutmamak gerekir. Aynı husus demirbaş eşya için de geçerlidir. Bunlarında rayiç değerleri kaydi değerlerin altındadır.

Ticaret mi, Yoksa Öğretim üyeliği mi?

1960 lı yılların ortalarına doğru, iki yılı aşkın bir süre yurt dışında kaldıktan sonra Türkiye ye döndüğüm zaman, bir gün üniversitedeki odamda otururken son sınıfa geçen bir öğrencim bana gelerek yanımda diploma trava-

yını yani mastır tezini yapmak istediğini ve kendisini kabul etmemi istedi. Bu öğrencim İngilizce ve Fransızca dillerini de Türkçe kadar iyi bilen biri idi. Ben kendisini kabul ederek tez konusu verdim ve durumu da Dekanlığa bildirdim. Zaman zaman bana gelerek çalışmalarını gösterip kendisini yönlendirmemi de ihmal etmedi. Yıl sonu tezi bitirerek teslim etti. Fevkalade bir tez hazırlamıştı. Mezun oldu. Tez sınavını yaptığım gün, kendisinden yanımda asistanım olmayı isteyip istemediğini sordum. Kendisinin sınıf arkadaşlarına göre iki yıl geç mezun olduğunu, zira okurken bir şirket kurup turizm işleri de yaptığından bu gecikmenin meydana geldiğini, asistanım olmayı da seve seve kabul edeceğini, fakat bu arada bu şirketle ilgili işleri yoluna koymasının gerektiğini belirtti. Ben de mevcut kadroyu bir müddet tutacağımı ve başka bir tayin yapmayacağımı belirttim. Benden iki aylık bir süre talep etti ve bu süre içinde de boş zamanlarında bana gelmeyi ihmal etmedi. İki ay sonra geldi ve tayinini yaptım. Asistan olarak çalışmaya başladı. Asistan olarak aldığı maaşın, şirketindeki kazancın yanında devede kulak olduğunu da biliyordu. Bunu bir gün de bana karşı kullanmadı.

Şimdi bu zatın doktora çalışması ile ilgili bir anıyı yazmada fayda var. O sıralarda TÜBİTAK yeni kurulmuştu. Daha doğrusu ben yurt dışında iken kurulmuş bulunuyordu. TÜBİTAK'ın bilimsel çalışmaları desteklediğini ve kendisine sunulan çalışmalarını kabul ettiği zaman da mali yardımda bulunacağını öğrendiğim zaman, bu asistanımın doktora çalışmaları için TÜBİTAK'dan mali destek talebinde bulunmak için doktora çalışmasına ait projeyi teklif ettim. Çalışmanın konusu tamamen makine mühendisliği dalında olan kaynak teknolojisine aitti ve "Elektrik ark kaynağında ksymsktsn sonrası cürufun kolaylıkla kalkmasına etki eden faktörlerin etütü" idi. Çalışmayı TÜBİTAK'a sunduktan epey sonra birgün, sabahleyin üniversitedeki odama Ankara dan iki profesörün gelerek bu proje ile ilgili inceleme yapmak istediklerini yani bu projenin hakemleri olduğunu belirttiler. Memnun olduğumu ve kahvelerimizi içerken kendilerinden mesleklerini sordum. Memnun olduğumu ve kahvelerimizi içerken kendilerinden mesleklerini sordum. Aldığım cevap gayet enteresandı. Biri Eczacı Profesör diğeri de Ziraat Mühendisi Profesörü idi. Kendilerine kaynak elektrotları hakkında ne gibi fikirleri olduğunu sorduğumda da, bana kaynak elektrodunu görmediklerini dahi söylediler. Bu dönemde ben aynı zamanda, o tarihlerde Türkiye de tek olan İsviçre Lisansı ile elektrot imal eden bir fabrikanın da teknik danışmanlığı yapıyordum. Bu profesör arkadaşlara eğer vakitleri varsa, kendilerini bir elektrot fabrikasına götürerek evvela elektrodu tanımlarının yerinde olacağını teklif ettim ve onlarda bunu kabul ettiler. Bunun üzerine hem şirketin ortağı hem de fabrikanın genel müdürü olan zatı arayarak, öğleyin kendilerine geleceğimizi ve öğle yemeğininide orada yiyeceğimizi söyledim. Daha sonra hep birlikte elektrot fabrikasına giderek, bu zatlara önce elektrodu tanıttık daha sonra da öğle yemeğimizi yedik. Bu anı, memleketimizde kurumların, konulara verdiği önemi ve uzmanlığın derecesini anlatmak bakımından

gayet güzel bir örnektir. Hiç olmazsa bu konunun incelenmesi için asıl mesleği makine mühendisi olan iki öğretim üyesi gönderilebilirdi.

Üç sınıf arkadaşın öyküsü

Bu üç kişiden biri bu satırların yazarı olan benim (Akademisyen), diğeri 1961 yılında Adalet Partisi kurucusu ve Genel Başkan Yardımcısı olup, 1983 yılına kadarda parlamenter olan ve bu dönemlerde zaman zaman Enerji ve Tabii Kaynaklar, Sanayi ve Sanayi Teknoloji Bakanı olan Mehmet Turgut ve üçüncü kişide Memleketimizde ve Yurt Dışında çeşitli hizmetler veren İdris Yamantürktür.

Mehmet Turgut ile İTÜ Makine Fakültesi'ne girdiğimiz 1946 yılında tanıştık. Daha arada bir sacayağı gibi üçlü grup haline gelmemizi sağlayan ve Elektirik Fakültesine giren İdris Yamantürk ile grubumuz tamamlandı. Üçümüzde Anadolunun çeşitli yerlerinden Urfa, Kilis ve Rize'den İstanbul'a ve lise öğrenimini de bu şehirlerin dışında yapan kişilerdik. Zira o tarihlerde memleketlerimizde lise yoktu. Lise öğrenimi de zaten leyli mecanni olarak yapmışlardı ve üçü de liselerini sınıf birincisi olarak bitirmişlerdi.

Üçü de Üniversiteye istedikleri fakültelere girmişti. Fakat yüksek öğrenimi yapacak maddi güçleri yoktu. Bu üç arkadaşın okuyabilmesi için bir yerden burs almaları gerekiyordu. Üçü de Sümerbank'dan burs alma imkanını buldu ve böylece de okuma imkanları doğdu.

Üniversiteye başladığımızda bu üç arkadaş birlikte önce Beşiktaş sırtlarındaki bir ahşap evin birinci katındaki küçük bir odada, pansiyoner olarak birlikte kaldık. Odada ahşap bavullarımızı koyabileceğimiz bir gömme dolap, bir küçük komodin ve bir duvar dibinde Mehmet Turgut la ayak ayağa yatabileceğimiz iki karyola, karşı duvar dibinde de İdris Yamantürk için bir diğer karyola vardı Odanın cumbalı penceresi Beşiktaş Abbasağa parkına bakıyordu. Öğle ve akşam yemeklerini şöyle böyle geçiştiriyorduk amma, sabahları Beşiktaşta Bulgar Sürçüye gider, orada kahvaltı olarak önümüze konulan süt, beyaz peynir ve zeytini yedikten sonra da yaklaşık 45 dakikalık bir zamanı alan Dolmabahçe yolunu yürüyerek İTÜ'ye giderdik. O zamanlar Dolmabahçeden yukarıya yani Taksim'e doğru çıkan merdivenler yoktu. Yokuş olan toprak ve taşlı bir yol vardı. Her sabah bu yokuşu tırmanırdık. Daha sonra Sümerbank'tan aldığımız burslar bağlandığında, önce Kumkapı Kadırda Talebe Yurdu'na geçtik.

Bizler için o günlerin anısı çok büyüktür. Acıyı ve sevinci hep birlikte paylaşırdık. Gün olur olmayacak şeye güler, gün olurdu yine olmayacak bir şeye üzülürdük. Bu üç arkadaş yüksek öğrenimden sonra farklı farklı alanlarda çalıştı ve memlekete faydalı oldu. Üçünün de yüreği memleket sevgisi ile dolu vatansever ve idealist arkadaşlardı. Üçü de kendi alanlarında unutulmayacak hizmetler yapmıştır.

Bu anı, Mehmet Turgut`un 01.07.2009 tarihinde vefatından sonra, eşi Sayın Türkan Turgut`un “Mehmet Turgut`un ardından” adı ile hazırlayıp 2010 yılında bastırıldığı kitaba yazdığım “63 Yıllık Sınıf Arkadaşam Mehmet Turgut” adlı anıdan özetlenerek alınmıştır.

HUKUKTA UZMANLIK

Av. Hakan DİNÇ¹

Meslek sorunlarına dair konuşmalarımızda yakındığımız bir çok konu var: Avukatların yoksullaştığı, avukatların toplumda ve adliyelerde saygınlığını kaybettiği, kendi haklarını savunamaz hale geldiği ve sair (bunlara yüzlencesini ekleyeceğinizden eminim) mahkemelerde adaletin tecelli etmediği, yargılamaların uzun sürdüğü,

bunlardan sadece birkaçı.

Malum olduğu üzere hukukun bir çok uzmanlık alanı bulunmasına rağmen biz avukatların faaliyet ve uzmanlık alanını belirleyen ve sınırlayan herhangi bir uzmanlık düzenlemesi bulunmamaktadır. Çok sayıda meslektaşımız, " Ne iş olsa yaparız" mantığı ile meslek hayatına devam etmektedir.

İş hayatında hep denildiği üzere her işi yapan esasında hiçbir iş yapamaz. Çünkü bir kişinin bir birinden farklı uzmanlık gerektiren alanlarda yetişmiş ve uzman olması mümkün değildir. Derya deniz olan Hukuk Biliminin her alanında bilgi sahibi olmak ise biz uygulayıcı hukukçulardan (Avukat, Hakim, Savcı) beklenmektedir. Bu yük çoğumuzu ezmekte uzmanlık gerektiren değişik hukuk alanlarındaki sorunların çözümünü zorlaştırmakta, adaletin geç tecellisine sebep olmakta ve kimi zaman sorunun çözümünde uzman olmayan meslek mensuplarının (Hakim, Savcı, Avukat) bilmeyerek sebep oldukları adaletsizliklere sebep olmaktadır.

Bazı Meslektaşlarımızın kişisel beceri, tercih ve işlerinin yönlendirmesi ile uzmanlık alanlarına yöneldiklerini ve bunların tamamının ekonomik olarak güçlü bir yerde ve nispeten daha saygın bir konumda olduklarını, mesleklerini yaparlarken daha az yorulduklarını ve meslekten bıkkınlıklarının daha az olduğunu görmekteyim.

Birçok meslekte uzmanlık alanları oluşturulmakta ve uygulanmakta iken Hukukta uzmanlık alanları bulunmamaktadır.

Mesleğe başlayan her Avukat ruhsatı aldığı andan itibaren Ağır Ceza, Ceza, Aile, Ticaret, İcra, Fikri ve Sınai, Gayrimenkul, Kadastro, Deniz Ticareti, Si-gorta, İdari yargı, vergi, Sözleşme, İş Hukuku, ihale, Şirket danışmanlığı ve sair avukatı olmakta ve her alanda bilgi sahibi olması kendisinden beklenmektedir. Aynı şekilde Hakimlerde mesleğe başladıklarında bir bakmışsınız Boşanma, gayrimenkul, icra, Ticaret, İş, davasına bakıyor, birde bakıyorsunuz

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

ceza hakimi olmuşlar ceza davasına bakıyorlar. Savcılarda aynı şekilde değişik uzmanlıklar gerektirmesine rağmen her türlü soruşturmayı yürütmekteler.

Hiçbir tecrübe ve bilgisinin olmadığı bir konuda dava alan avukat, dava açtığı ve sair işlemleri takip ettiğinde tecrübe ve bilgisizliğinden dolayı adeta memurların, hakimlerin ve savcılarının gazabına uğramakta ve buda yetmiyor-muş gibi müvekkili ile de bir çok sorun yaşamaktadır. Bu tür sorunları sizlerin tecrübeleriniz ile çoğaltacağına inanıyorum. Aynı şekilde bilgi ve tecrübesi bulunmayan hakim ve savcılarının elinde uzayıp giden dava ve soruşturmalar ile bunların sonucunda adalete olan inancı derinden sarsan yargı kararları hepimizin ortak sorunudur.

Adalet sistemindeki sorunların çözümüne dair çalışmalar var fakat yetersiz. Sorunları günlük çözüme kavuşturmaya yarayan her metod günü kurtarmakta soruna köklü ve devamlı çözümler getirmemektedir. Son dönemde kanunlarda yapılan değişikliklere rağmen net çözümlere ulaşamaması bunun göstergesidir. Kanunları değiştirmek ve modernize etmek gerekir fakat bunlardan önce kanunları uygulayan insanları modernize etmek ve yetiştirmek gerekmektedir.

Adalet sistemindeki aksaklıkları gidermek için çözüm önerim Hukukta Uzmanlık (siz başka bir isim de verebilirsiniz) sisteminin ivedilikle getirilmesidir.

Hukukta Uzmanlık Kavramının esası: Hukuk Fakültesi mezunlarının da belirlenecek alanlarda uzman olması ve uzmanlık belgesi olmayan Avukatın, Hakim ve Savcının uzmanlığı gerektiren işte görev alamamasının kurala bağlanmasına dayanmaktadır.

Hukukta uzmanlığın uygulandığı sistemde, örnek olarak: İş hukuku alanında Uzmanlık Belgesine sahip avukat iş davasından kaynaklı tazminat davası sonuçlandığında avukatın işi karar ile bitmekte, kararın infazı icra avukatı tarafından gerçekleştirilmektedir. Aile Hukuku alanında uzmanlık belgesine sahip bir avukat taraflar arasındaki boşanma davasına bakabilirken eşler arasındaki ceza davasına bakamayacaktır. Ölümlü ve yaralamalı bir Trafik kazası sonucunda Ölüm ve yaralamadan dolayı açılan ceza davasına ayrı bir avukat, Tazminat davasına ayrı bir avukat, sigorta rücu işlemlerine ayrı bir avukat kararların icrasına ayrı bir avukat bakacaktır. Aynı şekilde Aile Hukuku alanında uzmanlığa sahip bir hakim Gayrimenkul davasına bakamayacaktır. Ya da Gayrimenkule ilişkin bir davaya bakan hakim, İş davasına ya da Fikri ve Sınai haklara ilişkin bir davaya bakamayacaktır.

Şimdiki sistemde hakimlerin adının önüne ne unvan koyarsanız saniyede o konuda uzman olup karar veriyorlar: Bugün Asliye Ceza Hakimi olan Ali Bey yarın Sulh Hukuk Hakimi ya da İcra Hakimi Ali Bey olabiliyor. Aynı şekilde Aile mahkemesindeki duruşmadan çıkan Avukat (yani aile hukuku Avukatı)

Beş dakika sonra bir üst katta Gayrimenkul avukatı yada ceza Avukatı olabiliyor. Bu mevcut sistem adalet arayanların adalet karşısında eşit şekilde temsil edilmesini de önlemektedir. Konusunda uzman bir hukukçu ile uzman olmayanın temsil kabiliyetinin eşit olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Hukukta uzmanlık ile konusunda uzman hukukçuların elinde davaların çok daha kısa sürede sonuçlandırılacağına da yürekten inanıyorum. Hukukta uzmanlık yalnız avukatlar için değil hakim, savcılar ve danışman hukukçular içinde gereklidir. Meslek hayatımda davayı gören hakimin dava konusu olaya ilişkin hukuki bilgiden yoksun ve tecrübesiz olduğunu bir çok davada gördüm. Bana göre uzayıp giden ve bir türlü karara bağlanamayan davaların en büyük sebebi iş yükü olmayıp, davaların uzman olmayan kişilerin eliyle yürütülüyor olmasıdır.

Ben birçok müvekkilime uzmanlık alanım dışındaki davaları takip etmem hususunda ısrar ettiklerinde şu örneği veriyorum: “Siz kalp cerrahına beyin ameliyatı olur musunuz? Olmazsınız... Benden de uzman olmadığım bir alandaki davaya bakmamı istemeyin.” diyorum ve devamında, “Yarım imam dinden, yarım doktor candan, yarım avukat insanı malından ya da hürriyetinden eder”, deyip siz bu konuda uzman bir meslektaşımın görüşünü diye yönlendirmede bulunuyorum.

Sonuç yerine yazıyı okuyan meslektaşlarımdan iyi tamam güzelde Hukukta Uzmanlık uygulamasına nasıl geçilecek dediklerini duyar gibiyim. Değerli görüş ve katkılarınızı sunmanız umudu ile nasıl uzmanlığa geçileceğine dair yüzeysel görüşlerim aşağıdaki gibidir.

Baroya kayıtlı avukatların hepsine bir süre tanınarak belirlenecek sürede uzmanlık dallarından birini sınavsız seçmeleri ve bundan sonra yalnız bu uzmanlık alanında faaliyet göstermeleri, Uzmanlık alanını daha sonra değiştirmek isterlerse farklı uzmanlık alanı için sınava girip uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra değiştirmek istediği alanda uzman Avukat olarak faaliyet göstermeleri,

Avukatlık stajının kaldırılması bunun yerine yeni mezunların Hukukta Uzmanlık sınavına tabi tutularak uzmanlık alanında eğitim almaları ve uzmanlık eğitimi sonucunda uzmanlık alanında faaliyet göstermeleri,

Hukukta uzmanlık sınavını kazanamayan avukatlara belirli sayıda yada belirli bir yaşa kadar uzmanlık sınavı hakkı tanınarak bu süreçte uzmanlık alanı dışında tutulabilecek mesela icra hukuku alanında faaliyet gösterebilme hakkı tanınmalı,

Uzmanlık eğitiminin Hukuk Fakülteleri ve Baroların işbirliği ile gerçekleştirilmesi, eğitim için gerekli kaynağın trilyonlarca liranın biriktiği Baro pulundan elde edilen gelirden karşılanması,

Yasa ile uzmanlığın düzenleneceği döneme kadar ve hem de sisteme alt yapı oluşturması amacı ile İstanbul Barosu ve Üniversitelerin işbirliği ile açılacak uzmanlık kursları ile Uzmanlığın yaygınlaştırılması ve bunun basın yolu ile topluma tanıtılması ve uzman avukatların tercih edilir hale gelmesinin sağlanması.

CULPA IN CONTRAHENDO

Hakan KARAKURT

1. Giriş

Borçlar Hukuku'nda tarafların sözleşme serbestisi bulunmaktadır ve herkes kanunlarda belirtilen şekil ve geçerlilik şartlarına uyarak sözleşme ifa edebilir. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin bütün unsurlarının tamamlanıp, tarafların irade beyanlarının karşılıklı olarak uyuşması gereklidir. Taraflar sözleşme kurarken MK m.2'ye göre iyi niyet ve dürüstlük kuralları dahilinde hareket etmek, birbirlerini zarara uğratacak hareketlerden kaçınmak ve bu yükümlülüklerini sürdürmek zorundadırlar.

Taraflar kusuru olsun veya olmasın sözleşme kurulmadan sözleşmenin ifa edilmesine engel olabilirler. Bu ifa engeli nedeniyle karşı tarafın zararı doğabilir ve bu zararın tazminini talep edebilir. Taraflardan biri sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine karşı dürüstlük kurallarına aykırı olarak, aralarındaki güven ilişkilerini ihlal etme suretiyle davranmaları sonucu bir zarar verirse bundan doğan zararlardan sözleşme kurulmuş gibi sorumlu olacaktır¹.

Bu makalede Culpa in Contrahendo'nun tanımından, şartlarından, hukuki niteliğinden doktrindeki çeşitli görüşler ve ilgili Yargıtay kararları çerçevesinde bahsedeceğim.

2. Culpa in Contrahendo

Culpa in contrahendo sözleşme görüşmelerinde kusur anlamına gelmekte olup ünlü Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yazdığı makaleyle modern hukuka kazandırmış olduğu bir sorumluluk biçimidir. Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış ifade eder culpa in contrahendo.²

23.05.2005 tarihli Yargıtay 4. HD.'nin kararında culpa in contrahendo "akit müzakeresi sırasında kusurlu davranış"³ olarak ifade edildiği gibi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2004 tarihli kararında ise "**z**" olarak ifade edilmiştir.⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2010 tarihli verdiği kararında ise culpa in contrahendo "**sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasın-**

1 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, İstanbul, 2009, s.1083

2 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, XII Levha, Cilt 1, İstanbul, 2010, s.909

3 Yarg.4.HD., 23.05.2005, 2004/10082

4 Yarg.19.HD., 30.11.2004, 2004/4912

da taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (MK. m. 2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluk” olarak tanımlanmıştır.⁵

Yine aynı kararda şöyle bir ifade yer almıştır culpa in contrahendo kavramıyla ilgili: **“Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir.”**⁶

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında, görüşmelerin başlamasıyla birlikte aralarında bir hukuki güven ilişkisi kurulur. Taraflardan birinin MK m.2 çerçevesinde dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine sözleşme kurulamamasıyla birlikte zarara sebebiyet vermesinden doğacak olan sorumluluk culpa in contrahendo sorumluluğu olup görüşmeler sırasında kusurlu davranışla karşı tarafa verilen zararın tazminini gerektirir.⁷ Yargıtay 13.HD.’nin 13.11.1995 tarihli kararında şu ifadeye yer verilmiştir sözleşme görüşmelerinin niteliği hakkında: **“Akit kurulmadan önce taraflar, aktin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur.”**⁸

Yargıtay 19.HD.’nin 30.11.2004 tarihli kararında culpa in contrahendo tanımını dürüstlük kuralları açıklanarak şu şekilde yapılmıştır: **“Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine**

5 Yarg.HGK., 01.12.2010, 2010/13-593

6 Yarg.HGK., 01.12.2010,2010/13-593

7 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1084

8 Yarg.13.HD., 13.11.1995, 1995/9375

uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”⁹

Yargıtay 13.HD.’nin 13.11.1995 tarihli kararında ise **“Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel’in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştigal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.”** ifadesiyle culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında dürüstlük kuralının rolü bir kez daha çizilmiştir.

Sözleşme görüşmeleri sırasında yapılan bazı kusurlu davranışlar sonucu ortaya çıkan talepler kanuna dayandırılmıştır. Örneğin hile veya ikrahla sözleşme yaptıranın BK m.31/2 sorumluluğu, kusuruyla hataya düşüp sözleşmeyi hükümsüz kılan tarafın BK m.26 sorumluluğu gibi. Ancak sözleşme görüşmeleri sırasındaki birtakım kusurlu davranışların sonucunda istenebilecek talepler ise yasa koyucu tarafından ifade edilmemiştir. İstenecek tazminatın kapsamına zaten aşağıda değineceğiz.

Taraflar arasında bir sözleşme kurulurken iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış sonucunda zarar görenin tazminat talep etmesini sağlamak için böyle bir sorumluluk kalemi ortaya çıkmıştır. Çünkü ortada sözleşme olmasa da sözleşme görüşmeleri mevcuttur ve taraflar dürüstlük kuralları çerçevesinde birbirlerine karşı yükümlülüklerle sahiptir.¹⁰ Sözleşme kurulduğu takdirde ise tarafların culpa in contrahendo yükümlülükleri sona erer. Yani culpa in contrahendo sorumluluğu için sözleşmenin kurulamamış olması gereklidir. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu sadece taraflarla sınırlı olacaktır.

3. Şartları

Culpa in contrahendonun özel ve genel şartları vardır. Özel şartlara baktığımızda öncelikle bir güven konusunun varlığı söz konusu olmalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüst davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyetle görüşmelere katılmayı, sözleşmenin yapılması ve şartlarının tespiti hususundaki kararlara tesir edecek noktalarda gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi kapsamaktadır. Güven konusunun varlığı ise sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde birbirlerine karşı sorumlu olmalarından doğmaktadır.¹¹ Güven uyandırıcı

9 Yarg.19.HD., 30.11.2004, 2004/4912

10 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1083

11 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, XII Levha, Cilt 2, İstanbul, 2010, s.1659

davranış yazılı veya sözlü olabileceği gibi yapılan olumlu bir hareketle de yan-
sıyabilir. Örneğin “ perde ölçüsü almak için eve gelen perdecı ev sahibi açısın-
dan herhangi bir kişi değil, muhtemelen kurulacak bir sözleşmenin tarafı ve
görüşmecisidir. Perdecinin ev sahibi karşısındaki bu pozisyonu başlı başına
bir güven konusu teşkil eder.”¹²

Bu noktada kişiye bağlanan güvenle o kişinin iyi niyet ve dürüstlük ku-
ralları dahilinde hareket edeceğine ilişkin bir beklenti doğurmaktadır. Ayrıca
doktrinde güven varlığı hali hazırda mevcut ve hukuken mümkün olmalı. Gü-
venen kişiyi bu doğrultuda tasarrufa yöneltecek nitelikte olmalıdır.¹³ Güven
konusuyla ilgili 07.02.2001 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında
şöyle denmiştir: “**Sözleşmelerden her biri, ötekinin çıkarlarına özen
gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasına ket vuran ya da karşı
yanın amacını zarara uğratacak olayları bildirme, onun, doğabilecek
zararlarını engelleme zorundadır. Bu zorunluluk, muhatabın güvenini
sarsmamayı, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde onda umut
uyandırmamayı da içerir.**”¹⁴

12.03.1997 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise “ **görü-
meler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkın-
da birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması,
birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için
gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir.
Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp gö-
rüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişki-
sini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.**”
ifadesine yer verilmiştir.¹⁵

Yargıtay 19. HD.’nin 01.12.2005 tarihli kararında ise “ **Taraflar yüküm-
lülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması
ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri tak-
dirde bundan doğan zararlardan sorumludurlar.**” ifadesine yer vererek
sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan güven ilişkisi ihlali sonucunda
bir zarar meydana geldiğinde zarar veren taraf culpa in contrahendo kapsa-
mında sorumlu tutulacağını belirtmiştir.¹⁶

Yargıtay 13.HD.’nin 21.05.1992 tarihli kararında ise tarafların culpa in
contrahendo sorumluluğu kapsamında birbirlerine karşı yükümlülüklerinin
önemi şu şekilde ifade edilmiştir: “**Davalı otel binasını davacıya kiraya**

12 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Culpa in
Contrahendo, 2007

13 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in
Contrahendo

14 Yarg.HGK., 07.02.2001, 2000-13-1729

15 Yarg.HGK., 12.03.1997, 1996/13-850

16 Yarg.19.HD., 01.12.2005, 2005/2865

verdiğine göre, binanın iskan raporunun alınmasını sağlamak gibi sözleşmenin, asli bu edimi ile yükümlü olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, kira sözleşmesi akdedilirken iskanın bulunmadığını davalı davacı kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorundadırlar. Zira, yanlış görünüm yaratmak en azından doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2) aykırıdır.¹⁷ Yani taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında dürüstlük kuralları çerçevesinde ortaya çıkan koruma yükümlülüğünü karşı tarafın güveni hilafına dürüstlük kurallarına aykırı olarak yerine getirmeze ve bu nedenle bir zarar meydana gelirse zarar veren taraf culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sorumlu olacaktır.

İkinci özel şart ise **“mevcut güvenin normatif anlamda korunmaya değer olmasıdır.”** Mevcut güvenin normatif anlamda korunmaya değer olabilmesi için MK m.2 ve m.3 çerçevesinde iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun bir güven olması gerekiyor. Zaten güven sorumluluğu, korunmaya değer bir güven uyandırmalı ve bu güvenin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde, ihlal eden kişinin karşı tarafı zararını karşılaması gereklidir.¹⁸ Güvenen kişinin iyi niyetli olması gereklidir, ancak güvenen kişi güven konusu varlığı biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa bu noktada iyi niyetin varlığından söz edemeyiz.¹⁹

Bir diğer özel şart ise tamamlanmamış bir sözleşme olmasıdır. Sözleşme tamamlandıktan sonra yapılan ihlaller sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ihlaller yine BK. m.96 vd. kapsamında değerlendirilecektir. Tarafların sözleşme yapma iradelerinin de olması gereklidir. Ayrıca sözleşme kurulmuş olsa bile görüşmelere sırasındaki kusurlu davranışla bir zarar ortaya çıktığında o zararın tazmini gereklidir.²⁰

Taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. Söz konusu iyi niyet ve dürüstlük kuralları dahilindeki davranışlar beraberinde karşılıklı güveni de gerektirecektir culpa in contrahendo bakımından.²¹ Bu güvenin taraflardan birinin MK m2/1 ve m.3 çerçevesinde iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kusurlu bir şekilde ihlal edilmesiyle ve böylece diğer tarafın zarara uğraması halinde culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilebilir.

17 Yarg.13.HD., 21.05.1992, 1992/2492

18 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, Cilt 2, s.1661

19 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

20 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, Cilt 2, s.1658

21 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

Culpa in contrahendonun genel şartları zarar, kusur ve zarar ile kusur arasındaki uygun illiyet bağıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle tazminat alınabilmesi için ortaya bir zararın ortaya çıkması gereklidir. Doktrinde zarar kavramı kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca kişiye veya şeye verilen zararlar da culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin ettirilir.²² Zarar kavramıyla ilgili 01.12.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararında “**Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.**” ifadesine yer verilerek sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine karşı MK.m.2 çerçevesinde sorumlu olan taraflardan biri kusuru hilafına diğer tarafa zarar verirse, o zarardan sorumlu olacaktır.²³

İkinci genel şart olan kusurda ise zarar verenin kastıyla veya ihmaliyle hareket etmesi sonucu karşı tarafa zarar vermesi halinde zarar verenin kusurunun söz konusu olduğundan bahsedilebilir.²⁴ Kusurlu zarar veren taraf bu zarardan sorumlu olacaktır. Yargıtay 19.HD.’nin 01.12.2005 tarihli kararında kusur şartıyla ilgili şu ifadeler yer almaktadır: “**Taraflar yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.**”²⁵

Culpa in contrahendo sorumluluğunun son genel şartı ise sorumluluğun hukuka veya borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır. Yani sözleşme öncesi yükümlülük ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi olmak zorundadır.

22 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

23 Yarg.HGK., 01.12.2010, 2010/13-593

24 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

25 Yarg.19.HD., 01.12.2005, 2005/2865

4. Culpa in contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği oldukça tartışmalı olup bu konuda çeşitli görüşler vardır. Bu görüşlerin dayandığı sorumluluk kalemleri haksız fiil sorumluluğu, borca aykırılık ve borçlu temerrüdüdür.²⁶ Doktrin ve uygulamada borca aykırılık görüşü baskın olmakla birlikte diğer görüşleri de incelememiz faydalı olacaktır.

4.1. Haksız Fiil Sorumluluğu

Bu görüşe göre ortada henüz sözleşme olmadığı için taraflar arasında akdi bir ilişki söz konusu değildir. Bu görüşe göre taraflar sadece sözleşme görüşmelerine başlamıştır. Ortaya çıkan zarar sözleşme öncesi bir davranıştan kaynaklanmıştır. Haksız fiil kuramının dayanağı sözleşme kurulmadan sözleşmesel sorumluluğun bulunmadığı durumlarda, culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıktığında sözleşme kurulmamış olduğu için, bu noktada kusurlu hareketle ortaya çıkan zararın tazmini sadece haksız fiille söz konusu olabilir. Bu nedenlerden dolayı bu görüşe göre culpa in contrahendo sorumluluğu haksız fiil kapsamında değerlendirilmiştir.²⁷ Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi bu sorumluluğu önceleri borca aykırılık sorumluluğu olarak kabul etse de sonradan borca aykırılık sorumluluğu olması halinde olacak 10 yıllık zamanaşımı (BK m.125) hukuksal güvenliğe ters düşebileceğinden culpa in contrahendo sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. (BK m.41)²⁸

Haksız fiil sorumluluğunu şartları ise hukuka aykırılık, zarar, kusur ve kusur ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır. (BK m.41) Ayrıca haksız fiil sorumluluğunda tazminat talebi için zamanaşımı süresi BK. m. 60'a göre 1 yıldır.

4.2. Borca Aykırılık Sorumluluğu

Doktrinde ve Yargıtay'da kabul edilen bu görüşe göre taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında henüz sözleşme kurulmasa da hukuki bir sorumluluk altına girmişti ve tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde birtakım yükümlülükleri vardır.

Kusuruyla dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek diğer tarafa zarar verenin davranışının sorumluluğu borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmalıdır.²⁹(BK m.96) Böylece zarar veren taraf kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir. Bu sorumluluk kaleminde ise tazminat talebi 10 yıllık bir zamanaşımına tabi olacaktır. (BK m.125)

26 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, 2007, İstanbul, s.322

27 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

28 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 323

29 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.324

4.3. Borçlu Temerrüdü Sorumluluğu

Bu görüşte ise dikkat çekilen nokta borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ortaya koyması ve vadesi gelmese de borcun vadesi gelmiş gibi kabul edilmesidir. Bu noktada alacaklı borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde haklarını kullanabilecektir.³⁰(BK m.106-108) Bu haklar derhal fesih, zarar ve ziyanın tazmini ve aynen ifadır.

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında borçlu vadeden önce borcunu ifa etmeyeceğini irade beyanıyla ortaya koyması halinde alacaklının beklemek zorunda kalmadan BK m.96'ya göre zararının tazminini talep etmesi görüşü baskındır.³¹ Bu baskın görüşe göre dürüstlük kuralı temelinde bir borç ilişkisi doğması nedeniyle, borca aykırılığa ilişkin hükümler culpa in contrahendoda uygulanacaktır. Keza culpa in contrahendo sorumluluğunu ilk defa ortaya atan Alman hukukunda da culpa in contrahendo sorumluluğu borca aykırılık hükümlerine bağlanmıştır.³²

Yargıtay kararlarına baktığımızda da culpa in contrahendonun hukuki niteliğiyle ilgili genel görüşün borca aykırılık sorumluluğuna ilişkin olduğunu görüyoruz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği 2010/13-593 Esas No, 2010/623 Karar No ve 01.12.2010 tarihli kararda şu ifadeye yer verilmiştir: **“Diğer taraftan taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.**“³³

Yargıtay 19. HD.'nin 30.11.2004 tarihli kararında ise **“ Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdın muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdın muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle**

30 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.325

31 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.327

32 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, s.912

33 Yarg. HGK., 01.12.2010, 2010/13-593

kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar."³⁴ ifadesine yer verilmiştir.

Yargıtay 19.HD.'nin 28.04.2005 tarihli verdiği kararında ise "**Dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa da dayanılmıştır. Doktrinde "culpa in contrahendo" olarak adlandırılan bu tür sorumluluğun da tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur.**"³⁵ denilmiştir.

Görüldüğü gibi Yargıtay içtihatlarında culpa in contrahendo sorumluluğu borca aykırılık sorumluluğu (BK m.96) temelinde nitelendirilmiştir.

Ben de bu konuda culpa in contrahendo sorumluluğunun borca aykırılık sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü ortada her ne kadar tamamlanmış bir sözleşme olmasa da sözleşme görüşmelerinde tarafların niyetleri ve irade beyanlarıyla zımnen de olsa kurulmuş olarak nitelendirebileceğimiz bir sözleşme söz konusudur. Kurulacak bu sözleşmeyle ilgili taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak vereceği bir zarardan o tarafın sözleşme kurulmuş gibi sorumlu olmasının hakkaniyete uygun olacağını düşünüyorum. Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarının karşılıklı olarak uyuşması da ortaya bir zarar çıktığında sözleşmenin kurulmuş gibi sayılacağı yönünde bir argüman olacaktır.

Ayrıca culpa in contrahendonun haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendiren görüşe de katılmıyorum. Çünkü, haksız fiilin meydana gelebilmesi için bir sözleşmenin varlığına veya sözleşme görüşmesine gerek yoktur. Culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olarak ifade edilmesinin haksız fiilin kapsamını çok genişleteceği kanaatindeyim. Ayrıca bilindiği gibi haksız fiilin gerçekleşebilmesi için 4 tane şart gereklidir. Bu şartlar **hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve kusur ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır**. Culpa in contrahendoda bu 4 şarttan **hukuka aykırı fiil** şartının olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu noktada hukuka aykırı fiilin ne olduğunun tartışılması gerekir. Doktrinde hukuka aykırı fiilin tanımıyla ilgili subjektif ve objektif teori olmak üzere 2 görüş bulunmaktadır. Subjektif teoriye göre "**zarar verici fiil, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır.**"

Objektif teoriye göre hukuka aykırılık "**kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılıktır**". Özellikle objektif teoride hukuka ay-

34 Yarg 19. HD., 30.11.2004, 2004/4912

35 Yarg.19.HD., 28.04.2005, 2005/1932

kırılık ile ilgili ortada sorun bulunmaktadır. Failin verdiği zarar söz konusu değer veya menfaatle ilgili özel bir koruma normunu ihlal etmediği durumda hukuka aykırı fiilin varlığından bahsedilemez. Yani subjektif teoriyi baz aldığımızda hukuka aykırı fiilin varlığından söz edilemeyecektir. Bu noktada culpa in contrahendo halinde haksız fiilin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, hukuka aykırı fiili açıklayan teorilerin hangisinin kabul gördüğüyle ilgilidir.³⁶ Haksız fiilin zamanaşımı süresi 1 yıl ve borca aykırılığa ilişkin taleplerin zamanaşımından oldukça az (BK m.125-10 yıl) Zira borçlar hukukunun temel amacı sözleşme ilişkileri, görüşmeleri dahilinde zarar gören kişilerin menfaatini korumaktır. Bu noktada BK m. 96 çerçevesindeki 10 yıllık zamanaşımı da menfaati sekteye uğrayan tarafın yararına olacaktır. Ayrıca doktrinde BK. m.41 sorumluluğunda hangi zarar kavramının (menfi ya da müspet) karar verici olacağı düzenlenmediği için bu noktada bir sorun olacağı düşüncesi de yer almaktadır.³⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2010 tarihli kararında da culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyeceği şöyle ifade edilmiştir: **“Tarafklar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada tarafklar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.”**

Culpa in contrahendo sorumluluk kalemlerine ilişkin bir görüş daha olan borçlu temerrüdü görüşüne de tam olarak katılmamaktayız. Çünkü borçlu temerrüdüne düşmek için borcu muaccel olması yani vadesinin gelmiş olması gerekir. Bu noktada bir muacceliyet sorunu ortaya çıkmaktadır. BK m. 106'daki derhal fesih için ortada bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Ayrıca kusurlu veya kusursuz ortada bir ifa engeli olduğu için bu noktada aynen ifayı da istemek pek makul olmayacaktır. Bütün bu nedenlerden dolayı culpa in contrahendonun borca aykırılık kapsamında (BK. m.96) değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

5. Zamanaşımı, İspat Yükü ve Kusursuzluğu İspat Etme Halleri

Yukarıda atıfta bulunmuş olduğum Yargıtay kararları ve değinmiş olduğum nedenlerden dolayı culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin borca aykırılık kapsamında değerlendirildiğini ifade etmiştim. Borca aykırılık BK. m.96'da düzenlenmiş olup buna bağlı olarak zamanaşımı ise BK. m. 125'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre zamanaşımı 10 yıldır ve BK. m.128'e göre zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar.

36 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

37 Ümit Gezder, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, s.78

Culpa in contrahendoda tamamlanmamış bir sözleşme olduğu için sözleşme olmadan muacceliyetten bahsetmek çok da uygun olmayabilir. Bu noktada culpa in contrahendonun şartlarından olan zarara bakmamızın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda zamanaşımının sözleşme görüşmelerinde, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak verilen zararın doğduğu andan itibaren başlamasının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

İspat yükü olarak ise kural olarak MK. m.6'ya göre iddia eden ispat eder ancak BK. m.96 istisna getirmiş olup, kusurlu olan taraf kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Yani zarar veren ispat yükü altındadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2010 tarihli kararında "**Davacı kusuru ispatla yükümlü değildir**" ifadesine yer vererek zarar görenden ziyade zarar verenin kusurlu olmadığını ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir.³⁸

Kusursuzluğun ispatı farklı şekillerde olabilir. Bunlardan biri "**beklenmedik hal**" ya da "**mücbir sebeptir**". Bu iki halden birinin varlığı halinde zarar veren taraf kusursuzluğunu ispat etmiş olacaktır. Bir diğer kusursuzluğu ispat etme hali ise alacaklı veya üçüncü kişinin ağır kusuru gibi nedensellik bağıni kesen durumlardır. Bu hallerde de sorumluluktan kurtulacaktır zarar veren taraf.

Ayrıca zarar veren tarafın zarar doğmaması için bütün önlemleri alması halinde yine de zarar doğduysa zarardan sorumlu olunmaz. Başka bir sorumluluktan kurtulma hali ise zarar veren tarafın herhangi bir açıklama yükümlülüğünün olmadığını somut olay çerçevesinde ispat etmesidir.

Örneğin zarar veren taraf somut olay açısından herhangi bir açıklama yükümlülüğünün olmadığını ya da sözleşme görüşmelerini yarıda bırakmalarının iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Taraflardan birinin sözleşme kurulması için esaslı bir unsurun varlığı hakkında karşı tarafı bilgilendirip, esaslı unsurun oluşmaması nedeniyle sözleşme kurulmadığından ortaya çıkan zararda da zarar veren iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde karşı tarafı bilgilendirdiği için kusurlu olmayacaktır. Son kurtulma hali ise zarar veren tarafın diğer tarafla aralarında sözleşme görüşmelerinin olmadığını ispat etmesi halidir. Bu halin ispatı halinde zarar veren sorumluluktan kurtulacaktır.³⁹

Zarar gören taraf ise zarar ile borcun hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispat ederek uğradığı zararların tazminini isteyebilir.⁴⁰ Ayrıca zarar gören taraf sözleşme görüşmelerinin varlığını da ispat etmek zorundadır. Yargıtay 19.HD.'nin 28.04.2005 tarih-

38 Yarg.HGK., 01.12.2010, 2010/13-593

39 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

40 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.340

li kararında şöyle denmiştir: “**Mahkemece yapılan yargılama, toplanan deliller ve benimsenen raporlar çerçevesinde davacı yanın sözleşmenin varlığını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın REDDİNE karar verilmiştir.**”⁴¹.

Doktrinde doğal ve uygun illiyet bağı olarak ifade edilen bu illiyet bağı neden-sonuç ilişkisi içerisinde ve bununla birlikte hayatın genel tecrübeleri ve olağan akışıyla oluşan sonucu çıkarmak için uygun olan bağıdır.⁴²

6. Culpa in Contrahendo Sorumluluğundaki Zararın Türleri ve Tazminatın Kapsamı

Sözleşme görüşmelerindeki kusurla zarara uğrayan tarafın uğradığı zararı tazmin edebileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Peki ortaya çıkan zarar ne türde bir zarar olmalı? Doktrinde üç adet zarar kaleminden bahsedilmiştir. Bunlardan ilki maddi zarardır. Yani malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Maddi zarar ayrıca kıymet noksanı, yani fiili zarar olarak ta tanımlanmaktadır. Zarar veren olay sonrasında malvarlığının aktifinde bir azalma ya da pasifinde bir artma meydana gelmesidir. İkinci zarar türü ise sözleşme dışı hukuki değerlere verilen zarardır. Belirtilmiş olduğu üzere sözleşme görüşmelerinde tarafların birbirlerinin haklarını koruma yükümlülüğü vardır.

Taraflar korumak zorunda oldukları hakkı iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak korumayıp, birbirlerine zarar verirlerse ortaya çıkan zarar sözleşme dışı hukuki değerlere verilen zarardır ve bu zarar da culpa in contrahendo sorumluluğuyla tazmin ettirilir.⁴³

Sonuncu zarar çeşidi ise manevi zarar olup, şartları gerçekleştiği takdirde BK m.47 ve 49 hükümleri çerçevesinde culpa in contrahendo sorumluluğunda manevi zararın tazmin edilmesi de mümkün olacaktır.⁴⁴

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin verdiği 28.04.2005 tarihli kararda da culpa in contrahendo sorumluluğunun tazminat talebine dayandığı ifade edilmiştir.⁴⁵

Culpa in contrahendo sorumluluğuyla güven zararı olarak tazmin edilecek olan zarar kural olarak menfi zararlardır.

Bu sorumluluğu ilk kez ortaya atan Jhering, sözleşmenin hükümsüzlüğüne rağmen meydana gelen zararın menfi zarar olup, sözleşmesel nitelikte olduğunu ifade etmiştir.⁴⁶ Türk hukukunda, mahkeme kararlarında da bu yönde kararlar verilmiştir. Bu konuda Yargıtay 15.HD.'nin verdiği bir karar vardır ve bu kararda “**Davalı müteahhitler kusurlularsa davacıların sözleşme-**

41 Yarg.19.HD., 28.04.2005, 2005/1932

42 Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1.Baskı, 2009, İstanbul, s.127

43 Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, s..120

44 Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, s.913

45 Yarg.19.HD., 28.04.2005, 2005/1932

46 Dr. Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, 2008, İstanbul, s.79,80

nin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zararı tazmin etmek zorundadırlar” ifadesine yer verilmiştir.⁴⁷

Bir diğer Yargıtay kararında ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.07.2000 tarihli kararında **“sözleşmenin yerine getirileceği inanç ve iyi niyetle yaptığı masrafları “olumsuz zarar” olarak davalı taraftan talep edebileceği, bilirkişi raporunda davacının zararları toplamının 960.419,37 DM. olarak belirlendiği gerekçesiyle dava dilekçesindeki her bir zarar talebi ile bağlı olarak 109.000 DM.’ı dava tarihinden itibaren yıllık %6 oranında temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.”**ifadesine yer vermiştir.⁴⁸

30.11.2004 tarihli Yargıtay 19 HD.’nin verdiği kararda ise şöyle denmiştir: **“Davalının geçerli sözleşme yapılacağına dair kendisinde güven oluşturulmasından dolayı yaptığı işlemler nedeniyle zarara uğrayıp uğramadığının araştırılması, varsa zararının saptanmasına karar verilmiştir.”**⁴⁹

Menfi zarar tazminiyle geçersiz bir sözleşmenin hiç kurulamamasına ya da sözleşmenin kurulacağı inancıyla yapılan harcamalara ilişkin menfaat karşılanmış olacaktır.⁵⁰ Böylece culpa in contrahendo nedeniyle istenecek tazminatın kapsamının menfi zarar tazmini olacağını ifade edebiliriz.

Kural olarak menfi zararlar tazmin edilse de istisnai durumlarda müspet zarar da tazmin edilebilir culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında. Müspet zarar, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesinden doğan zarardır.⁵¹ Olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olduğu hallerde BK m.26/2 ve m.39/2 hükümlerine göre hakimin menfi zarara değil müspet zarara hükmetmesi gerekmektedir. Ayrıca hakim BK m.43’ün tanıdığı takdir yetkisiyle menfi zararı aşan müspet zararın altında kalan bir tazminata da hükmedebilir. Somut olayda menfi zararı aşan bir tazminata hükmedebilmesinin temel şartı hakkaniyetin böyle bir sorumluluğun kabulünü haklı kılmasıdır. Bu noktada kesin bir kural konulamamakla birlikte yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali, tarafların ekonomik durumları bu hususta yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınacak kriterlerdir.⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.2001 tarihli kararında culpa in contrahendo sorumluluğunda müspet zarar talep edilebileceği şu şekilde ifade edilmiştir: **“Akit öncesi sorumluluk kurallarının geçersiz sözleşmelerde de uygulanması gerektiği geçersiz sözleşmelerden dolayı olumsuz zararın istenebilece-**

47 Yarg.15.HD., 07.05.1981, 1981/1050

48 Yarg.11.HD., 06.07.2000, 2000/5461

49 Yarg.19.HD., 30.11.2004, 2004/4912

50 R. Demircioğlu, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Culpa in Contrahendo

51 Ümit Gezder, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, s.201

52 Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, s.917, 918

ği, bu zarar kapsamında kaçırılan fırsat karşılığının da bulunduğu, olumsuz zararın bazı özel durumlarda olumlu zarar kadar dahi olabileceği, MK.'nın 2. maddesine göre akdin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hallerdeki zarar kavramları hep bu zaruretın sonucu ortaya konulan düşünce ve uygulamalardır. Bunun için uygulanması gereken kurallar, mevcut yasaların ışığında bu yasa hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.”⁵³

7. Sonuç

Sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirine karşı MK.m.2 çerçevesinde koruma yükümlülükleri olup bu yükümlülüğü kusuruyla ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlal eden taraf, zarar gören tarafa karşı sorumlu olur ve sözleşme kurulacak inancıyla masraflar yapıp zarara uğrayan taraf diğer taraftan uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Borca aykırılık niteliğinde olan bu sorumlulukta iki tarafın da sözleşme görüşmelerinde birbirlerine karşı dürüstlük kuralları çerçevesinde yükümlülüklerini sürdürdükleri takdirde, herhangi bir kusur olmadan, iki tarafın da bilmesine rağmen, bir esaslı unsurun sağlanamaması nedeniyle sözleşme tamamlanamazsa ortada culpa in contrahendo sorumluluğu olmayacağı gibi, yapılan talepler de iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır.

KOKLAMA YOLU İLE ALINAN ALKOL RAPORUNUN HUKUKİ DEĞERİ VE SİGORTA RÜCU DAVALARINDA İSPAT KÜLFETİ

Av. İsmet DEMİRAG

2918 sayılı KTK.48.Md “ Alkollü İçki, Uyuşturucu veya Keyif Verici Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı” başlığı altında “ Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeni ile güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmeleri yasaktır” hükmünü öngörmüş ve devamla uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabitasınca teknik cihazlar kullanılır” tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir, bu madde hükmüne uymayan sürücüler derhal araç kullanmaktan men edilir “ denilerek sürücülerin uyması gereken kurallar düzenleme altına alınmıştır.

ALKOLLÜ İÇKİ, UYUŞTURUCU VEYA KEYİF VERİCİ MADDELERİN ETKİSİ ALTINDA ARAÇ SÜRME YASAĞI

KTk. Madde 48 - Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmeleri yasaktır.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabitasınca teknik cihazlar kullanılır.

Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir.

Bu madde hükmüne uymayan sürücüler derhal araç kullanmaktan men olunur.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Yönetmelik ile belirlenen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; birinci defasında sürücü belgeleri altı ay süreyle geri alınır ve haklarında 265 300 000 lira para cezası uygulanır. İkinci defasında sürücü belgeleri iki yıl süreyle geri alınır ve haklarında 332 600 000 lira para cezası uygulanır ve bu sürücüler Sağlık Bakanlığınca, esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirmeye eğitime

tabi tutulurlar, eğitimi başarıyla tamamlayanların belgeleri süresi sonunda iade edilir. Üç veya üçten fazlasında ise, sürücü belgeleri beş yıl süreyle geri alınır ve altı aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır. Ayrıca, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulurlar. Bu değerlendirme ve muayene sonrasında uygun görülenlere, geri alma süresi sonunda sürücü belgeleri iade edilir. Psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri olarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır.

» 2918 Sayılı Kara Yolları Trafik Yönetmeliği Madde 97: İKİNCİ BÖLÜM

Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler İle Alkollü İçkilerin Etkisiyle

Araç Sürme Yasağı

Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler İle Alkollü İçkilerin Etkisinde Araç Sürme Yasağı

Madde 97- Uyuşturucu, uyutucu ve keyif verici gibi özelliklere sahip doğal ve sentetik psikotrop maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.

Bunlardan uyuşturucu, uyutucu veya keyif verici gibi doğal veya sentetik psikotrop madde almış olarak araç kullandığı tespit edilenler, almış oldukları maddelerin cins, miktar ve etki derecelerine bakılmaksızın araç kullanmaktan men edilirler ve haklarında Trafik Kanunu'nun 48. maddesine ve ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine göre işlem yapılır.

Uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içki almak suretiyle araç kullanan sürücülerin tespit veya teşhisinde aşağıdaki esas ve usuller uygulanır.

a) (Değişik: RG-18/05/2007-26526) Uyuşturucu veya keyif verici madde almış olanların tespiti esasları;

1) Herhangi bir uyuşturucu, uyutucu veya keyif verici ve benzeri özelliklere sahip psikotrop madde almak suretiyle araç kullandığı şüphesi uyanan sürücülerin durumları teknik cihaz kullanılmak suretiyle tespit edilir. Teknik cihaz bulunmaması halinde bu sürücüler, tıbbi yönden incelenmek, kan veya idrar analizleri yapılmak üzere, adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde ise Sağlık Bakanlığı'na bağlı tahlil yapabilecek tek-

nik ve tıbbi imkânlarla sahip olan sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç 24 saat içerisinde Cumhuriyet savcılıkları aracılığı ile sevk edilir.

2) Bu sürücülerin kan veya idrar tahlilini yaptırmak üzere yukarıdaki yerlere bizzat sevkinin mümkün olmaması halinde; olay anından itibaren en geç 24 saat içerisinde Sağlık Bakanlığı'nca yetkilendirilmiş özel ya da resmi bir sağlık kuruluşuna usulüne uygun olarak aldırılacak kan veya idrar örneği, adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde ise Sağlık Bakanlığı'na bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkânlarla sahip olan sağlık kuruluşlarına gönderilerek durum tespit ettirilir.

b) Alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı;

1) Taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücüleri alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremezler.

2) Alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinden kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanlar araç kullanamazlar.

c) (Değişik: RG-18/05/2007-26526) Alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının tespiti esasları;

1) Alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücüler; alkol tespitine ilişkin tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon (ölçümleme) ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılarak trafik zabıtası tarafından kontrol edilir.

2) Trafik kazalarında kazaya karışan sürücülerin alkol durumları, kaza tespit tutanağını tanzim eden görevlilerce, bu bendin (1) numaralı alt bendindeki özelliklere sahip teknik cihazlarla olay yerinde tespit edilerek, kaza tespit tutanağına yazılır.

3) Yaralanmalı ve ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında; yaralının durumunun aciliyeti gibi sebeplerle teknik cihazla ölçümün mümkün olmaması halinde; bu sürücülerin sevk edildikleri sağlık kuruluşlarınca kan almak suretiyle alkol tespitleri yapılır. Sevk edilen sağlık kuruluşunun kan üzerinden tahlil yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip olmaması halinde; bu kuruluşlarca alınan kan örnekleri adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde kan üzerinden tahlil yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi sağlık kuruluşlarına gönderilerek alkol tespiti yaptırılır.

4) Bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile müteceviz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi du-

rumlarda; sürücüler adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldırma suretiyle alkol tespitleri yaptırılır. Yapılan tespitin değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurularak sonuç belirlenir ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirilir.

5) Kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkânlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücüler en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, kurum hekimi tarafından alkol muayenesinden geçirilirler.

6) Yapılan tespit sonucunda belirlenen limitlerin üzerinde alkollü içki aldığı belirlenen sürücülerin Karayolları Trafik Kanunu'nun 48 inci maddesine göre, birinci defada 6 ay, ikinci defada da 2 yıl süreyle sürücü belgeleri geçici olarak geri alınır. İkinci defa geri alma süresi sonunda sürücü, sürücü davranışı geliştirme eğitimine tabi tutulur ve başarılı olması halinde belgesi iade edilir. Üçüncü defa ve fazlasında ise, bu sürücüler, 6 aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar ve belgeleri 5 yıl süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulurlar; bu süre sonunda yapılacak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi neticesinde belgesinin iadesinde sakınca bulunmayanlara sürücü belgesi iade edilir. Muayene sonucunda sürücü belgesinin iade edilmesinde sakınca bulunanlara ise sürücü belgesi verilmez.

Alkollü olarak ölümlü ya da yaralamalı trafik kazasına neden olunması halinde ağır kusurun varlığı kabul edilir.

Bu madde hükümlerine uymayanlara, Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesine göre işlem yapılır.

Karayolları Trafik Yönetmeliği 97. Md ise "Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler İle Alkollü İçkilerin Etkisiyle Araç Sürme Yasağı" başlığı altında "Uyuşturucu, uyutucu ve keyif verici gibi özelliklere sahip doğal ve sentetik psikotrop maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır." hükmünü öngörmüştür.

Bunlardan uyuşturucu, uyutucu veya keyif verici gibi doğal veya sentetik psikotrop madde almış olarak araç kullandığı tespit edilenler, almış oldukları maddelerin cins, miktar ve etki derecelerine bakılmaksızın araç kullanmaktan men edilirler ve haklarında Trafik Kanunu'nun 48. maddesine ve ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine göre işlem yapılır.

Yukarıda daha önce değindiğimiz üzere uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içki almak sureti ile araç kullanan sürücülerin tespit veya teşhisinde aşağıdaki esas ve usuller uygulanır.

a) Uyuşturucu veya keyif verici madde almış olanların tespiti esasları;

1. Herhangi bir uyuşturucu, uyutucu veya keyif verici gibi özelliklere sahip psikotrop madde almak sureti ile araç kullandığı şüphesi uyanan sürücülerin durumları tıbbi yönden incelenmek, kan veya idrar analizleri yapılmak üzere, adli tıp kuruluşu olan yerlerde bu kuruluşa, olmayan yerlerde ise sağlık Bakanlığı'na bağlı tahsil yapabilecek teknik ve tıbbi imkânlarla sahip olan sağlık kuruluşlarına sevk edilir.

2. Kan veya idrar tahlilinin yukarıdaki yerlerde yapılamaması veya yaptırılmaması halinde sürücünün yetkili bir sağlık kuruluşunda usulüne uygun olarak aldırılacak kan veya idrarı, tahlilleri yapabilecek teknik ve tıbbi imkânlarla sahip en yakın resmi sağlık kuruluşuna veya polis kriminal laboratuvarına gönderilerek durumu tespit ettirilir.

b) Alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı;

1. Taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücülerini alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremezler.

2. Alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinden kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanlar araç kullanamazlar.

Aşağıda alıntı yaptığımız Yargıtay 11.H.D nin kararından anlaşılacağı üzere Yüksek Mahkeme koklama yolu ile alkol tespiti konusunda bu tür tespitinin geçersiz olduğunu vurgulamıştır.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2003/6310 K. 2004/493 T.20.1.2004

KARAR: Davacı vekili, davalı şirket tarafından kasko sigortası yapılan müvekkili aracının kaza yaparak hasarlandığını, ancak sürücünün alkollü olduğu bahanesiyle sigorta teminatının ödenmediğini ileri sürerek, 5.500.000.000.-TL.nin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, kazanın oluş biçimi itibariyle sürücünün aldığı alkolün etkisi bulunduğunu, zararın poliçe teminatı dışında kaldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara göre, bilirkişi raporuna itibar edilme-yerek, kaza sonrasında sürücünden salt koklama yoluyla alınan alkol raporunun ispat külfetinin yer değiştirmesini sağlamayacağı, TTK.nun 1281. maddesine göre rizikonun itibar edilenden farklı bir şekilde oluştuğunun

somut deliller ile kanıtlanması yükünün davalı sigorta şirketinde olduğu, Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/6-2. maddesinde öngörüldüğü şekilde alkol oran ve miktarı açısından sağlıklı bir ölçüm yapılmadığı gerekçesiyle, davanın 4.300.000.000.-TL üzerinden kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, davacı vekili duruşmaya gelmediğinden duruşma vekillik ücretinin takdirine yer olmadığına, aşağıda yazılı bakiye 174.200.000.-lira temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 20.01.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Trafik poliçesi genel şartlarında, alkolün herhangi bir sınırından söz edilmemekte olup, taşıtın güvenli kullanma yeteneğinin kaybedilmesi sigorta ettiren bakımından sözleşmeye aykırılık hali olarak kabul edilmiştir.

Uygulamada sigorta şirketleri ZMSS ve İMSS poliçelerinden zarar görene ödediği hasar bedelinin, zararı doğuran olayın, sürücünün alkollü içki almış olması nedeni ile aracı güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş bulunmasından ileri geldiği iddiasına dayalı olarak, ZMSS Genel şartlarının 4/d İMSS genel şartlarının 4/c maddeleri uyarınca sigorta ettirenden (kendi akidinden) rücu etmesine ilişkin rücu davaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

GEÇİT HAKKI

Av. Recai ÖZTÜRK¹

Mülkiyeti; hakların niteliğine göre bölünmesinde, mutlak haklardan, sayılır.

Yeni Medeni Yasamız, bir şeyin malikine, hukuk düzeni sınırları içinde kalmak kaydı ile tam ve kendi başına kullanabileceği bir kudret tanımıştır.

Sahibine tanınan bu mülkiyet hakkı, Yasada da belirtildiği üzere bir çok nedenlerle sınırlandırılmıştır.

İşte; bu yazımda, mülkiyet hakkını sınırlandıran bir irtifaklardan (TMK. 779) bir tanesi olan ve günümüzde çok az tatbikatı olan, “**GEÇİT HAKKI**” (GEÇİT İRTİFAKI HAKKI) konusunu ele almaya çalışacağım.

Ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yola çıkışı olmaması, geçit davalarının nedenidir. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkinde mutlak **geçit ihtiyacı** veya **geçit yoksunluğu**, ikincisine de **nisbi geçit ihtiyacı** ya da **geçit yetersizliği**, denilmektedir.

“Geçit hakkı”; T.Medeni Kanunu’nun, “Taşınmaz Mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamalar” başlığını taşıyan 2. Ayırımın, “Komşu hakkı” başlığını taşıyan III. Bölümün, 747 ve 748. Maddelerinde, düzenlenmiştir.

T. Medeni Yasa’sında, geçit hakkı;

a) Zorunlu geçit hakkı,

b) Diğer geçit hakları olmak üzere, iki madde halinde düzenlenmiştir.

Buna göre; 747. Maddede düzenlenen, “ **geçit hakkı**”

a) Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik,

b) Tam bedelini vermek koşulu ile komşusundan geçit hakkı için davası açacaktır.

Bu davaya; TMK’nın, 747. maddesinin üst başlığında belirtildiği gibi “ **geçit ihtiyacı**” ya da Yargıtay’ın belirlediği gibi “**geçit yoksunluğu**” davası da denir. (Bknz.Yarg. 14. H.D. 18.11.2003 Tarih E.2003/ 6317, K. 2003/ 8221,aynı dairesinin, 04.03.2009 Tarih ve E.2009/1901 ve K.2009/ 2659 sayılı içtihatları)

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Yine; bu maddeye dayanılarak açılacak davaya ,şayet yola çıkışında “**geçit yetersizliği**” var ise; yani, taşınmazında, yolu olmasına rağmen mevcut yolun gereksinimi karşılayamazsa, malikin açacağı davaya, “**nisbi geçit ihtiyacı**” ya da “**geçit yetersizliği**” davası da denir.

Açılacak bu davalar; özünü, komşuluk hukukundan alır. Bunun doğal sonucu olarak yol saptanırken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir. Geçit gereksinimin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı; davacının, subjektif arzularına göre değil, objektif esaslara uygun olarak belirlenmeli, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan “**fedakarlığın denkleştirilmesi prensibi**” dikkatten kaçırılmamalıdır. (Bknz. Yarg. 14.H.D. T.10.03.2010, E. 2010/ 6161, K. 2010/ 7595)

Yine; Yargıtay, “**geçit ihtiyacına yönelik davaların geçit tesisinden en az zarar görecektir olana yöneltilmesi ve geçidin yüklü taşınmazlara en az zarar verecek şekilde kurulması gerekir. Zira geçit hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan bir irtifak hakkı olmakla birlikte yukarıda da değinildiği gibi özünü komşuluk hukukundan alır. Bunun doğal sonucu olarak da yol saptanırken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir.**

Geçit gereksiniminin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı davacının subjektif arzularına göre değil, objektif esaslara uygun olarak belirlenmeli, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakarlığın denkleştirilmesi prensibi dikkatten kaçırılmamalıdır.

Özellikle somut olayda olduğu gibi yüklü taşınmazı ikiye bölecek ona ekonomik olarak zarar verecek şekilde geçit kurulamaz. Belediye-nin uygulaması yapılmamış imar planı da bu şekilde geçit tesisini delil teşkil etmez. “ (Bknz. Yarg. 14. H.D. 04.02.2010 T. E. 2010/ 45, K. 2010/1010)

Yine; Yargıtay, Lehine geçit hakkı kurulacak taşınmazın “**tapuda kayıtlı niteliği ve kullanım amacı nazara alınarak**” tarım alanlarında, nihayet bir tarım aracının geçeceği **genişlikte (2,5-3 m.) geçit hakkı tesisine karar vermek**, gerektiğini belirtmiştir. (Bknz. 14. H.D. 28.06.2010 T., E. 2010/6578, K. 2010/7297, yine aynı Dairenin, 04.10.2010 T., 2010/ 9708, K. 2010/ 9738 sayılı kararları)

Ayrıca; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.12.1996 tarihli ve 1996/14-763-864 sayılı kararında da belirtildiği gibi, **tapu tahsis belgesi** bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Bu nedenle; tapu tahsis belgesi sahibine, dava açma hakkı sağlamadığı için geçit talebinde bulunamaz. (Bknz.Yarg. 14. H.D. 17.01.2011 T., E. 2010/ 13678 ve K.2011/ 73)

Yargıtay; yine, bir kararında, “Saptanan geçit nedeniyle yükümlü taşınmaz malikine ödenmesi gereken bedel taşınmazın niteliği gözetilerek uzman bilir-

kişiler aracılığı ile objektif kriterler esas alınarak belirlenmelidir. Saptanacak bedel de hükümden önce depo ettirilmelidir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bedelin saptanmasından sonra hüküm tarihine kadar taşınmazın değerinde önemli derecede değişim yaratabilecek uzunca bir süre geçmiş veya bedel tespitinden sonra yörede taşınmazın değerini artıracak değişiklikler meydana gelmiş olabilir.

Bu gibi durumlarda mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz malikinin mağduriyetine neden olmamak ve diğer tarafın hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak olası davranışlarını önlemek için hüküm tarihine yakın yeni bir değer tespiti yapılmalıdır.” Bknz. Yarg. 14. H.D. 04.03.2009 T. E. 2009/ 1901, K. 2009/ 2659)

Bilmiyorum, İstanbul’da halen yola çıkışı olmayan taşınmaz kaldı mı, ama bu ülkede her zaman, her şey olabildiğine göre, pratikte **“geçit hakkı”** davasını bilmekte yarar var sanırım.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

ISLAH • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Islaha konu talep bölümü zamanaşımı nedeniyle reddedilmelidir.

Y.HGK E:2008/4-326-119 K:2008/325 T:16.04.2008

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;

Üsküdar Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 7.12.2004 gün ve 1999/1045-2004/481 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2006 gün ve 2005/10112-2006/12226 sayılı ilamı ile; (“...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davaya konu olay 13.1.1996 tarihinde gerçekleşmiştir. Eldeki dava ise 22.11.1999 gününde açılmış ve 2.000.000.000. TL maddi tazminatın hüküm altına alınması istenilmiştir. Yargılama sırasında 25.2.2004 tarihli dilekçe ile bilirkişi tarafından bildirilen miktar itibarıyla dava konusu 19.485.911.250 TL. olarak ıslah edilmiş ve mahkemece de bu miktara hükmedilmiştir. Islah her ne kadar önceden açılan bir davadaki isteklerin somut olayda olduğu gibi fazlasını içeren bir talep ise de; daha önce açılan dava ile ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı kesilmiş olmaz. Davalı, ıslah edilen kısım ile ilgili olarak zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Islah tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu da anlaşılmaktadır. O halde ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı nedeniyle davanın reddi gerekirken istemin tümünün kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...”)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, yaralanma ile sonuçlanan trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı M. vekili, 13.1.1996 tarihinde yaya olarak yolun karşısına geçmek isteyen davacıya, davalı N.'in kullandığı 34 Y 38.. plakalı aracın çarparak yaralanmasına neden olduğunu, sonuçta davacının Sultanbeyli Devlet Hastanesince düzenlenen 16.9.1999 tarihli rapora göre %51 oranında sakat kaldığını, olayda tüm kusurun davalıda olduğunu; kaza nedeniyle davacının aylarca çalışmadığını, yeşil kart almak zorunda kaldığını, olayın yaralamalı trafik kazası niteliğinde olması nedeniyle beş yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğunu ileri sürerek, maddi tazminat miktarı yönünden fazlaya ait talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla, şimdilik iki milyar TL. maddi ve üç milyar TL. manevi tazminat olmak üzere toplam beş milyar TL. tazminatın olay tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında maddi tazminat talebini ıslah yoluyla 19.485.911.250 TL. ye yükseltmiştir.

Davalılar (N. mirasçıları) İ. ve arkadaşları vekili, kazanın meydana gelmesinde kusurun, trafik ışığı ve trafik polisi bulunmayan bir yerde yolun karşısına geçmeye çalışan davacıda olduğunu, o nedenle tazminat isteyemeyeceğini, istenilen miktarın da fahiş bulunduğunu cevaben bildirmiş; 3.3.2004 günlü dilekçesinde ise, 2918 S.K'nun 109. ve TCK'nun 102/4. maddeleri uyarınca olayda beş yıllık uzamış zamanaşımının geçerli bulunduğunu, bu hususun dava dilekçesinde de ifade edildiğini, olayın 13.1.1996 tarihinde meydana geldiğini, aradan yaklaşık sekiz yıllık bir sürenin geçtiğini, bu durum karşısında ıslah dilekçesiyle talep edilen miktar yönünden zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtmiş ve zamanaşımı definde bulunmuştur.

Yerel Mahkeme; Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca olayda uzamış ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğini, olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. maddesine göre uygulanacak ceza zamanaşımı süresinin beş yıl olduğunu, davacının yarasının süreç içerisinde gelişme gösterdiğini, Sultanbeyli Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu'nun 21.9.1999 tarih ve 1999/549 nolu raporuna göre maluliyet oranı %51 iken, Haydarpaşa Numune Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen 2.2.2000 tarihli raporda maluliyet oranının %56 olarak belirlendiğini, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 18.4.2001 günlü raporunda ise %13 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin açıklandığını, haksız eylemin etkileri devam ettiği sürece zamanaşımından söz edilemeyeceğini, davacının

maluliyet oranı ile ararın kapsamını ancak Adli Tıp Kurumu raporu ile öğrenmiş olacağından, zamanaşımının Adli Tıp Kurumu raporunun tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini, bu durumda ise ıslah ile istenilen tazminat bölümü yönünden zamanaşımı süresinin dolmadığını gerekçe göstererek, kusur oranlarına ve tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporlarını esas almak suretiyle davanın kısmen kabulüne, 19.495.911.250 TL. maddi, 1.000.000.000 TL. manevi tazminatın 13.1.1996 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiş; davalılar vekilinin temyizi üzerine Özel Daire metni yukarıda buluna ilamla kararı bozmuş; Yerel Mahkeme, gerekçesini tekrar ederek önceki kararında direnmiştir.

Yargılama sırasında ölen davalı Nurettin yönetimindeki minibüsün, 13.1.1996 günü, yaya olarak yolun karşısına geçmekte olan davacıya çarptığı ve yaralanmasına neden olduğu çekişmesizdir. Görülmekte olan dava 22.11.1999 tarihinde açılmış; dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hak saklı tutulmak suretiyle iki milyar TL. maddi ve beş milyar TL. manevi tazminatın tahsili istenilmiş, tazminat hesabı konusundaki 5.2.2004 tarihli bilirkişi raporunun sunulmasından sonra, davacı vekili 25.2.2004 tarihli ıslah dilekçesiyle maddi tazminat talebini 19.485.911.250 TL. olarak ıslah etmiş; davalı vekili, ıslah yoluyla talep edilen miktar yönünden, usulüne uygun şekilde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, ıslah yoluyla talep edilen maddi tazminat bölümü yönünden zamanaşımı gerçekleşmiş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Olaydan sonra davacı hakkında Sultanbeyli Devlet Hastanesi'nce düzenlenen 21.9.1999 gün ve 4664 sayılı sağlık kurulu raporunda, davacının mevcut durumunun iş ve gücüne %51 oranında mani olduğu belirtilmiş; Haydarpaşa Numune Hastanesi'nce düzenlenen 2.2.2000 ün ve 614/E-38 nolu (özürlüler için) sağlık kurulu raporunda, sakat işçi olarak çalışabileceği, özür grubuna göre çalışma gücünde %56 oranında kayıp bulunduğu açıklanmıştır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 18.4.2001 gün ve 1769 nolu raporda ise, davacının %13 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

Somut olayda, davacının uğradığı zararın kapsamının Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 18.4.2001 tarihli raporuyla belirlendiği ve davacının bu rapor içeriğini 11.9.2001 günlü oturumda elden yapılan tebliğ üzerine öğrenmiş olduğu davalı tarafın da kabulündedir.

Bu noktada, trafik kazalarından doğan maddi zararların tazmini istemiyle açılan davalarda zamanaşımı konusuna ilişkin olarak, yasal durum ve yerleşik uygulamaya egemen ilkeler hakkında şu genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

Somut olayda olduğu gibi, trafik kazası sonucunda bir kimsenin yaralanmasına neden olunması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde genel olarak haksız fiil tanımlanmış, 60. maddesinde de, haksız fiilden zarar görenin, bundan kaynaklanan zararının tazmini istemiyle açacağı davanın, zararı ve faili öğrendi tarihten itibaren bir ve her halde haksız fiil tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinin ilk fıkrasında, yine bir haksız fiil niteliğindeki trafik kazalarından doğan tazminat taleplerinin tabi bulunacağı zamanaşımı süresi yönünden Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki düzenlemeden farklı, özel bir hüküm getirilmiş; anılan hükümdeki bir yıllık zamanaşımı süresi, bu tür tazminat davaları yönünden iki yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, davanın cezaı gerektiren bir eylemden doğması ve Ceza Kanununun bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmesi halinde, bu sürenin, maddi tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu'nun 60. ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesindeki düzenlemeler, zamanaşımı süresinin başlangıcı yönünden birbirine paraleldir. Aralarındaki tek fark, zamanaşımı süresinin trafik kazalarından doğan tazminat talepleri bakımından bir yıl yerine, iki yıl olarak öngörülmesidir.

2918 S.K. nun 109/2. maddesindeki düzenlemenin gözden kaçırılmaması gereken yönü, ceza kanununa öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresinin tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olabilmesinin, sadece eylemin ceza kanununa göre suç sayılması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. Eylemin ceza kanununda suç sayılmış olup olmadığı, kural olarak hukuk hakimince belirlenecektir. Söz konusu hüküm, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, sadece eylemin aynı zamanda bir suç oluşturmasını yeterli görmekte; fail hakkında mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı, hatta böyle bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması koşulu aranmamaktadır. Ceza davasının açıldığı hallerde, sanığın mahkumiyet kararından önce veya sonra ölmüş olması da, sonuca etkili değildir. Yine, söz konusu hükümde, ceza zamanaşımının uygulanması bakımından, sürücü ve diğer sorumlular (örneğin işleyen) arasında bir ayırım da yapılmamış; böylece kuralın bunların tümü için geçerli olduğu öngörülmüştür.

Ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresi, her halde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Ancak, zarar veya onun faili, uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenilmiş ise; davanın öğrenme tarihinden itibaren, 2918 S.K. nun 109. maddesindeki iki yıllık süre içerisinde açılması gerekir.

Öte yandan, uzamış zamanaşımı, suç sayılan eylemin failinin, tazminat davasının açılmasından önce veya davanın görülmesi sırasında ölmüş olduğu durumlarda, mirasçıları bakımından da uygulanır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde:

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı eylemin, aynı zamanda olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 456. maddesi çerçevesinde müessir fiil suçunu da oluşturduğu; yaralanmanın derecesi ve anılan hükümdeki cezanın tür ve miktarı itibariyle, somut olayda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu' nun 109/2. maddesi uyarınca, tazminat istemi bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 102/4. maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği açıktır. Esasen, bu konuda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, söz konusu beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı noktasındadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, uzamış zamanaşımı süresi olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu kuralın dayanağı, somut olay bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesindeki "Müruruzamanın başlangıcı tamamıyla icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden... itibar olunur" hükmüdür. Öte yandan, aynı Kanun'un 104. maddesinde zamanaşımının kesildiği haller için salt ceza davaları yönünden öngörülen 'yarı oranında uzama' kuralı, hukuk davalarında uygulanmaz.

Açıklanan bu duruma göre;

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı trafik kazası 13.1.1996 günü meydana gelmiş; dava 22.11.1999 tarihinde; yani, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/1. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin bitiminden sonra ve ancak aynı maddenin ikinci maddesi uyarınca uygulanması gereken beş yıllık uzamış zamanaşımı süresinin dolmasından önce, dolayısıyla da süresi içerisinde açılmıştır.

Eldeki davada, davacının olay nedeniyle uğradığı zararının kapsamını, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun buna ilişkin 18.4.2001 tarihli raporunun tebliğ edildiği 11.9.2001 günlü oturumda öğrenmiş olduğu, taraflar arasında çekişmesizdir. Bu öğrenme tarihi itibariyle, beş yıllık uzamış zamanaşımı süresi dolmuştur.

Yukarıda değinildiği gibi, zararın veya failin uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenildiği durumlarda, tazminat talebi, öğrenme tarihinden itibaren 2918 S.K.'nun 109. maddesindeki iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir; öğrenme tarihinden itibaren yeni bir uzamış (somut olaydaki gibi beş yıllık) zamanaşımı süresi işlemez. Buna göre uzamış zamanaşımı süresi içerisinde açılan ve fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulduğu eldeki davada, davacı, maddi tazminat talebini ıslah yoluyla en geç 11.9.2003 tarihine kadar arttırmakla, ıslah konusundaki dilekçesini zamanaşımı süresinin bitiminden çok

sonra 25.2.2004 tarihinde vermiş; davalı taraf da, süresi içerisinde ve usulüne uygun şekilde, ıslahla artırılan tutarla sınırlı olarak zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hal böyle olunca, ıslah yoluyla artırılan maddi tazminat tutarı yönünden zamanaşımının gerçekleşmiş olduğunun kabulü ve ıslaha konu talep bölümünün zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

Yerel Mahkemece, Özel Dairenin aynı gerekçeye dayalı bozma ilamına uyulması gerekirken, olaya ve hukuksal duruma uygun düşmeyen gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA BEDELİ • TESPİT DAVASI

ÖZET: Dava, davalı kiralayanın, 1.5.2007'de başlayan yeni dönem için aylık kiranın TÜFE nazara alınmaksızın 6.500 TL'den 14.900 TL'ye çıkartılmasını istemesi üzerine kiracının kira bedelinin (7.011.55 YTL) olarak tespiti istemine ilişkin olup; mahkemece aylık kiranın (14.000 TL'si) olarak tespitine karar verilmiştir.

Hüküm Özel Dairece, olayda hukuksal yarar (dava şartı) bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş, eski hükümde direnilmiştir.

Davalı (kiralayan) çektiği ihtarname ile 1.5.2007 tarihinden başlayan dönem için ödenecek kira bedeli konusunda çekişme çıkartmış olduğundan davacı (kiracının) kendisine zarar verebilecek nitelikteki duruma son vermek üzere tespit isteminde bulunmasında hukuki yararı vardır.

Y.HGK E:2010/3-119 K:2010/159 T:17.03.2010

Taraflar arasındaki "kira tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çankırı Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 15.10.2008 gün ve 2008/971 E., 1309 K. Sayılı kararın incelenmesi taraf vekil-

leri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2009 gün ve 2009/6779 E., 13830 K. Sayılı ilamı ile,

(...Davacı kiracı tarafından; kira sözleşmesi uyarınca her yıl TÜFE oranında artırılan kiranın 1.5.2007 tarihinden başlayan dönem için TÜFE nazara alınmaksızın (6.500.00 YTL. İken 14.900.00 YTL`ye) artırılması istendiğinden, yeni dönemde sözleşmeye göre 2006 yılı kirasının 511,55 YTL artırılarak (7.011.55 YTL olarak) kira parasının tespiti istenmiştir.

Davalı (kiralayan), açılan davanın hukuki dayanaktan yoksun bulunduğunu, çünkü kira sözleşmesinin 3. Maddesi gereğince, kira artışlarının DİE tarafından belirlenen TÜFE artış oranlarından az olmamak kaydı kararlaştırılacağını, talep edilen kiranın da bu hükme uygun olduğunu ifade etmiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu yetersiz görülmeyle davalı tarafından sunulan emsal kira sözleşmesi nazara alınarak res`en hak ve nesafet kurallarına göre aylık kiranın 14.000.00 YTL. olarak tespitine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

Kural olarak; koşulları oluştuğu takdirde kiracının da, kira tespit davası açmaya hakkı vardır. Ne var ki, kiralayan tarafından önerilen kira parasını kiracının mutlaka ödeme yükümlülüğü bulunmadığından, bu aşamada kira tespit davasını açmasında hukuksal yarar bulunmamaktadır. Zira davacının hukuksal ilişkinin hemen tespitinde hukuksal yararının bulunması tespit davalarının önemli ve vazgeçilmez şartıdır.

Açılan bir tespit davasında hukuksal ilişki ve hukuksal yarar şartının bulunup bulunmadığı, davanın her safhasında res`en araştırılır. Tarafların bu şartların mevcut olmadığına ilişkin bir itirazda bulunmamaları ve hatta buna rıza göstermeleri halinde bile her iki şart bulunmadığı müddetçe tespit davası dinlenemez.

Mahkemece, somut olayda hukuksal yarar (dava şartının) bulunmadığı gerekçesi ile davanın mesmu olmadığından dolayı reddedilmesi gerekirken esas hakkında karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kira tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemenin, davanın kabulüne dair verdiği karar, hükmün taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş, Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Hükmü taraf vekilleri, temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; davacı kiracının davalı kiralayan tarafından 1.5.2007 tarihinden başlayan kira döneminde ödenmesini istediği kira bedelinin fahiş olarak arttırıldığı iddiasıyla, eldeki kira tespit davasını açmasında hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle hukuk yargılamasının amacı ve davada menfaat kavramları hakkında açıklama yapılmasında yarar görülmüştür.

Maddi anlamda yargılama faaliyeti genel olarak, objektif (pozitif) hukuk kurallarının bağımsız mahkemelerce, somut olaya uygulanarak bir karar verilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. (Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1995, s.52)

Günümüzde, hukuk yargılamasının amacının, doğru, adaletli karar vermek olduğu kabul edilmektedir. Kararın adaletli olması ise, kararın, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin eder biçimde ortadan kaldırılmasının yanında ve ondan çok daha önemli olarak, toplum barışını sağlamaya yönelik olması demek olduğu; bunun için de, kararın maddi gerçeği yansıtması ve yapılan yargılamanın ucuz, basit ve çabuk olması gerekir (Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah , Ankara 1982, s.6-7)

Medeni usul hukukunda hukuksal yarar, mahkemeden hukuksal korunma istemi ile bir davanın açılabilmesi için davacının bu davayı açmakta (veya mahkemeden hukuksal korunma istemekte) bir çıkarının bulunması gerektiğine ilişkin ilke anlamına gelir. Davacının dava açmakta hukuk kuralları tarafından haklı bulunan (korunan) bir yararı olmalı, hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı bulunmalı ve davacı mahkemeyi gereksiz yere uğraştırmamalıdır (Arslan, Ramazan; aktaran: Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, önsöz VII)

Öte yandan, bu hukuksal yararın, “hukuki ve meşru”, “doğrudan ve kişisel”, “doğmuş ve güncel” olması gerekir (Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 135)

Öğreti, dava açarken menfaatin bulunması gereğini, “dava şartı” olarak kabul etmiştir. Bu şart, “dava konusuna ilişkin genel dava şartlarından biri” olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için varlığı gerekli olduğundan “olumlu dava şartları” arasında sayılmaktadır. Bu nedenle, menfaate, “davanın dinlenebilmesi (mesmu olması, kabule şayan olması) şartı” da denilmektedir. (Hanağası, Emel: a.g.e..s.19,20,21, dipnot 73,85,86 ve 87 de belirtilen yazarlar.)

Nitekim, aynı görüş, Hukuk Genel Kurulu'nun (24.11.1982 gün ve 1982/7-1874 E.-914 K., 5.6.1996 gün ve 1996/18-337 E.-542 K., 10.11.1999 gün ve 1999/1-937 E.-946 K., 30.05.2001 gün ve 2001/14-443 E.-458 K.) Sayılı kararlarında da, benimsenmiştir.

Bir davada, menfaat ilkesinin dava şartı olarak gözetilmesi, yargılamanın amacına ve usul ekonomisi ilkesine uygun olarak yargılama yapılmasına yarar sağlayacağı, her türlü duraksamadan uzaktır.

Bu ilkedен hareketle, davada menfaatin varlığı, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunumlu deliller, olay veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme) nin 6. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanmaktadır. Dolayısıyla haksız davalar açmak suretiyle, dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence olduğu da, söylenebilir.

Bilindiği üzere, davacı ya da davacıların dava haklarına sahip olmaları yeterli değildir. Bundan başka, davanın açılmasında hukuki bir yararın bulunması da gerekir. Buna hukuki korunma (himaye) ihtiyacı da denir (Rechtsschutzbedürfnis). Mahkemelerden hukuki himaye istenmesinde, himayeye değer bir yarar olmalıdır. (HGK'nun 24.06.1992 gün ve 1992/1-347 E. -394 K., 30.05.2001 gün 2001/14-443 E.-458 K. Sayılı ilamları)

Yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tespit davasında menfaat kavramının yansımaları da irdelenmelidir.

Tespit davalarının konusu hukuki ilişkilerdir. Bu davalarda davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesidir.

Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin bulunması gerekir. Tespit davasında, eda davasından ve inşai davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderilebileceğini doğrulamalıdır. Çünkü tespit davası, hukuki bir durum ya da hak henüz inkar ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabilirdiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır.

İşte davacının hukuki ilişkinin derhal tespitinde menfaatin varlığı, öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmelidir. Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar.

Söz konusu bu tehdidin davacı için bir tehlike oluşturabilmesi, bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumunun tereddüt içinde olmasına ve bu hususun, davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmasına bağlıdır. (Hanağası, Emel: a.g.e., s.133 vd)

Kural olarak kiracı, kira parasının indirilmesini hedef tutan tespit davası açabilirse de, ihtarname ile muaraza (çekişme) çıkarılması halinde de, kiracının kira parasının arttırılmasını esas alan tespit davasını açmasında hukuki yararı bulunduğu kabulü gerekir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davalı (kiralayan) ile davacı (kiracı) arasındaki sözleşmede kira parasının nasıl arttırılacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, bu hüküm taraflar açısından net olmaktan uzaktır. Davalı (kiralayan), beş (5) yıl süreli kira sözleşmesinin ilk dört (4) yılı içinde daha önceki kira artış uygulamasının tersine iki katı üzerinde belirlediği kira parasını, 1.5.2007 tarihinden başlayan dönem için ödenmesi amacıyla dava tarihinden önce çektiği ihtarname istediği belirgindir.

Görüldüğü üzere, davalı (kiralayan) çektiği ihtarname ile 1.5.2007 tarihinden başlayan dönem için ödenecek kira bedeli konusunda muaraza (çekişme) çıkarmıştır. Bu durum, davacının ödeyeceği kira parasının öngörülenin üzerinde artış yapılması karşısında, kira parasının hangi miktarda olacağı ve ödeneceği konusunda ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehdit nedeniyle, davacı ödeyeceği konusunda ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehdit nedeniyle, davacı ödeyeceği kira parasının miktarı konusunda tereddüt içinde kalmıştır. Bu nedenle kira bedeli konusunda uzlaşma isteyen dilekçesine süresinde olumlu cevap alamaması nedeniyle, kendisine zarar verebilecek nitelikteki bu duruma son vermek, hukuki durumunu tereddüt içinde olmaktan kurtarmak için eldeki davayı açmıştır.

Dolayısıyla, görülmekte olan kira tespit davası açmasında davacı kiracının, menfaati bulunmaktadır.

O halde, Özel Dairenin davacının (kiracının) kira tespit davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı yönündeki bozma kararına, yerel mahkemece direnilmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Özel Dairece işin esasına yönelik temyiz itirazları bozma nedene göre incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğundan işin esasına yönelik taraf vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **3. HUKUK DAİRESİ'NE** gönderilmesine, 17.03.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

GÖREVLİ MAHKEME • BELEDİYE BÜFESİ

ÖZET: Dava, davacının belediye başkanlığından kiraladığı büfeyle ilgili kira sözleşmesinin encümen tarafından tek taraflı olarak fesih ve tahliye isteminin hukuka aykırı olduğunun tespitine ilişkin olup; asliye hukuk mahkemesince idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmişse de, taraflar arasında özel hukuk ilişkisinden (sözleşmeden) kaynaklanan ve açıkça idari yargının görev alanı dışında kalan uyuşmazlık bulunduğundan görevsizlik kararı usul ve yasaya aykırıdır.

Y.HGK E:2010/13-64 K:2010/145 T:17.03.2010

Taraflar arasındaki “muarazanın önlenmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Bolu Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın görev yönünden reddine dair verilen 16.09.2008 gün ve 2007/304-2008/248 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 04.05.2009 gün ve 2009/3283-6034 sayılı ilamı ile;

(...Davacı, davalıya ait büfe`de 3.8.1998 tarihinden beri, aralarında düzenlenen kira sözleşmesi ile kiracı olduğunu encümen kararı ile tek taraflı olarak sözleşmenin fesih edildiğini ve tahliye istendiğini bunun hukuka uygun olmadığını ileri sürerek sözleşmenin fesih edilemeyeceğinin tespitini istemiştir.

Davalı idari yargının görevli olduğu gerekçesi ile görev itirazında bulunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece idari Yargının görev alanında kaldığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, kira sözleşmesinin tek taraflar fesih edilmeyeceğinin tesbiti talebinde bulunmuştur. Davalı Belediye Başkanlığı kamu hizmeti gören bir kuruluş olup, davacı ile yaptığı kira sözleşmesinde özel hukuk hükümlerine göre işlem yapmıştır. Taraflar arasındaki çekişmenin giderilmesinde idari hukuku ilgilendiren bir idari işlem ve tasarruf da söz konusu değildir. Her iki taraf arasındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tabi ve özel hukuku ilgilendiren işlemlerdir. Öyle olunca ihtilafın Adli Yargı makamlarında görülmesi gerekmektedir. Bu hususun göz ardı edilerek İdari Yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı 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 vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, muarazanın önlenmesi istemine ilişkindir.

Davacı F.P.'ın 03.08.1998 tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi uyarınca Bolu ili Merkez Karaçayır Mah. Köroğlu Sitesi yanında bulunan büfeyi davalı Bolu Belediyesi'nden kiraladığı, kira sözleşmesinin varlığı ve yenilenerek devam ettiği tarafların kabulündedir.

Davacı kiraladığı büfenin işletmeciliğini, davalı belediye tarafından düzenlenen 05.08.1998 tarihli işyeri açma ve çalışma ruhsatı vs. tüm yasal işlemlerini tamamlayarak, bu tarihten itibaren dava tarihine kadar yapmıştır.

Bolu Belediyesi Encümeni'nin 19.10.2007 tarih ve 2007/1294-1 sayılı kararı ile (Danıştay 8.Dairenin 21.10.1996 gün ve 1995/1127 E, 1996/2737 K. Ve Danıştay 8.Dairenin 15.03.1996 gün ve 1995/2583 E, 1996/175 K ve Danıştay 8. Dairenin 15.03.1996 gün ve 1995/1593 E, 1996/716 K sayılı kararları bu tür büfelere ilişkin işlemleri arada kira sözleşmesi olsa dahi tahsis işlemi saymıştır açıklaması ile) dava dışı diğer bir kısım büfe ile birlikte F.P. tarafından işletilen Karaçayır Mah. Siteler Camii karşısında bulunan büfenin de "tahsisinin iptaline" karar verilmiştir.

İmar paftası, kroki ve dosyada alınan bilirkişi raporuna göre dava konusu büfenin tamamının yolda kaldığı tartışmasızdır.

Bolu Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü'nün 06.12.2007 tarihli yazısı ile kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren 7 gün süre içerisinde büfenin tahliye edilmesi davacıya tebliğ edilmiştir.

Davacı 13.12.2007 tarihinde açtığı eldeki dava ile muarazanın önlenmesini istemiştir.

Mahkeme kararında, 1580 sayılı Belediye Yasası'nın 15. maddesinin 11. fıkrasına göre, yol, park, meydan gibi kamu malları üzerinde gelip geçmeye engel olmayan ve başkaca sakıncası görülmeyen alanların geçici olarak işgaline izin verilmesinin bir yer tahsis işlemi olduğu, bu tahsis üzerine, kurulan büfenin kiralananmasından sonra sakıncalarının ortaya çıkması durumunda, kamu yararı için tahsis işlemi geri alınarak yerin boşaltılmasının istenebileceği, bu nedenle, büfenin, kira sözleşmesine dayalı da olsa, kamu gücüne dayanılarak tahsis işleminin iptal edilmesi ve işyerinin boşaltılması, temelde tahsisin geri alınması işlemi olarak kabul edilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan nedenlerle bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir. Hükmü temyize davacı vekili getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yargı yoluna ilişkin olup, “yol” üzerinde kurulu olduğu uyuşmazlık konusu olmayan ve bu haliyle 1998 yılından bu yana davalı belediye ile akdedilen “kira sözleşmesine” ve ayrıca “işyeri açma ve çalışma ruhsatına” dayalı olarak davacı tarafından işletilen büfenin, kiralayan davalı belediye tarafından “tahsisinin iptal edildiği ve tahliye edilmesi” yönünde encümen kararına konu edilmesi ve bu kararın davacıya bildirimine ilişkin işleminin hukuki nitelikçe özel hukuk anlamında “akdin feshi mi” yoksa idare hukuku anlamında “tahsisin iptali mi” ve varılacak sonuca göre de bu işleme yönelik olarak açılan eldeki davanın çözüm merciinin adli yargı mı, idari yargı mı olduğu, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtmelidir ki, taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi davalının kamu gücünü kullanarak düzenlediği iş ve işlemlerden olmayıp, özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

Özel hukuk ilişkisinin varlığı halinde taraflardan birisinin idare olması, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Zira, davalı Belediye Başkanlığı kamu hizmeti gören bir kuruluş olmakla birlikte, özel hukuk hükümlerine göre düzenlenen ve davacının kiracı sıfatı taşıdığı kira sözleşmesine kiralayan sıfatıyla taraf olmuştur.

Böylece, taraflar arasındaki ilişki, özel hukuk (sözleşme) hükümlerine dayanılarak kurulmuş olup, bu ilişkiden kaynaklanan çekişmenin giderilmesinde idare hukukunun uygulanmasını gerektiren bir idari işlem ve tasarrufun varlığından söz edilemez.

Dolayısıyla, idarenin taraflar arasındaki kira sözleşmesinin varlığı nedeniyle uygulanması gereken sözleşme hukuku ilkeleri dışına çıkarak gerçekleştirildiği ve “tahsisin iptali” olarak adlandırıldığı işlem, idari bir işlem ve tasarruf olarak nitelendirilemez.

Kaldı ki, idarenin sözleşme ilişkisi içine girdiği davacıya karşı, onun sözleşmeden kaynaklanan haklarını ortadan kaldıracak bir tutum takınması ve bu yasal olmayan tutumundan yarar elde etmesi hukuken korunamaz.

Hal böyle olunca, tahsise konu olmayan, açıkça kira ilişkisine dayanılarak davacının kullanımına bırakılan taşınmazın, tek taraflı işlemle ve tahsisin iptal edildiğinden bahisle tahliyesinin istenmesi, uyuşmazlığın idari işlemten kaynaklandığını kabule yeterli görülmemiştir.

Diğer taraftan, davalı Belediyenin işlemine dayanak olarak Danıştay kararları alınmış ise de, taraflar arasında sözleşme serbestisi çerçevesinde düzenlenen kira sözleşmesine konu yer “büfe” olup, bu büfenin yol üzerine kurulmuş

olması, bu sözleşmeyi tek taraflı bir işlem olan “tahsis” olarak kabule yeterli değildir. Ortada kiraya konu büfe yönünden bir tahsis bulunmadığına göre tahsisin iptalinden de söz edilemez.

Ayrıca, mahkeme, büfenin tahsisinin iptali işlemini 07/12/2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanunu'nun m.87/a maddesi ile yürürlükten kaldırılan 03/04/1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 11. fıkrasına dayandırmıştır.

“Belediyenin vazifeleri” başlıklı anılan maddede, “Bu vazifeler aşağıda yazılanlarla, ayrıca kanun ve nizamname ve talimatnamelerle muayyen hususlardır: “11-Yol, meydan, Pazar, iskele, köprü ve nehirler gibi umuma ait yerlerden ve denizlerden bir kısmını mürur ve ubur ihtiyacını tazyik etmeyecek surette ve muvakkaten her hangi bir ameliye için işgal veya istimal edeceklere izin vermek ve ruhsatsız işgalleri menetmek, ...” hükmü yer almaktadır.

Maddede sözü edilen umuma ait yerler için açıkça izin keyfiyetinden söz edilmekte olup; taraflar arasındaki ilişki bu anlamda bir izinden değil kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki, 1580 Sayılı Kanun, 07/12/2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanunu'nun m.87/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmış; ardından 03.04.2005 tarih ve 5393 Sayılı Kanun'un 85/f maddesi ile de bu kanun mülga edilmiştir. İşlem ve dava tarihi itibarıyla ve halen 5393 sayılı Belediye Kanunu yürürlüktedir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesinin (e) fıkrasında yer alan; “Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması halinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralınmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek.” Şeklindeki hüküm ile de tahsis ve tahsisin kaldırılması ile üç yıldan fazla kiralınması yetkilerinin belediye meclisine ait olduğu düzenlenmiştir.

Aynı Kanun'un 34. maddesinde belediye encümeninin görev ve yetkileri sayılmış; g) fıkrasında “Taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak, süresi üç yılı geçmemek üzere kiralınmasına karar vermek” yetkisine yer verilmiştir.

Açıklanan yasal düzenlemeler de göstermektedir ki, belediye encümeninin yetkisi üç yılı geçmemek üzere kiralama ve tahsise ilişkin meclis kararlarını uygulamakla sınırlıdır.

Somut olayda; yukarıda da ayrıntısı ile açıklandığı üzere, davalı Belediye ile davacı arasında, 1 yıl süreli kira sözleşmesinden kaynaklanan, sözleşme ilişkisi mevcut olup, bir tahsis ve bu tahsisin iptali işleminin varlığından söz edilemez.

Öte yandan, kira sözleşmesinde mecur büfedir. Bu büfenin kira sözleşmesine dayanılarak ruhsatlı olarak davacı tarafından işletilmesi ayrı, yol üzerinde olması ise ayrı bir olgudur. Büfenin yol üzerinde kurulu olması özel hukuk hükümlerine tabi kira sözleşmesinin yok sayılarak büfenin “tahsise ve bu tahsisin iptaline” konu olduğunu kabule yeterli neden sayılamaz.

Sonuç itibariyle; taraflar arasında özel hukuk ilişkisinden (sözleşmeden) kaynaklanan ve açıkça idari yargının görev alanı dışında kalan uyuşmazlığın çözüm yeri “Adli Yargı” mercileridir. Mahkemece, bozma ilamında da işaret edilen ve Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen bu husus göz ardı edilerek “İdari Yargı”nın görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 17.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

ÖZET: Davacı, Çerkezköy Belediyesi Başkanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhlerine açmış olduğu davada “kamulaştırmasız el atılan taşınmazın bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiş; mahkemece, belediye aleyhine açılan davanın husumetten reddine , genel müdürlük yönünden kabulüne karar verilmişse Özel Dairece; Karayolları Genel Müdürlüğü ile Çerkezköy Belediyesi Başkanlığı arasında yapılan 19.07.2006 günlü. Protokolün 6. maddesinin 4. ve6. bentlerinde, gerek yol inşaatının yapılması sırasında gerekse yolun tamamlanıp idareye tesliminden sonra açılacak davalardan Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sorumlu olmayacağı hükmü bulunduğundan bozulmuştur. Bozma yerinde olup direnme kararı bozulmalıdır.

Y.HGK. E:2010/5-225 K:2010/262 T:12.05.2010

Taraflar arasındaki “Kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çerkezköy Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın davalı Belediye Başkanlığı yönünden husumet

nedeniyle reddi ile diğer davalı Karayolları Genel Müdürlüğü yönünden kısmın kabulüne dair verilen 16.07.2008 gün ve 2007/708 E.-2008/373 sayılı kararın incelenmesi davalı Karayolları Genel Müdürlüğü vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2009 gün ve 2008/16106 E, 2009/2584 sayılı ilamı ile,

“...Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı hakkındaki davanın husumetten reddine, diğer davalı Karayolları Genel Müdürlüğü yönünden kabulüne karar verilmiş, hüküm Karayolları Genel Müdürlüğü vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile diğer davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı arasında yapılan 19.07.2006 günlü protokolün 6. maddesinin 4. ve 6. Bentlerinde özel ve tüzel kişilere ait taşınmazlara el konulması nedeni ile gerek yol inşaatının yapılması sırasında, gerekse yolun tamamlanıp idareye tesliminden sonra mahkemeler nezdinde açılacak her türlü dava, tazminat ve ecrimisilden Karayolları Genel Müdürlüğü sorumlu olmayacağı, taşınmazlara el konulması nedeniyle her türlü teknik, hukuki ve mali sorumluluğun belediyeye ait olacağı belirtildiğinde yol yapımı sırasındaki el koymalar nedeni ile her türlü sorumluluk ilgili Çerkezköy Belediyesi'ne aittir. Davacıya ait taşınmaz protokol kapsamında bulunan ve protokolde yazılı Veliçeşme –Çerkezköy yolu güzergahında olup, bu yolun yapımı sırasında taşınmaza kamulaştırmaz el atılmış olduğu anlaşıldığından kamulaştırmaz el atılan dava konusu taşınmazın bedelinin protokol uyarınca davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı'ndan tahsiline, Karayolları Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın ise husumetten reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, bedelin Karayolları Genel Müdürlüğü'nden tahsiline, Belediye Başkanlığı hakkındaki davanın husumetten reddine karar verilmesi,

Doğru görülmüştür...”

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki

kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 12.05.2010 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu karar verildi.

KARŞI OY

Davacı davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine açtığı davada taşınmazna haklı bir neden olmaksızın ve kamulaştırma yapılmaksızın el atılıp zarar verildiğini belirterek bu zararın her iki davalıdan müştereken ve mütesilsilen tahsilini talep etmiştir. Davalı Belediye kendisinin taşınmazna eylemli olarak el atmasının bulunmadığını savunup davanın reddini istemiş, davalı Karayolları ise diğer davalı Belediye ile yaptığı sözleşmeye göre davacının taşınmazında köprü yapımı ile ilgili işlemler yapıldığını, bunları belediye ile yaptığı sözleşmeden dolayı gerçekleştirdiğini, protokole göre her türlü sorumluluğun belediyeye ait olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece haksız fiil ve yapılanmanın davalı Karayolları tarafından gerçekleştirildiği, bu nedenle doğan zarardan sorumlu olduğu, belediyenin fiili el atması bulunmadığından hakkındaki davanın reddine karar verilmiş ve bu karar davacı tarafından temyiz edilmeyerek onun yönünden kesinleşmiştir. Kararı davalı Belediye de temyiz etmemiş, davalı Karayollarının temyizi üzerine mahkeme kararı Hukuk Genel Kurulunda Özel Daire bozmasında belirtilen gerekçelerle bozulmuştur. Bu karara aşağıda belirtilen gerekçelerle katılmıyorum:

Öncelikle belirtmek gerekir ki kesin hüküm davada taraf olan herkesi bağlar. Bu kural mahkeme kararlarının güvenilirliğini sağlama ve kazanılmış hakların korunması açısından çok önemlidir. Eldeki davada yerel mahkemece davalı Belediye hakkındaki dava reddedilmiş ve bu karar ne davacı ne de davalı Belediye tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Artık bu dava içerisinde davalı Belediye aleyhine eda edilebilecek nitelikte yeni bir hüküm kurulması mümkün değildir. Oysa Hukuk Genel Kurulu davalı Belediye hakkındaki kesin hükmü yok saymış ve tazminattan davalı Belediyenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kesin hüküm kuralının ihlalidir. Davacı kararı temyiz etmeyerek davalı Belediyeden bir hak talep etmediğini, bu yolda oluşan mahkeme kararını kabul ettiği yolunda iradesini açıklamıştır. Davacının bu kabulüne aykırı olarak tazminatın Belediyeden alınıp istemediği halde davacıya verilmesi yolunda oluşan kararın hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Yargısal kararlarda müşterek müteselsil sorumlular hakkında birlikte açılan davalarda bir davalı hakkında verilen ret kararı olayımızda olduğu gibi temyiz edilmeyerek kesinleştiğinde ve bu karar diğer davalılar yönünden temyiz edildiğinde müteselsil sorumlular arasında ileride açılacak rucu davasına esas olmak üzere hakkındaki dava reddedilen ancak davacı tarafından temyiz edilmeyen davalı hakkında kusur yönünden araştırma yapılması istenerek karar bozulmakta ise de bu bozmanın sadece kusur oranının belirlenmesi ile sınırlı olduğu, infazı kabil bir eda hükmünün kurulamayacağı da yine bu kararlarda açıkça belirtilmektedir. (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.11.2009 gün 2009/16-428-483 sayılı kararı)

Kaldı ki bu davada davalı Karayollarının sorumluluğunun bulunmadığı yolundaki görüşe de katılmak mümkün değildir. Davacının taşınmazında tazminatı gerektiren eylemlerin davalı Karayolları tarafından yapıldığı ihtilafsızdır. Davalı Karayolları bu işleri davalı belediye ile yaptığı protokol nedeniyle yaptığını bu protokole göre sorumluluğu Belediyenin kabul ettiğini savunmakta olup HGK'da bu savunmaya itibar etmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yapılan iş bir haksız fiildir. Haksız fiilde vekaletin olmayacağı da genel bir hukuk kuralıdır. Davalı Karayolları bu işlemleri diğer davalı adına yaptım diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Koşulları varsa en azından diğer davalı ile birlikte müştereken ve mütesilsilen sorumluluğu söz konusu olabilir. Yoksa sorumlulu-

ğunun tamamen kaldırılması mümkün değildir. Zaten yapılan protokolde davacı taraf olmadığından davacıyı bağlaması da söz konusu olmayıp sorumluluğun kime ait olacağı yönünde protokole konulan hükümler sadece davalılar arasındaki rucu istemli bir davada gündeme gelebilir. Bu nedenle davalı Karayolları haksız fiili eylemli olarak oluşturduğundan doğan zarardan sorumludur.

Diğer taraftan bir an için bu davada protokol hükümlerinin davacı yönünden uygulanabileceği kabul edilse bile davalı Belediyenin bir sorumluluğu söz konusu değildir. Çünkü davalı Belediye diğer davalı Karayollarına kamulaştırma olmaksızın davacının taşınmazına el atması yönünde protokol ile verdiği bir yetki yoktur. Aksine 19.07.2006 tarihli protokolün 4.4 maddesinde (Yol yapım çalışmalarına ilgili belediyelerce "...BB" kamulaştırma ve arazi terkin işlemlerinin tamamı bitirilecek, yazılı olarak Karayolları 17. Bölge Müdürlüğü'ne bildirildikten sonra başlanacaktır) hükmü bulunmaktadır. Buna göre kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan davalı Belediye davalı Karayollarının bir işlem yapmamasını söylemektedir. Buna göre kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan davalı Belediye davalı Karayollarının bir işlem yapmamasını söylemektedir. Buna rağmen davalı Belediyenin Karayollarının haksız fiilinden sorumlu tutulması protokol hükümlerine de aykırıdır.

Sonuç olarak haksız fiili işleyen davalı Karayolları tazminatla sorumlu olup mahkemenin bu yönde kurduğu hüküm doğru olduğundan, davalı Belediye hakkında davanın reddine dair verilen karar davacı tarafından temyiz edilmeyip kesinleştiğinden, Belediye hakkında icra edilecek nitelikte hüküm kurulması kesin hüküm kuralına aykırı bulunduğundan davalılar arasındaki protokolün haksız fiili işleyen davalı Karayollarını davacıya karşı sorumluluktan kurtarmayaacağından Karayolları aleyhine hükmedilen tazminatın esasının incelenmesi için yerel mahkeme kararının Özel Daireye gönderilmesi gerekirken bozulması yönündeki Hukuk Genel Kurulu kararına karşıyım.

KARŞI OY

Davacı, Çerkezköy, Fevzipaşa mahallesi, 131 ada 12 parsel sayılı çaplı taşınmazın maliki olduğunu, davalılar Çerkezköy Belediye Başkanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü'nün bu yerde Çerkezköy-Çorlu bağlantı yol güzergahının üzerinde yol genişletme, şerit artırma ve çift şeritli yol yapımı çalışmaları nedeniyle taşınmazına kamulaştırmaz olarak el atıldığını ileri sürerek taşınmazın şimdilik 10000 YTL kamulaştırmaz el atma bedelinin el atma tarihdinden itibaren en yüksek faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 12.6.2008 günlü islah dilekesiyle kamulaştırmaz el atma tazminatının 174.050.00 YTL artırarak toplam 184.050.00 YTL nin el atma tarihi olan 01.02.2007 tarihinden itibaren en yüksek faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Çerkezköy Belediye Başkanlığı, davacının taşınmazının da bulunduğu alanda Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından Çerkezköy – Çorlu bağlantı yolunda yapılan köprü ve Namık Kemal Bulvarı vs. çalışmaları nedeniyle yolların altında kaldığını, belediye encümen kararı uyarınca kamulaştırma işlemlerine başlanıldığını, dava konusu yerde 3194 Sayılı Yasa'nın 18.maddesi uygulamasının yapılmadığını, fiilen el atanın belediye olmadığını, imar planının da bu yerin yeşil alanda kaldığını açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü, davacının taşınmazının da bulunduğu alan, Çerkezköy – Çorlu TEM bağlantı yolu ile ilgili olarak 19.7.2006 gün ve 387 – 1740 sayılı protokolün mevcut olduğunu, protokolün Karayolları Genel Müdürlüğü ile ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları arasında imzalandığını açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın kısmen kabulüne, 153.375.00 YTL nin kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı Karayolları Genel Müdürlüğünden alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

Bu karar Karayolları Genel Müdürlüğü vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesince, "...davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile diğer davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı arasında yapılan 19.7.2006 günlü protokolün 6. maddesinin 4. ve 6. bendlerinde özel ve tüzel kişilere ait taşınmazlara el konulması nedeniyle gerek yol inşaatının yapılması sırasında, gerekse yolun tamamlanıp idareye tesliminden sonra mahkemeler nezninde açılacak her türlü

dava, tazminat ve ecrimisilden Karayolları Genel Müdürlüğünün sorumlu olmayacağı...” bahisle Karayolları Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gereği gözetilmediğinden söz edilerek bozulmuştur.

Davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı vekilinin karar düzeltme isteği reddedilmiştir.

Yerel mahkeme önceki kararda direnmiştir.

Toplanan deliller, tüm dosya kapsamından; davacı 131 ada 12 no'lu parselin kayden maliki- dir. Davalılar arasında düzenlenen protokol iç ilişkidir. Bu yerde fiilen taşınmazla el koyan köprü ya da yol yapan Karayolları Genel Müdürlüğü'dür. Dolayısıyla kamulaştırmasız el atma eylemini gerçekleştiren kuruluş Karayolları Genel Müdürlüğü'dür. 5539 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde Karayollarının görevleri tek tek sayılmıştır. 3/İ maddesi yolları üçe ayırmış, otoyol, Devlet ve İl yolları olarak belirlemiştir. Aynı Kanun'un 14. maddesi bu yolların açıklamasını yapmıştır. Gündemin konuyla ilgili kapsamında inşa edilmekte olan yolun Çerkezköy-Çorlu TEM bağlantı yolu olduğu ve Karayollarının güzergah kapsamında bulunan ve yapması zorunlu olan yollardan olduğu anlaşılmaktadır.

Büyükşehir Belediye kuruluşuna ilişkin yasanın yapılan incelemesinde; Büyükşehir Belediyelerinin yetki alanındaki meydan, bulvar, cadde ve yolları yapmak, yaptıрма, bakım ve onarımını sağlamak Büyükşehir Belediyesinin görevleri arasındadır. Yine, Belediye Kanununun 14. maddesinde ise, diğer belediyelerin görevleri sayılmıştır. Buradan amaç Büyükşehir Belediyesinin sınırları dışında il, ilçe ve kasaba Belediyelerinin imar planı kapsamında kalan ve kesinleşmiş imar planında belirtilen cadde, yol ya da sokakların açılması, yapılması ve bakım ve onarım işle- rini yapmaktan ibarettir. Dava konusu taşınmaz, Çerkezköy merkezinde kalmaktadır. Çerkezköy Tekirdağ Vilayetine bağlıdır. Bir başka anlatımla İstanbul Büyükşehir Belediyesinin sorumluluk alanı dışındadır. Dolayısıyla il ve ilçelerin sınırları içerisinde veya imar planı kapsamında geçmek- te olan Karayolları güzergahına ait İl yolu, Devlet yolu ve Otoyollarını yapmak, yaptırmak, bakım ve onarımını sağlamak doğrudan doğruya Karayolları Genel Müdürlüğüne aittir. Ancak, Büyükşehir Belediyesinin sorumluluk alanında kalan İl ya da Devlet yollarının bakım, onarımı yada genişletme çalışmaları bir protokolle Büyükşehir Belediyelerine devredilebilmektedir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, somut olayda TEM yoluna bağlantı olan ve Çer- kezköy ilçesi sınırları içerisinde geçen Karayolları güzergahına ait İl yolu ile bağlantılarını ve sanat yapılarını (köprü, menfez, alt geçit, üst geçit vs.) yapmak, yaptırmak Karayollarının asli görevlerinden olup, dava konusu yerdeki çalışmaları yapan ve kamulaştırmasız el atan kurum Karayolları olduğu için yerel mahkemenin direnme kararı usul ve yasaya uygundur. Açıkladığım nedenlerle direnme kararının onanması gerektiği kanaatindeyim. Ancak, bu konu Dairesince in- celenmemişse, direnme kararının incelenmesi için direnme uygun dairesine gönderilmesi gerek- tiği düşüncesindeyim. Bu nedenle HGK'nın sayın çoğunluğunun görüşlerine katılmam mümkün olmamıştır.

MÜSPET ZARAR • MENFİ ZARAR • KİRA SÖZLEŞMESİNİN KİRALAYAN TARAFINDAN FESHİ • KİRACININ HAKLARI

ÖZET: Müspet zarar, borçlu edimini gereği gibi yerine getirseydi alacaklının mal varlığı ne durumda olacak idiyse, mevcut durum arasındaki farktır. Kar mahrumiyeti de müspet zarardır.

Menfi zarar ise sözleşmenin hükümsüz olmasından doğan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır.

Kira sözleşmesinin kiralayan tarafından kusurlu olarak feshedilmesi halinde, kiracı kusurlu fesih sebebiyle kiralayandan kaybı zararını isteyebilir.

Kar kaybı hesaplanırken, fesih sebebiyle kiracının tasarruf ettiği değerler, başka işten sağlayacağı kazanç ve kasten edinmekten kaçındığı kazanç dikkate alınır.

Kiralayana peşin ödenmiş olan kiranında kiracıya iadesi gerekir. Zira, peşin ödenmiş olan kira bedeli de müspet zarardır.

Y.HGK E:2010/14-244 K:2010/260 T:12.05.2010

(...Dava, 01.11.2004 ve 31.12.2005 tarihlerini kapsayan kira sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle kar kaybı (müspet zarar) ve fazla ödenen kira parasının tahsili istemleriyle açılmıştır.

Birleşen dava ise kiralananandan zorla tahliye sırasında meydana gelen zararların tutarı 5.025.80 YTL'nin tahsilini istenmiştir.

Davalı kiralayan, fesihle kusurlarının olmadığını esasen fazladan tahsil ettikleri kira parasını otel kasasında davacıya ödenmek üzere hazır bulundurduklarını, bu durumu davacıya 31.03.2005 günlü ihtarla duyurduklarını, açılan davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, asıl davanın kısmen kabulü ile 54.450.00 YTL mahrum kalan kar kaybı ile 65.778.63 YTL ödenmiş olan kira bedelinden ibaret toplam 120.228.63 YTL nin dava tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faizi ile davalıdan tahsiline, birleşen davada ise 2.252.50 YTL haksız fiile dayalı zararın haksız fiil tarihi olan 01.04.2005 tarihinden itibaren avans faizi ile davalıdan alınmasına karar verilmiştir.

Hükmü, davalı temyiz etmiştir.

Görülüyor ki; davadaki istemin dayanağı sözleşmenin kusurlu feshi sebebiyle yoksun kalınan kar kaybı alacağı ve fesihden ötürü fazla ödenen kira parasının istirdadı istemleri ile haksız fiilden kaynaklanan zarar kalemlerine ilişkindir.

Müspet zarar(positive ve interesse) alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine tekabül eder. Yani borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise bu vaziyet ile mamelekin hala hazır vaziyeti arasındaki farktır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar aktin hiç veya gereği gibi ifa edilmesinden doğan zarardır. Müspet zarar, kusursuz olan tarafın temerrüde düşen taraftan sözleşme yürürlükte kaldığı sürece isteyebileceği bir tazminat türüdür. Sözleşmeden kusurlu olarak dönen taraftan istenebilir. Yeter ki sözleşmeden dönülmemiş olsun, dönülmüş ise dönen taraf kendisi olmasın ve kusursuz bulunsun.

Kar kaybı ise kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kar kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kar kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulundu şüphesizdir.

Müspet zarar ve kar kaybı zararı kavramlarına ilişkin bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince;

Taraflar arasında düzenlenen 01.11.2004-31.12.2005 dönemini kapsayan kira sözleşmesinin süresi bitmeden davalı tarafından 31.03.2005 tarihinde feshedildiği tartışmasızdır. Davalı feshe neden olarak otelde yapılan bazı anket sonuçlarına dayanmış ise de, anket sonuçları otel müşterilerinin tamamının düşüncesini yansıtmayan sübjektif değerlendirmelere ilişkin olduğundan fesih kusurludur. Dolayısıyla sözleşmeden dönmeyen kiracı kusurlu fesih nedeniyle kiralayan davalıdan kar kaybı zararı adı altında bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebilecektir. Ancak; iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde Borçlar Kanunu'nun 106.-108. maddeleri hükümleri gereğince kar kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir. Bu yöntemle göre kar kaybı ise sözleşme ifa ile bitse idi zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden yapması gereken bircümle zorunlu harcama kalemleri ile sözleşme süresinden evvel feshedildiğinden süresinden evvel fesih nedeniyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarları toplamı indirilerek bulunur. Elde edilecek fark miktara da net kar denilir. Bu yöntemle uygun kar kaybı zararı hesaplanırken davacı-

nın davalıya ödemesi gereken kira parası peşin ödenmiş, davacı kar kaybı zararı dışında sözleşmenin feshinden ifa süresi sonuna kadar geçen dönem kira parasının istirdadını da istemiş, mahkemece bu istek de hüküm altına alınmıştır. Kira dönemi içerisinde kar elde edebilmek için kira parası ödemesi de zorunlu olduğundan davacının ayrıca iş yerini çalıştıramamasından dolayı peşin ödediği kira parasının istirdadına olanak yoktur. Davadaki bu istek kaleminin açıklanan nedenle reddi gerekir.

Diğer taraftan, yukarıda sözü edildiği üzere sözleşme 31.03.2005 tarihinde feshedildiğinden bu tarihten kira sözleşmesinin sona erdiği 31.12.2005 tarihine kadar geçecek dönemde davacının fesih nedeniyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya sağlamaktan kasten kaçındığı değerlerin de davacının kar mahrumiyeti zararından düşülmesi gerekir. Bu hususa 26.03.2008 günlü ek bilirkişi raporunda değinildiği halde mahkemece gözden kaçırılmıştır.

Bu açıklamaların sonucuna göre mahkemece yapılması gereken iş; bilirkişilerden ek rapor alınarak davacının kar mahrumiyeti zararını belirtilen doğrultuda hesaplamak, varsa bu zarar ile haksız fiilden kaynaklanan zararına hükmetmek, fazla ödenen kira parasına ilişkin davacı talebini de reddetmek olmalıdır.

Karar açıklanan bütün bu nedenlerle bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl dava, kira sözleşmesinin haksız feshinden kaynaklanan aynen ifanın reddi ile müspet zararın (kar kaybı) tazmini ve fazla ödenen kira parasının tahsiline; birleşen dava ise, kiralananandan zorla tahliye sırasında meydana gelen zararların tutarı olan 5.025.80 YTL.'nin tahsili istemine ilişkindir.

Davacı kiracı, mülkiyeti davalı şirkete ait otel bünyesindeki marketi 23.10.2003 tarihli kira sözleşmesine bağlı olarak 01.11.2003-31.10.2004 tarihleri arasında kiracı sıfatı ile işlettiğini, kira süresinin sonunda kiralayanın memnuniyetini yazılı olarak bildirdiğini, bu çerçevede 01.11.2004-31.10.2005 tarihlerini kapsayan dönem içinde kira sözleşmesinin yenilendiğini, bu yeni dönem için belirlenen 58.500 Euro kira bedelini de ödediğini, yeni turizm sezonuna ilişkin hazırlıklarını tamamladığını, ancak ortada hiçbir geçerli neden yok iken kiralayan davalının 31.03.2005 tarihinde keşide ettiği ihtarname ile

sözleşmeyi feshettiğini ve boşaltarak market dışına çıkardıklarını, müvekkili şirketin 110bin YTL kira bedeli ödemediği bu işletmeyi davalının haksız fiili sebebi ile işletemediği için en az 250 bin YTL gelirden mahrum kaldığını, davalının BK'nın 249. Maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmedeğinden temerrüde düştüğünü, bu nedenle BK'nın 106. maddesi gereğince aynen ifanın reddi ile müspet zararlarının tazminini talep ettiklerini, ifadeyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 180.000 YTL.'nin 01.05.2004 tarihinden itibaren ticari faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı kiralayan, fesihte kusurlarının olmadığını esasen fazladan tahsil ettikleri kira parasını otel kasasında davacıya ödenmek üzere hazır bulunduklarını bu durumu davacıya 31.03.2005 günlü ihtarla duyurduklarını beyanla, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, asıl davanın kısmen kabulü ile 54.450.00 YTL mahrum kalınan kar kaybı ve 65.778.63 YTL ödenmiş olan kira bedelinden ibaret toplam 120.228.63 YTL'nin dava tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faizi ile davalıdan tahsiline, birleşen davada ise 2.252.50 YTL haksız fiile dayalı zararın haksız fiil tarihi olan 01.04.2005 tarihinden itibaren avans faizi ile davalıdan alınmasına karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel mahkemece, Yargıtay bozma ilamında da belirtildiği üzere, davalı kiralayanın davacı kiracıyı iş yerinden tahliye etmesinin haksız olduğu, bu halde, davacı kiracının BK'nın 106.maddesinde belirtilen seçimlik haklarının mevcut bulunduğu; eğer davalı kiralayan kira süresi sonuna kadar edimini ifa etmiş olsa idi, kiracının bu kira bedelini ödemesi zorunlu olacağından, bu durumda kira bedelinin istirdat etmesine olanak bulunmadığı, dolayısı ile davacının kira parasının istirdadını talep ettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı açıklandıktan sonra; mahkemelerince, kira parasının istirdadına karar verilmediği, bunun mahkemelerince verilen ilk kararda her ne kadar kira bedeli olarak geçmiş ise de, gerçekte somut ve ayrıca ispatı gerekmeyen bir kalem olması nedeni ile davacının kira parası olarak ödediği tutarın müspet zarar olduğu; bunun bir kiranın iadesi olmayıp, müspet zarar tazminatı içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilerek sonuca varıldığı; davacının fesih nedeni ile sağladığı bir hak ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazancının olmayacağı anlaşıldığı, bu nedenle BK'nın 325. maddesi uyarınca ayrıca kar mahrumiyetinden kesinti yapılmasına gerek olmadığı kabul edildiği, zaten, davacının iş yerine kullanmadığı dönemde elde edeceği kar mahrumiyeti hesaplanırken işletme için gerekli giderlerin ayrıntısının bilirkişi raporunda gösterilmiş ve kar mahrumiyeti bu giderler düşülerek hesaplanmış olduğu açıklanarak önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Davacı kiracı ile davalı kiralayan arasında birinci kira dönemini takip eden ve 01.11.2004-31.12.2005 tarihleri arasındaki dönemi kapsayan, otelin market bölümüne ilişkin bir kira sözleşmesi yapıldığı ve kira bedeli olan 58.500 Euro'nun kiracı tarafından peşin olarak ödendiği; davalı-kiralayan tarafından davacının kiralayıp işlettiği marketin 01.04.2005 tarihinde eşyalarının boşaltılmak sureti ile kira sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği konusunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; davacının iş yerini kullanmadığı dönemde elde edeceği kar-dan mahrumiyeti hesaplanırken, işletme için gerekli giderlerin bilirkişi raporunda gösterilerek, kar mahrumiyetinin bu giderler düşülerek hesaplanıp hesaplanmadığı; buna göre, davacının kar mahrumiyeti zararının bozmada belirtilen şekilde hesaplanarak, varsa bu zarar ile haksız fiilden kaynaklanan zarara hükmedilmesi ve fazla ödenen kira parasına ilişkin davacı talebinin de reddedilmesinin gerekip gerekmediği; noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, müspet ve menfi zarar kavramları ile kar kaybı tazminatına ilişkin şu genel açıklamaların yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Alacaklının, borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir tek edimi yani bir tek alacak veya borcu ihtiva eden hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç, bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı değildir, bu edimlerin yerine getirilmesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağı da borç kavramı içindedir.

Borçlar Yasası'nın 96. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir.

Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kar mahrumiyetini de içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur. (Prof. Dr. H. Tandoğan Türk Mesuliyet Hukuku 1961 s.426 vd.)

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi, sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır. Alacaklı her zaman için ifa gecikme tazminatı isteğinde bulunabilir; derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve menfi zararını isteyebilir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur: sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.

Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmayıp uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, age.,s.427) Bu husus Borçlar Kanunu'nun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: Burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, age.,s.427-428) Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi;

Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar; Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi; sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararlar; hükümsüz sayılan sözleşmeye satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi, başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar; dava masrafları.

Bu tür bir zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Genel olarak menfi zarar: sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, s.482)

Kar kaybı ise kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kar kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kar kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 01.11.2004-31.12.2005 dönemini kapsayan kira sözleşmesinin, süresi bitmeden davalı tarafından 31.03.2005 tarihinde, subjektif bazı değerlendirmelerle kusurlu olarak feshedildiği belirgindir. Bu durumda, sözleşmeden dönmeyen kiracı, kusurlu fesih nedeniyle kiralayan davalıdan kar kaybı zararının kendisine ödenmesini isteyebilir.

İki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde Borçlar Kanunu'nun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kar kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanununun 325. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir. Bu yöntemle göre hesaplanan kar kaybı; sözleşme ifa ile bitseydi zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden, yapması gereken tüm zorunlu harcamalar ile sözleşme süresinden önce feshedildiğinden, sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarlarının toplamı indirilerek bulunur. Bu şekilde elde edilecek fark miktara ise net kar denilir. Bu yöntemle uygun kar kaybı zararı hesaplanırken davacının ödemesi gereken kira paraları da davacının yapması zorunlu giderler arasında bulunmaktadır.

Buna karşılık, dosya kapsamına göre; kira bedeli davacı kiracı tarafından davalı kiralayana peşin olarak ödendiğinden, bu bedelin davacıya geri ödenmesi gerekir. Şöyle ki, davacı kiracının BK'nın 106. maddesinde belirtilen seçimlik hakları mevcuttur. Nitekim davacı, bu seçimlik haklarından aynen ifanın reddi ile müspet zararını talep etmiştir. Davacı dilekçelerinde peşin olarak ödemiş olduğu kira bedelinin iadesini de talep etmişse de, gerçekte bu talebinin peşin olarak ödemiş olduğu kiranın geri verilmesi olmayıp, bu kira tutarının da müspet zarar içerisinde olması nedeni ile müspet zarar hesaplanırken nazara alınması talebini içerdiği anlaşılmaktadır.

Özel Daire'nin bozma ilamında da belirtildiği gibi, kiralayanın normal şekilde edimini ifa etmiş olması durumunda, davacı kiracının kira süresi sonuna kadar bu kira bedelini ödemesi zorunlu olacağından, kira bedelini istirdat etmesi mümkün olmamakla; davacının kira parasının istirdadını talep ettiği kabul edilemez.

Yerel mahkemece kira parasının istirdadına karar verilmiş olmayıp, bu zarar davacının müspet zararı içerisinde yer alması nedeniyle tazminatın içinde hesaplanmıştır.

26.03.2008 tarihli ek bilirkişi raporunda da ayrıntılı hesabı gösterildiği üzere, davacının haksız fesih nedeni ile işyerini kullanmadığı dönemde yapabileceği ciro toplamı 197.000.00 TL olarak gösterilmiştir. Bu cironun içerisinde satılacak malın maliyeti, personel gideri, vergiler, elektrik, telefon, su

ve diğer giderler düşüldükten sonra kalan bakiye kar 124.879 .00 TL. dir. O halde, davacı kira parası ödememiş olsaydı, bu miktar kar elde edebileceği anlaşılmaktadır.

Ancak, davacı kira ödemekle yükümlü olduğundan ve bu döneme teka-bül eden 65.778.63 TL. kira parasını davalıya peşin ödediğinden, ödediği bu kira tutarı kadar karı eksik olmaktadır. Bir başka ifadeyle, karının 65b778.63 TL.si peşin ödediği bu kiraya sayıldığından, net karı bu kira bedeli düşüldükten sonra ve yukarıdaki hesaplama gerekçesi uyarınca 54.450.00 TL. olarak hesaplanmıştır.

Ayrıca, davacı haksız fesih nedeni ile müspet zararlarını talep ettiğinden, ödemiş olduğu kira tutarı da bu zararlarındandır. Zira, davalı edimlerini sözleşme süresince eksiksiz yerine getirseydi, davacı kiracının kiraya konu market işletmeciliği nedeniyle ödemiş olduğu kiraya tekabül eden bedeli de kazanmış olacaktı.

Eğer, davacının bu bedeli isteyemeyeceği kabul edilirse, davacı kira parasını peşin ödediği halde marketi işletemediğinden, bu kira parasına tekabül eden rakamın geri kazanmasına imkan bulunmamaktadır.

Davacının kira parasını ödeyecek olması, bu kira bedelinin marketteki genel ciro neticesinde kendisine dönmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak doğaldır ki, bu bir kar kaybı değildir. Zira genel ciro içerisindeki bu kazanç kira bedeline gideceği için davacının cebine girmeyecek, ama neticede davacının genel cirosu içerisinde davacıya geri dönecektir. Yani davacı, kira parasını karından ödemiş olacaktı. Halbuki, iş yerinin sözleşmeye aykırı şekilde tahliye edilmesi nedeni ile ödemiş olduğu kira parasını karşılayacak şekilde kazanç elde etme olanağından mahrum kalmıştır. Dolayısı ile bu zararın da bir müspet zarar olduğu belirgindir.

Davacı BK'nın 106`daki seçimlik bu hakkını kullanmayıp akdin haksız feshi nedeni ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, taşınmazı kullanmadığı döneme ilişkin kira bedelinin geri istemiş olsa idi, bu döneme tekabül eden 65.778.63 TL.'yi geri alabilecekti. Esasen davalı da bu bedeli ödemeye hazır olduğunu gerek davadan önceki ihtarnamesinde gerekse dava sırasında beyan etmiştir.

Bu nedenledir ki, yerel mahkemece; her ne kadar kira bedeli olarak istenilmiş ise de, gerçekte somut ve ayrıca ispatı gerekmeyen bir kalem olması nedeni ile davacının kira parası olarak ödediği tutarın müspet zarar olduğu ve bunun bir kiranın iadesi olmayıp, müspet zarar tazminatı içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilerek sonuca varılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Kar mahrumiyeti hesaplanırken BK'nın 325. maddesi kıyasen uygulanması yönünden ise, davalının gerek bilirkişi raporlarına beyanlarında, gerekse temyiz dilekçesinde davacının fesih nedeni ile sağladığı, yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarları ile ilgili bir talebi ve itirazı olmamıştır.

Yani, davacının tazminatından bu şekilde bir indirim yapılmasını gerektirir bir beyanı ve delili dosyaya sunulmamıştır. Kaldı ki, davaya konu iş, otelde market işletmeciliği olup; 01.07.2008 tarihli ek bilirkişi raporunda açıkça belirtildiği üzere, bu tür iş yerleri turizm sezonunun bittiği Kasım ayından itibaren turizm sezonunun başladığı Nisan ayından önceki zamanlarda kiralanmaktadır. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi turizm sezonunun başladığı 01.04.2005 tarihinde davalı şirket tarafından feshedilmiştir. Bu tarihten sonraki aynı nitelikteki bir iş yeri en erken 2005 yılı turizm sezonunun bittiği Kasım ayında kiralanabilecektir. Fesih tarihi itibarı ile turizm sezonu başlamış olup, aynı nitelikteki bir işyerinin kiralama ihtimali bulunmamaktadır. Öyle ki, davacının fesih tarihinden itibaren en erken 7 ay sonra benzer bir iş yerini kiralama şansı bulunmaktadır. Davacının işi market işletmeciliği olduğuna göre, bu 7 aylık sürede sadece 7 ay için şehir içerisinde veya başka bir yerde (otel hariç) market açıp işletmesi, işin doğasına ve tabiatına aykırı olup, hâkimin genel bilgisi ile dahi değerlendireceği bir husus olduğundan, davacının fesih nedeni ile sağladığı bir hak ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazancının olmayacağı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, BK'nın 325. maddesi uyarınca ayrıca kar mahrumiyetinden kesinti yapılmasına gerek olmadığı kabul edilerek, davacının iş yerini kullanmadığı dönemde elde edeceği kar mahrumiyeti hesaplanırken, işletme için gerekli giderlerin ayrıntısı bilirkişi raporunda gösterildiğinden ve kar mahrumiyetinin bu giderler düşülerek hesaplandığı anlaşıldığından, bu yönlere dayanan direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, kararın onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** aşağıda dökümü yazılı (5.621.65 TL.) harcı temyiz edenden alınmasına 12.05.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

HAKSIZ FİİL • ZAMANAŞIMI SÜRESİ**DEPREMDE YIKILAN BİNA**

ÖZET: Eğer haksız fiilin neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş ise, sadece haksız fiilin gerçekleşmesiyle zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.

Kurallara aykırı yapılan binanın depremde yıkılması sonucu oluşan zarara ilişkin tazminat davasının zamanaşımı süresi binanın yapıldığı tarihten itibaren değil, binanın depremde yıkıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

Davada uzamış ceza zamanaşımı süresi de dikkate alınmalıdır.

YHGK E:2010/4-111 K:2010/137 T:10.03.2010

(...1-Davacıların davalı Eskişehir Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ilişkin temyizi yönünden, dava, 17 Ağustos 1999 depreminde davacıların bağımsız bölümünün bulunduğu apartmanın yıkılması nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, zamanaşımının geçtiği gerekçesiyle istem reddedilmiş, karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Denetim ve kontrol işi, belediye idarelerine kamu yasası ile verilmiş olan görevin yerine getirilmesi gereğidir. İşin kusurlu yürütülmesi ve bunun sonucunda zarar doğması hizmet kusurundan doğan bir zarardır. 11.02.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nun birinci bendi gereğince bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve proje yapıp o plan ve projeler gereğince iş görmesi de idari kararların sonucu olan birer idari eylemdir.

Davacılar, davalı belediyenin yeterli kontrolü yapacak teknik eleman çalıştırmadığını, bina projesinin deprem katsayısına göre yapıp yapılmadığı yönünde yeterli kontrolü yapmadığını, bölgenin ve binanın özelliklerine göre yetersiz olan projeyi tasdik ederek çürük bina yapılmasına göz yummak suretiyle bağımsız bölümünün depremde yıkılmasına yol açtığını ileri sürerek sorumlu tutulmasını istediklerine göre hizmet kusuruna dayanan bu tür zararın ödetilmesi amacıyla açılan davaya bakma görevi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idari yargı yerine

aittir. Şu durumda yerel mahkemece davalı belediye yönünden, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmek gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

2- Davacıların davalı H.G'ye yönelik temyizine gelince; dosya kapsamına göre, davacıların bağımsız bölümünün bulunduğu apartmanın deprem nedeniyle yıkılması olayında 32 kişinin ölümü, 14 kişinin yaralanmasından dolayı davalı fenni mesul H.G'ün hakkında Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'nde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 383/2 maddesinden dava açılmış ve yargılama sonucunda adı geçen cezalandırılmasına karar verilmiş olup temyiz aşamasındaki bu karar henüz kesinleşmemiştir.

Davalı Haşim Güngörsün`ün cezalandırılmasına ilişkin karar 16.02.2007 gününde verilmiş olup eldeki tazminat davası ise ceza kaarrından bir gün önce 15.02.2007 günü açılmıştır. Davacılar görülmekte olan ceza davasına katılma isteminde bulunmuşlardır. Davacılar, ceza davasına müdahil olarak katıldıkları dönemde yürürlükte bulunan Ceza Mahkemeleri Usulü Yasası'nın 365/2. maddesi uyarınca kamu davasına katılmak suretiyle uğradıkları zararın ödetilmesini isteyebilecekleri gibi inceleme konusu olan davada olduğu gibi hukuk mahkemesinde ayrı bir dava açmak suretiyle de tazminat isteminde bulunabilirler.

Şu durumda, yerel mahkemece, ceza davası sonuçlanmadan önce açılan eldeki davanın süresinde açıldığı ve zamanaşımına uğramadığı sonucuna varılarak işin esasının incelenmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle istemin zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız fiilden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir.

Davalılar, zamanaşımı definde bulunmuştur.

Mahkemece, hukuk davalarında 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin nazara alınamayacağı, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki 5 yıllık uzamış zamanaşımı süresinin somut olay yönünden gerçekleştiği, gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davacılar vekilinin temyizi üzerine Yüksek Özel Daire; mahkeme kararını davalı belediye yönünden yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar vermek gerektiği noktasından, diğer davalı yönünden ise yukarıya aynen alınan gerekçeyle sonuçta ceza davası sonuçlanmadan eldeki davanın açıldığı ve zamanaşımına uğramadığı işin esasının incelenmesi gerektiğine işaretle bozulmuştur.

Mahkeme, davalı Belediye yönünden bozma ilamına uymuş, yargı yolu nedeniyle davanın reddine; diğer davalı yönünden önceki kararında direnerek davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Davacılar vekili, her iki davalı açısından verilen hükmü temyize getirmiştir.

1- Mahkemece davalı Belediye yönünden yargı yolu yönünden davanın reddi gerektiğine ilişkin bozma nedenine uyulmuş, böylece yeni bir hüküm oluşturulmuştur.

Bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının inceleme mercii Hukuk Genel Kurulu değil, Özel Dairedir.

Açıklanan nedenle dosyanın davalı belediye yönünden verilen yeni hükme yönelik temyiz itirazları incelenmek üzere Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

2- Diğer davalı Haşım yönünden verilen direnme kararına yönelik temyize gelince;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; depremde yıkılan binanın mimari ve statik betonarme projelerinde imzası bulunan ve aynı zamanda teknik uygulama sorumlusu olan davalı mimar yönünden açılan ceza davasının, eldeki tazminat davasına etkisinin olup olmadığı ve bu davalı hakkındaki davanın yasal zamanaşımı süresi içinde açılıp açılmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Davanın hukuksal dayanağı haksız fiildir.

Haksız fiil, hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Haksız fiilden söz edilebilmesi için, şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalıdır. İkinci unsur, fiili işleyenin kusurudur. Üçüncü olarak, kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalıdır. Nihayet, doğan zarar ile, hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda, haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Kural olarak, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için alacaklının talepte bulunma hakkının varlığını veya bunun muacceliyet kazandığını öğrenmesi şart değildir. Örneğin, BK'nın 207. maddesine göre, menkul satımında satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi, ayıp sonradan ortaya çıksa bile, malın tesliminden itibaren baş-

lar. BK'nın 215. maddesi de taşınmaz satımı yönünden benzer bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla bu gibi hallerde, zamanaşımı süresi, alacaklının talep hakkının varlığını öğrenmesinden önce de başlayabilir.

Buna karşılık yasa; haksız fiil, haksız iktisap gibi durumlarda, anılan kurala önemli istisnalar getirmiş ve zamanaşımı süresinin başlamasını subjektif bir unsura, alacaklının belirli olguları öğrenmiş bulunması koşuluna bağlamıştır. (Türk ve İsviçre Borçlar Hukukunda zamanaşımının başlangıcı yönünden geniş bir açıklama için, Bkz: Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Çeviren: Cevat Edege, C: 1-2, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, sayfa: 697)

Belirtildiği gibi, yasanın, zamanaşımı süresinin başlaması için alacaklının belli olguları öğrenmiş olması koşulunu aradığı hallerden biri, haksız fiilden kaynaklanan tazminat borcudur. Buna ilişkin bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerini öngören BK'nın 60. maddesinde, bir yıllık zamanaşımı süresinin, zarar görenin, zararın varlığını ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında, alacaklı zararın varlığını ve zarar vereni bilmediği sürece, zamanaşımı süresi başlamayacaktır.

Zararın varlığını öğrenme koşulu, öncelikle zararın gerçekleşmiş olmasını gerektirir: Henüz gerçekleşmemiş bir zararın, herkes gibi, o zararın tazminini isteyebilecek olan alacaklı (zarar gören) tarafından da öğrenilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı fiil işlenmesine rağmen, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış; zararın ortaya çıkması için, fiil tarihinden sonra birtakım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise, doğal olarak zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması da mümkün olmayacaktır.

Her ne kadar, BK'nın 60. maddesinde, “.... Dava.... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunamaz.” Hükümü yer almakta ve böylece, ilk bakışta fiil tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımının mutlak surette gerçekleşeceği gibi bir anlam çıkmakta ise de, gerçekte böyle bir sonuca varılmasına olanak yoktur. Öncelikle, anılan hükümde yer alan “zararı müstelzim” ifadesindeki müstelzim sözcüğünün “gereken, gerekli, gerektiren” şeklindeki sözlük anlamından farklı olarak “neden olan” şeklinde; “zararı müstelzim” sözlerinin de “zararı doğuran, zarara neden olan” şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, “zararı doğuran, zarara neden olan” şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, “zararı müstelzim” ifadesi, “zararı gerektiren” şeklinde değil, “zararı doğuran” şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak BK'nın 60. maddesindeki “.... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra...” söz dizini, “Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu takdirde ise, söz konusu hükme özellikle “zararı doğuran” sözlerine gereken

vurgu yapılarak anlam yüklendiğinde, Yasanın on yıllık sürenin başlayabilmesini de, ortada, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, zarar doğuran bir fiilin bulunması koşuluna bağladığı sonucuna varılır.

Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığından söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve –koşulları varsa- kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir.

Özetlemek gerekirse; BK'nın 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir.

Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki BK'nın 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki “muacceliyet” kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığına, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine “alacak” kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır.

Bütün bu açıklamalar, BK'nın 60. maddesindeki 10 yıllık sürenin, her hâlükarde, zararın meydana geldiği, haksız fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşip hukuken bu niteliğe büründüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ortaya koymaktadır.

Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde:

Davaya konu bina her ne kadar 1978 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibariyle hukuken binanın davalı ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalının haksız fiili, onun sonucunda olduğu ileri sürülen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin olduğu) 17.08.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, BK'nın 60. maddesindeki bir ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır.

Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması da, deprem nedeniyle oluşan zararların tazminine ilişkin davalarda, zararın öğrenildiği tarihin, dolayısıyla, evveliyetle o zararın ortaya çıktığı deprem tarihinin zamanaşımı sürelerine başlangıç olarak alınması gerektiği yönündedir.

Nitekim, yukarıda açıklanan ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 04.06.2003 gün ve 2003/4-400 E. 2003/393 K.22.10.2003 gün ve 2003/4-603 E.2003/594 K.03.12.2003 gün ve 2003/4-658 E. 2003/727 K. Sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Diğer yandan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda, 17 Ağustos 1999 tarihli depreme ilişkin bir ceza davasında, TCK'nın 383/2. maddesinde düzenlenen suçun, binanın tamamlandığı (Yapı kullanma izin belgesinin alındığı) tarihte değil, binanın deprem sonucunda yıkıldığı anda işlenmiş sayılması gerektiğine oybirliğiyle karar vermiştir. (Y.C.G.K.nun 4.3.2003 gün 2002/9-314 esas, 2003/15 karar sayılı kararı)

Davaliya atfedilen haksız fiilin, aynı zamanda cezayı da gerektiren bir fiil niteliği taşıdığı, dolayısıyla, söz konusu YCGK kararının, eldeki davaya konu haksız fiil yönünden de geçerli bir saptamayı içerdiği kuşkusuzdur.

Belirtilmelidir ki, hem haksız fiil olarak tazminat borcunu, hem de suç oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren bir fiilin, medeni hukuk ve ceza hukuku açısından farklı tarihlerde işlenmiş (tamamlanmış) sayılmasını haklı gösterebilecek herhangi bir hukuksal gerekçe mevcut olamaz.

Yine, BK'nın 60/2. maddesindeki uzamış zamanaşımı kuralını öngören hükmün, ceza zamanaşımı gerçekleşmiş olmadıkça, hukuk davasının zamanaşımına uğramasını önleme amacını güttüğü de, 1 ve 2. Fıkraların sıralanış biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. O halde, aynı zamanda suç da oluşturan, eldeki davaya konu haksız fiile ilişkin ceza zamanaşımı gerçekleşmedikçe, ona dayalı tazminat isteminin zamanaşımına uğraması da hukuken mümkün olmayacaktır.

Ceza davasının açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Mahkemeleri Usulü Yasası'nın 365. maddesinde "Suçtan zarar gören her şahıs tahkikatın her halinde müdahale yolu ile hukuku amme davasına iltihak edebilir. Bu suretle amme davasına iltihak edenler şahsi haklarını da isteyebilirler." Hükmü de yer almaktadır.

Zarar görenler, olay ve ceza davasının açıldığı tarihte yürürlükte bulunan bu madde dolayısıyla ceza davasına katılarak, ceza mahkemesinden tazminat isteyebilecekleri gibi, hukuk mahkemesinde de dava açabilirler.

Bu genel açıklamalardan sonra, eldeki uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak, davalı hakkındaki ceza davasının eldeki hukuk yargılamasına etkisi üzerinde durulmasında da yarar vardır.

Eldeki davaya konu binanın depremde yıkılması sonucu 32 kişinin ölümlü ve 14 kişinin yaralanması nedeniyle diğer sanıklar yanında davalı mimar hakkında da 14.09.1999 tarihinde ceza davası açılmış ve davacılar bu davaya müdahil sıfatıyla katılmışlardır. Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/405 esas sayılı dosyasında görülen dava 16.02.2007 tarihinde sonuçlanmış; davalı mimarın mahkumiyetine; katılanların tazminat hakkının saklı tutulmasına karar verilmiştir.

Eldeki dava ise, bu karardan bir gün önce 15.02.2007 tarihinde, ceza kararı kesinleşmeden açılmış, tazminat istenmiştir.

O halde henüz ceza davası sona ermeden ceza davasına katılanlar tarafından açılan hukuk davasında zamanaşımının sona erdiğinden bahsedilemez.

Hal böyle olunca, mahkemece yapılacak iş, davanın zamanaşımı süresi içerisinde açılmış olduğu benimsenmek suretiyle, işin esasına girilerek, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde hukuken geçerli tüm delilleri sorulup toplanarak, ortaya çıkacak uygun hukuksal sonuç çerçevesinde bir karar verilmesinden ibarettir.

Sonuç olarak dava zaman aşımına uğramamış olduğuna göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

1- (1) maddede açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **4. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,**

2- (2) maddede açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının iadesine,

10.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAHLİYE • İCRANIN GERİ BIRAKILMASI

ÖZET: Davacı, kiracı olarak bulunduğu taşınmazın ihale sonucunda davalıya satıldığını, hakkında tahliye emri düzenlendiğini, tahliye emrinin durdurulması istemiyle açtığı davanın reddine ilişkin kararı icranın ertelenmesi istemli olarak temyiz ettiğini, icranın geri bırakılması kararını sunmak üzere kendisine verilen 30 günlük süre içinde davalının yıkım işlemlerini başlatması sonucu eşyasının zarara uğradığı iddiasıyla maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşsa da talep reddedilmiştir.

Davalının 28.4.2004 günü gerçekleştirdiği tahliye eylemi hukuka aykırıdır. Ancak, davacının da bu süreç içindeki tutum ve davranışları bölüşük kusur niteliğindedir. Bu durumda, davalının maddi tazminat istemi yönünden sorumluluğu bulunduğu benimsenerek zararın kapsamı belirlenmeli, davacının da bölüşük kusuru bulunduğu gözetilerek belirlenen maddi tazminat tutarından uygun bir indirim yapılmalıdır.

Y.HGK E:2010/4-220 K:2010/269 T:12.05.2010

Taraflar arasındaki “Maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 14.02.2008 gün ve 2005/180 E – 2008/57 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 27.04.2009 gün ve 2008/10868-2009/5914 sayılı ilamı ile;

(“..... 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının manevi tazminat istemine ilişkin temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının maddi tazminat istemine yönelik temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istem reddedilmiş; karar davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacının kiracı olarak oturduğu taşınmaz ihale sonucunda davalı tarafından satın alınmış ve davacı hakkında tahliye emri düzenlenmiştir. Tahliye emrinin durdurulması istemi ile açtığı davanın reddine ilişkin karar, davacı tarafından icranın ertelenmesi istemli olarak temyiz edilmiş ve davacıya 26.04.2004 gününde icranın ertelenmesine ilişkin kararı sunması

için 30 günlük süre verilmiştir. Davalı tarafından 28.04.2004 günü davacının da taşınmazda bulunduğu sırada yıkım işlemleri başlatılmış ve dava konusu eşyaya zarar verilmiştir.

Davacı, icranın ertelenmesi kararının sunulması için tanınan süre içerisinde yapılan tahliye işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının taşınmazı tahliye etmediği ve zararın doğumuna neden olduğu gerekçesiyle istemin tümünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, tahliye emrinin durdurulması isteminin reddine ilişkin karara karşı temyiz yoluna başvurmuş ve davacıya icranın ertelenmesi kararı sunması için 26.04.2004 günü 30 günlük süre tanınmıştır. Davacının bu yasal hakkını kullanmasını bekleyerek, 30 günlük süre içerisinde tahliyeye yönelik eylem ve işlemlerde bulunmaması gereken davalının 28.04.2004 günü gerçekleştirdiği tahliye eylemi hukuka aykırıdır. Ancak, davacının da taşınmazın tahliyesine ilişkin süreç içerisindeki tutum ve davranışları bölüşük kusur niteliğindedir. Şu durumda, davalının maddi tazminat istemi yönünden sorumluluğu bulunduğu benimsenerek zararın kapsamı belirlenmeli, davacının da bölüşük kusuru bulunduğu gözetilerek belirlenen maddi tazminat tutarından uygun bir indirim yapılmalıdır.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir....”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, çekişmeli taşınmazı gözlükçü olarak kiraladığını, taşınmazın bulunduğu binanın ortaklığın giderilmesi davası sonucu davalıya satıldığını, davalının tahliye emri gönderdiğini, buna karşı tahliye emrinin iptali için dava açtığını, dosya Yargıtay aşamasında iken İcra Müdürlüğü'nden tehiri icra kararı getirmek üzere 26.04.2004 tarihinde 30 gün süre almasına rağmen, bu süreye uyulmayarak, davalının dükkanının içinde bulunduğu binayı yıktığını ve gözlüklerinin zarar gördüğünü, kendisinin de küçük düştüğünü ileri sürerek, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, davacının kendi kusuru ile zarara sebebiyet verdiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Dairece, davacının manevi tazminat istemine ilişkin temyiz itirazları reddedilmekle bu konuda verilen red kararı kesinleşmiştir.

Uyuşmazlık, davacı lehine maddi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği noktasındadır.

Somut olayda, davacının kiracı olarak oturduğu taşınmazın ihale sonucunda davalı tarafından satın alınıp davacı hakkında tahliye emri düzenlendiği, davacının tahliye emrinin durdurulması istemi ile açtığı davanın reddedildiği, bu kararın davacı tarafından icranın ertelenmesi istemli olarak temyiz edilerek davacıya 26.04.2004 gününde icranın ertelenmesine ilişkin kararı sunması için 30 günlük süre verildiği, bu aşamada davalı tarafından 28.04.2004 günü davacının da taşınmazda bulunduğu sırada yıkım işlemlerinin gerçekleştirildiği ve bu sırada da dava konusu eşyaya zarar verildiği belgindir.

Açıklanan maddi olgu ve dosya içeriğine göre, çekişmeli taşınmazı ihale sonucunda satın alan davalının tahliye istemi haklı olmakla beraber, davacının tahliyeye ilişkin icranın ertelenmesi yönünde karar alma konusundaki yasal hakkını kullanmasını ve erteleme için verilen süreyi beklemeden 28.04.2004 tarihinde yıkım olayını üstelik davacının dükkanında eşyalar mevcutken, bu eşyaları binadan tahliye etmeden gerçekleştirmesi, böylece üzerine düşen özene göstermemek suretiyle davacının zararına neden olması hukuka aykırıdır.

Ancak, bozma ilamında da değinildiği üzere, davacının da taşınmazın tahliyesine ilişkin süreç içerisindeki tutum ve davranışları da bölüşük kusur niteliğindedir.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş, davalının maddi tazminat istemi yönünden sorumluluğu bulunduğu benimsenerek zararın kapsamının belirlenmesi, davacının bölüşük kusurunun varlığı da gözetilerek belirlenen bu maddi tazminat tutarından uygun bir miktarda indirim yapılması olmalıdır.

Açıklanan nedenlerle, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 12.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAPU İPTALİ • TAŞINMAZI KULLANIM ŞEKLİ

ÖZET: Davacılar, bağış ve eklemeli kazanmayı sağlayan zilyetlik nedeniyle taşınmazın Hazine üzerindeki kaydının iptaliyle kendi adlarına tesciline karar verilmesini istemişler; mahkemece, davacıların ekonomik amaca uygun tasarruflarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargılama sonunda: Davacılar ve murislerinin dava konusu taşınmazı “harman zamanı harmanın döküldüğü yer” olarak kullandıklarının anlaşılması ve tek başına bu kullanım şeklinin dahi aranan ekonomik amaca uygun tasarruf nitelikte bulunması sebebiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Y.HGK E:2010/8-277 K:2010/310 T:09.06.2010

(“..... Davacılar, bağış ve eklemeli kazanmayı sağlayan zilyetlik nedeniyle 129 ada 12 parselin Hazine üzerindeki tapu kaydının iptali ile adlarına tapuya tesciline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı Hazine vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacıların ekonomik amaca uygun tasarruflarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

4909 m2 yüzölçüme sahip dava konusu parselin kadastro tutanağında; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bu yerin Mustafa oğlu Orhan 1990 yılında dedesinden kaldığı iddia ederek ev yaptığı, ancak zilyetliğinde kesinti olduğu 3402 Sayılı Yasa'nın 14. Maddesindeki koşulların oluşmadığının muhtar ve bilirkişiler tarafından bildirilmesi üzerine 23.05.2002 tarihinde ham toprak niteliğiyle Hazine adına tespit edilmiştir.

Özel harman yeri olarak kullanım, harman mevsimi dışında tarım aletleri ve benzeri makinelerin konulması suretiyle böyle bir yerin tasarruf edilmesi ekonomik amaca uygun sayılır ve özel mülkiyet şeklinde tapuya tescil edilme olanağı sağlar. Dosya kapsamına, dava evrakı ile yargılama tutanakları içeriğine, dava konusu yerin davacıların babaannesi A.Ç. tarafından 10 yıl öncesine kadar harman yeri olarak kullanıldığı, 1984 yılında davacıların babaları ile birlikte ahır yaptıkları, 1995 yılında davacılarından H.Ç.'in ev yaptırdığı, 10 yıl önce babaannelerinin davacılarla bu yeri bağışladığı, harman dışında tarım aletlerini bıraktıkları yerel bilirkişi ve tanıklar tarafından ifade edildiğine, kazanma süresi ve koşullarının davacılar lehi-

ne gerçekleştiği belirlendiğine, kazanmaya engel bir durum bulunmadığına göre davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde harman yeri olarak kullanmanın TMK'nın 713/1. maddesinde yazılı olduğu üzere ekonomik amaca uygun bir tasarruf sayılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamıştır....”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar sonra gereği görüldü:

Dava ve birleşen dava kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Davacılar, kadastro sırasında ham toprak niteliği ile Hazine adına tespit ve tescil edilen taşınmazın murislerinden intikal ve bağış yoluyla kendilerine kaldığını, dava konusu taşınmazın özel harman yeri olarak murisleri ve kendileri tarafından yetmiş yıldan uzun süredir kullanıldığını beyanla taşınmazın tapu kaydının iptali ile adlarına tescilini talep ve dava etmişlerdir.

Davalı Hazine vekili, davacıların zilyetlik süresinin yeterli olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, davacıların kadastro tespiti öncesi yirmi yıldan fazla ekonomik amaca uygun zilyetlikleri bulunduğunun kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; bu karar Özel Daire'ce, metni yukarıda bulunan ilamla bozulmuş; Yerel Mahkeme gerekçesini tekrar ederek ve yasal sınırlarda genişleterek önceki kararında direnmiştir. Hükmü temyize davacılar getirmiştir.

Bozma ve direnme kararının kapsamına göre; dava konusu taşınmazın özel harman yeri olarak kullanıldığı hususu bozma dışı kalmakla kesinleşmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacıların ve taşınmazı onlara bağışlayan murislerinin, özel harman yeri olarak kullanıldığı çekişmesiz olan taşınmaz üzerinde, tespit tarihine kadar yirmi yıldan fazla süreyle, gerçekleşen tasarruflarının, taşınmazın türüne göre aranan ekonomik amaca uygun olup olmadığı ve sonuçta zilyetlikle kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır.

Dava konusu taşınmaz, davacıların babası O.Ç.'ın zilyetliğinde kesinti olması nedeniyle 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14. maddesindeki koşulların oluşmadığının muhtar ve bilirkişiler tarafından bildirilmesi üzerine, ham top-

rak niteliğiyle Hazine adına tespit edilmiştir. Kadastro tespitinde herhangi bir kayıt ve belge esas alınmamış; yargılama sırasında taraflar da bir kayıt ya da belgeye dayanmamışlardır.

Hal böyle olunca, taraflar arasındaki uyuşmazlığın zilyetlik hükümlerine göre çözümleneceği kuşkusuzdur. Bu durumda taşınmaz üzerinde sürdürülen ve iktisap sağlayan süreye ulaşan zilyetliğin zilyedi yararına hukuki sonuç doğurabilmesi için taşınmazın türünün sağlıklı biçimde saptanması, taşınmazın saptanan türüne göre de ekonomik amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti ve sonuçta taşınmazda sürdürülen zilyetliğin, zilyedi yararına hukuksal bir sonuç doğurup doğuramayacağını belirlenmesi gerekir.

Bu bağlamda; özel harman yeri olarak kullanıldığı çekişmesiz olan taşınmazın, ekonomik amaca uygun tasarruf edilmesinden kastedilenin ne olduğunun tespiti gerekmektedir.

Her ne kadar Özel Daire kararında “Özel harman yeri olarak kullanım, harman mevsimi dışında tarım aletleri ve benzeri makinelerin konulması suretiyle böyle bir yerin tasarruf edilmesi ekonomik amaca uygun sayılır ve özel mülkiyet şeklinde tapuya tescil edilme olanağı sağlar.” İfadesinin yer verilmiş ise de Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde özel harman yerinin “harman zamanı harmanın döküldüğü yer” olarak kullanılmasının yeterli olduğu, bu şekilde tasarruf edilmesinin ekonomik amaca uygun sayılacağı ve özel mülkiyet şeklinde tapuya tescil edilme olanağı sağlayacağı; ayrıca harman zamanları dışında kullanma koşulunun ise aranmayacağı, konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Şu hale göre; özel harman yeri, kamuya ait olmayan, malik ya da zilyedi bulunan kişilerce “harman zamanı harmanın döküldüğü yer” olarak kullanılan yer olup; buradaki ekonomik amaç harmanın dökülüp, buna bağlı işlemlerin harman zamanında gerçekleştirilmesidir. Bu şekilde gerçekleşen tasarruf beklenen ekonomik amaca uygun ve iktisap bakımından da yeterli kabul edilmelidir. Harman yerinin açıklanan niteliği gereği, harman dökülme şeklinde gerçekleşen kullanımı yanında ayrıca harman zamanı dışındaki dönemlerde de tarım aletleri ve benzeri makinelerin konulması, ahır, ev veya hayvan barınağı olarak kullanılması zorunluluğu bulunmadığı gibi; harman zamanı dışında böyle bir kullanım şeklinin kazanma koşulu olarak aranması da taşınmazın “özel harman yeri” niteliği ile örtüşmediğinden kabul edilemez.

Açıklanan ilkeler ışığında somut olay ele alındığında;

Görülmekte olan davada, yerel bilirkişi ve tanıklar; davacıların mirasbırakanı babaannelerinin dava konusu yeri 40-50 yıl boyunca özel harman yeri olarak kullandığını, harman zamanı dışında boş bıraktığını, davacıların ise taşınmazı yine özel harman yeri olarak kullandıklarını, 1984 den sonra da ev ve ahır yapıp, harman zamanı dışında da tarım aletlerini koymak suretiyle

zilyetliklerini sürdürdüklerini, murisin taşınmazı on yıl kadar önce davacılara bağışlayıp teslim ettiğini, birbirini tamamlar ve doğrular şekilde bildirmişlerdir.

Bu durumda, davacılar ve murislerinin dava konusu taşınmazı “harman zamanı harmanın döküldüğü yer” olarak kullandıkları belirgindir ve tek başına bu kullanım şekli dahi aranan ekonomik amaca uygun tasarrufun varlığını kabule yeterlidir. Davacıların murislerinin kendilerine bağışlamasından sonra, harman zamanları dışında da bu yeri kullanıyor olmaları bir kazanma için aranan bir koşul olmamakla birlikte dosyada tespit edilmiş bir vakıadır.

O halde, davacılar ve onlara bağışta bulunan murisleri babaannelerinin özel harman yeri niteliğindeki taşınmaz üzerinde tespit tarihine kadar yirmi yıldan fazla süreyle ekonomik amaca uygun şekilde tasarrufta bulduklarının ve böylece taşınmazı zilyetlikle kazanma koşullarının davacılar lehine gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle redde ilişkin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı, açıklanan bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacıların temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 09.06.2010 gününde yapılan ikinci görüşmede oybirliğiyle karar verildi.

TAPU KAYDINA GÜVEN İLKESİ

ÖZET: Davacı, kadastro tespiti sonucunda dava dışı üçüncü kişi adına tespit görüp kesinleşen ve tapuya kayıt edilen taşınmazı, tapu siciline güvenerek satın aldığını, daha sonra Orman G.M. tarafından açılan tapu iptali ve tescil davası sonunda tapusunun iptal edildiğini belirterek uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir.

Davanın kısmen kabulüne ilişkin Asliye Hukuk Mah. Kararını Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, zararın ihmali nitelikteki idari eylemden doğması sebebiyle davanın idari yargıda görülmesi gerektiği görüşüyle bozulmuştur.

Yerel mahkemenin önceki kararında direnmesi sonucunda Hukuk Genel Kurulu, olayda Devletin kusursuz sorumluluğu bulunması sebebiyle (TMK.md.1007) adli yargının görevli olduğuna, dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Yarg. 4.HD'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Y.HGK E:2010/4-349 K:2010/318 T:16.06.2010

“Dava, tapu sicilinin tutulmasından dolayı uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı Maliye Hazinesi ve davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, kadastro tespiti sonucunda dava dışı üçüncü kişi adına tespit görüp kesinleşen ve tapuya kayıt edilen taşınmazı, tapu siciline güvenerek satın aldığını, daha sonra Orman Genel Müdürlüğü tarafından açılan tapu iptali ve tescil davası sonunda tapusunun iptal edildiğini belirterek uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir.

Davacı, davasını tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan Devletin özel hukuk ilkeleri uyarınca sorumluluğunu düzenleyen TMK'nın 1007. maddesine dayandırmıştır. Bu maddeye göre Hazinenin sorumlu tutulabilmesi için zararın tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanmış olması gerekir. Oysa dava konusu zarara neden olan hatalı tespit, kadastro çalışması sırasında oluşmuş ve taşınmaz, orman niteliğinde olmasına rağmen üçüncü kişi adına tespit görmüştür.

Hazine, Devlete ait taşınmazların kadastro tespiti çalışmalarını takip etmemiş, askı ilan sonrasında gerekli itirazını yapmayarak hatalı tescilin oluşmasına ve bunun sonucunda sicile güvenerek taşınmazı satın alan davanın yanılıp zarar görmesine neden olmuştur. Şu durumda, Hazinenin

yasalar uyarınca kendisine verilen bu görevlerini yapmaması sonucu doğan zarar, ihmali nitelikteki idari eylemden doğmuş olup bu tür idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarının görüleceği yer 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idari yargı yerleridir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esas hakkında inceleme yapılmış olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.”

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili ve davalı Hazine vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, zararın ödetilmesi (tazminat) istemine ilişkin olup; dava dışı üçüncü kişi adına tescil kararına dayanılarak tescil edilen taşınmazı, izale-i şüyu davası nedeniyle mahkemece yapılan ihalede satın alan ancak, daha sonra Orman Genel Müdürlüğü tarafından orman olduğu gerekçesiyle açılan tapu iptali ve tescil davası sonunda bu yere ait tapusu iptal edilen kişi tarafından açılmıştır.

Davada önce davalı Hazine yanında izale-i şüyu nedeniyle açık artırma yoluyla yapılan satış öncesindeki eski malik mirasçılar da hasım olarak gösterilmişse de bunlar hakkındaki dava feragatle sonuçlanıp, bu yön kesinleşmiştir.

Tazminat talebine dayanak taşınmazın evveliyat kaydı 21.07.1959 gün ve 107 sıra 4268 yevmiye ile 33 umum kapı 2014 eski kapı no ile Tarla (içinde soğuk su çıkar) vasfı ile tamamı 16 hisse itibarıyla iki hissesi Hüseyin kızı Emine Ünler, yedişerden ondört hissesi Salih evlatları Sabriye ve Selim Şeker adlarına senetsizden Bursa Asliye Birinci Hukuk Mahkemesi'nin 06.04.1959 gün 1958/1372 esas 1959/441 karar sayılı tescil kararına dayanılarak tapuya tescil edilmiştir. Tescil kararında davacılar S.Ş., S.Ş., E.Ü., Davalı ise Hazine-dir. İlam ekinde basit haritası da bulunmaktadır.

Tescili dayanak alan bu kaydın gittisi 13.11.1970 sıra C.197 S.Ş. hissesi olmak üzere şeklindedir. 13.11.1970 tarih 34 sıra 9011 yevmiye 33 kapı no ile S.Ş. adına iken satışından G.Ş. adına tescil edilmiş ve bu taşınmaz Bursa 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1977/42 izale-i şüyu satış dosyası ile davacılar murisi İ.A. tarafından ihale ile satın alınarak (C.1, S.58, 2 sıra 21.12.1978 Y.6798 nolu makbuzla) 21.12.1978 tarih ve 2 sıra nolu kaydı ile onun adına tescil edilmiştir.

Taşınmaz 1983 yılında yapılan kadastro sonucunda da 19.07.1983 tarihinde Esentepe Mahallesi 362 pafta, 3307 ada 5 parsel numarası ile Osman oğlu İ.A. adına içinden soğuk su çıkan tarla vasfı ile tescil edilmiştir.

26.01.1988 tarihinde 427 yevmiye ile gerçekleşen intikal ve taksim sonucunda C.U., C.A., A.B., C.A. adlarına ¼ er hisse ile kaydedilmiştir.

Daha sonra 01.05.2000 tarih ve 2924 yevmiye nolu ifraz neticesinde taşınmaz ikiye ayrılarak; tarla vasfı ile 3307 ada 16 parsel ve 17 parsel numarası almıştır. Beyanlar hanesine 01.05.2002 tarihinde 2924 yevmiye ile "Taşınmaz malın tamamı 6831 Sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca Hazine adına orman sınırı dışına çıkarılan sahada kalmaktadır." Beyanı konulmuştur.

Bu arada 15.03.2002 tarihinde Hazine tarafından C.U., C.A., A.B., C.A. aleyhine Bursa 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/251 esas sayılı dosyasında taşınmazın 6831 Sayılı Kanun'un 2/B maddesi ile Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yer olduğu, tapu kaydının değerini yitirdiği iddiası ile tapu iptali ve tescil davası açılmıştır. Anılan davada, yargılamanın devamı sırasında taşınmaz üzerinde yenileme ile 07.04.2003 tarih ve 3124 yevmiye ile 3307 ada 16 parsel 5511 ada 6 parsel numarasını ve 3307 ada 17 parsel ise 5511 ada 5 parsel numarası almış; bu kez beyanlar hanesinde sadece 12.04.2004 tarih ve 3942 yevmiyeli "Korunması gereken tabiat varlığı" beyanına yer verilmiştir. Dosyada yapılan inceleme ve bilirkişi raporuna göre kesinleşmiş orman kadastro haritasının uygulanmasına dayalı araştırma, inceleme ve keşif sonucu düzenlenen uzman bilirkişi raporuyla, çekişmeli parselin 1965 yılında yapıлып kesinleşen orman kadastrosu sınırları içindeyken, 1975 yılında yapıлып kesinleşen 1744 Sayılı Yasa ile değişik 6831 Sayılı Yasa'nın 2. madde hükmüne göre Hazine adına orman sınırları dışına çıkarıldığı belirlenmiştir. Mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen 02.07.2003 tarihli 2002/251 E. 2003/746 K. sayılı kararın Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nce 15.09.2005 gün ve 2005/7842-10416 sayılı ilamla "davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, delillerin yanlış değerlendirilip davanın reddi yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." gerekçesi ile bozulması üzerine taşınmaz malikleri karar düzeltme isteminde bulunmuş; Y.20 HD 23.06.2006 tarih ve 2006/6860-9160 sayılı ilamla karar düzeltme isteminde reddetmekle mahkemece bozmaya uyulmuş; 08.11.2006 gün ve 2006/437 esas-2006/503 karar sayılı ilamla Hazinesinin davasının kabulü ile 3307 ada 17 parselde davalılar adına olan tapu kaydının iptali ile Hazine adına kaydına karar verilmiştir. Bu karar taraflarca temyiz edilmemekle 05.01.2007 tarihinde kesinleşmiştir.

30.11.2007 tarihinde eldeki dava tazminat istemli olmak üzere açılmıştır.

Mahkemece yapılan inceleme sonunda 26.06.2008 düzenleme 26.06.2008 havale tarihli bilirkişi raporu da alınmak suretiyle, "davacıların murisinin söz konusu taşınmazı Bursa 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1977/42 izale-i şüyu

satış dosyasından 25.8.1977 tarihinde ihale yolu ile satın aldığı, dolayısıyla taşınmazın ilk maliki de olmadığı hususları nazara alındığında; davacıların mahkeme kararı ile tapuları iptal edilen ve ihale yolu ile satın aldıkları bu taşınmazın dava tarihi itibarıyla rayiç bedelini talep etme hakları bulunduğu,...” gerekçesiyle ve taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacılar ve davalı Hazine vekilinin temyizi üzerine karar aşağıya aynen alınan bozma ilamı ile Özel Dairece “.....Hazine'nin yasalar uyarınca kendisine verilen bu görevlerini yapmaması sonucu doğan zarar, ihmali nitelikteki idari eylemden doğmuş olup bu tür idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarının görüleceği yer 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idari yargı yerleridir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esas hakkında inceleme yapılmış olmasının usul ve yasaya uygun düşmediği” gerekçesi ile yargı yolu noktasından bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü temyize taraf vekilleri getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yargı yolu noktasında olup; davanın açıklanan özelliğine göre davaya bakma görevinin adli yargı mercilerine mi, yoksa idari yargı mercilerine mi ait olduğu noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, kadastro işlemlerinden doğan zararın, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin irdelenmesinde yarar vardır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın “Sorumluluk” kenar başlığını taşıyan 1007. Maddesi;

“Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.

Devlet, zararın doğmasından kusuru bulunan görevlilere rücu eder.

Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”

Hükmünü içermektedir.

Burada Devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescili sonucu değişmesi yada yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da aynı kapsamda düşünmek gerekir.

Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Turgut ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No: 1411/03, Strazburg 8 Temmuz 2008) kararında, başvuranların tapuları iptal edilinceye ve Hazine adına tescil edilinceye kadar, taşınmazların hukuken maliki olduklarını ve mülkiyet haklarının tartışmasız delilini teşkil eden sicile güven ilkesinden yararlandıklarını, mülkiyet hakkından kamu yararı bulunması nedeniyle mahkeme kararıyla mahrum kaldıklarını, ancak, Devlet tarafından tazminat ödenmeksizin taşınmazın geri alınmasının orantısız bir müdahale olduğunu ve söz konusu davada tazminat ödememeyi gerektirecek istisnai şartların bulunmadığını kaydederek, kamu yararı ile bireysel haklar arasındaki adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer konudaki 2 Haziran 2009 tarihli ve 343/04 başvuru nolu Hacisalihöğlü-Türkiye kararında da yine aynı sonuca ulaşılmıştır.

AİHM, 13 Ekim 2009 tarihinde de adil tatmine ilişkin kararını açıklamış; söz konusu kararda, başvuranların mülklerinden bir yargı kararıyla yoksun bırakıldıkları tespitine yer verilmiştir. AİHM, başvuranlara uygulanan yoksun bırakma işlemine gerekçe olarak, gösterilen tabiatın ve ormanların korunması amacının 1 No.lu Ek Protokol'ün 1.maddesi anlamında kamu yararı kapsamına girdiğine dikkat çekmekle birlikte, mülkiyetten yoksun bırakma halinde, ihtilaf konusu tedbirin arzu edilen dengeye riayet edip etmediğinin ve bilhassa da başvuranlara orantısız bir yük yükleyip yüklediğinin belirlenmesi için, iç hukukta öngörülen telafi yöntemlerinin dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır. Bu çerçevede AİHM, mülkün değerine karşılık gelen makul bir meblağın ödenmemesi durumunda mülkten mahrum bırakmanın aşırı bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunda mülkten mahrum bırakmanın aşırı bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunun ise 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında ancak istisnai koşullarda meşruiyet kazanabileceğini ve mevcut davada mülklerinin Hazine`ye devredilmesi nedeniyle başvuranlara hiçbir tazminat ödenilmediğini ifade etmiştir.

İstikrarlı Yargıtay uygulamasında da kıyı kenar çizgisi içerisinde kaldığı ya da evveli orman olduğu gerekçesiyle açılan tapu iptali ve tescil davaları sonunda kaydın iptali ile Hazine adına tescile karar verilmesi nedeniyle mülkiyet haklarından mahrum kalanlar tarafından Devlet aleyhine açılan davaların, adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Davaya konu somut olayda, yapılan kadastro işlemine süresi içinde Hazine adına itiraz etmekle yükümlü olan görevliler üzerlerine düşen görevlerini yapmamışlardır. Tapu işlemleri kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK'nın 1007. maddesi anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Hal böyle olunca; Devletin kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan bir zararının oluştuğu ve kadastro işlemlerinden kaynaklanan bu sorumluluğun da TMK'nın 1007. maddesi kapsamında olması gerektiği, davacının bu zararın tazminini Devletten isteyebileceği, bu nedenle de görülmekte olan davanın adli yargıda bakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Nitekim aynı ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 gün ve E.2009/4-383 K.2009/517 sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle; yerel mahkemenin davanın adli yargıda görülmesi gerektiği yönündeki direnme kararı yerindedir. Ne var ki, işin esasına yönelik temyiz itirazları Özel Dairece incelenmemiştir.

Dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin adli yargının görevli olduğu yönündeki direnme kararı yerinde ise de, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **4. HUKUK DAİRESİ'NE** gönderilmesine, 16.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE ÇEVİRİLMESİ

ÖZET: Dava, taraflar arasındaki “elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi” istemine ilişkin olup; mahkemece verilen olumlu karar Özel Dairece: Taşınmaz malikinin 08.01.1982 tarihinde (çocuksuz) vefatıyla mirasının sağ kalan eşi ve kardeşlerine kalması, bunlar arasında ölenlerin bulunması, eş tarafından alınan mirasçılık belgesinin hasımsız olması sebebiyle bozulmuştur.

4721 sayılı TMK'da intifa hakkı düzenlenmemişse de, miras bırakanın öldüğü 08.01.1982 tarihinde yürürlükteki 7438 TKM'de eşin intifa hakkı bulunması; 4722 sayılı “Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un” 1. maddesi hükmüne göre 4721 s. TMK'nın hükümleri geçmişe etkili olmaması sebepleriyle; sağ kalan eşin tam mülkiyet ve intifa; diğer mirasçılardan da mülkiyet ve çıplak mülkiyet paylarını gösteren mirasçılık kararı verilmesi gerekir.

Y.HGK E:2010/6-285 K:2010/326 T:16.06.2010

Taraflar arasındaki “Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 16.05.2008 gün ve 2007/660 E.2008/728 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılardan Ü. ve Ş. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 20.01.2009 gün ve 11912 E, 173 K. Sayılı ilamı ile;

(...Uyuşmazlık elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı Şükrü ve Ülkü vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, tarafların ortak miras bırakanı Fatma 08.01.1982 tarihinde öldüğünü, kendisinden intikal eden 338 No.lu parselin bu güne kadar mirasçıları tarafından birlikte kiraya verilerek kira parasının mirasçılık belgesindeki payları oranında paylaşıldığını, ancak arada mirasçılardan da ölenler olduğundan varis sayısının arttığını, mirasçılar olarak bir araya gelebilme ve anlaşma zorluklarının yaşandığını belirterek, tüm mirasçıların yasal tasarruf haklarının korunması için taşınmaz üzerinde paylı mülkiyete geçilmesini talep etmiştir. Davalı Şükrü vekili, istemin yerinde olmadığını, mirasçılık belgesine göre taşınmazda miras bırakanın eşi Yücel 336 da 84 pay mülkiyet 168 pay intifa hakkının bulunduğunu, bu şekilde paylı malın sürekli bir amaca özgülendiğini, intifa hakkının tapu

kaydına tescil edilmediğini, diğer yandan taşınmazın her yerinde verim kabiliyetinin aynı olmadığını, en küçük parçada müstakil tasarruf yapılamayacağını, parçalarda değer farkının oluşacağını savunmuştur. Davalılar H. ve H., F. intikal eden taşınmazda başka ölümlerinde olması halinde işin içinden çıkılmaz bir hal alacağını, miras bırakanın eşi Y.Ü.'in 1982 yılından beri yasal intifa hakkını itirazsız şekilde bugüne kadar kullana geldiğini, paylı mülkiyete geçilmesi konusunda mirasçılara yapılan çağrılarının bugüne kadar sonuçsuz kaldığını, davayı aynen kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Davalılar Ü. ve Ş.'ye davayı kabul ettiklerini, iştirakin çözülmesini belirtmişlerdir. Diğer davalılar duruşmalara gelmemiş ve bir beyanda bulunmuşlardır.

Elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete geçilmesi istenen Yüreğir Kumrulu Köyü 79.860 M2 alanlı tarla nitelikli 338 parsel No.'lu taşınmaz tarafların ortak miras bırakanı F. adına kayıtlıdır. Adı geçen malikin 08.01.1982 tarihinde çocuksuz ölümü ile geride mirasçı olarak eşi Y. ve davada yer alan kardeşleri kalmıştır. Süreç içinde kardeşlerden de ölenlerin olduğu dosyada bulunan mirasçılık belgelerinden anlaşılmaktadır. Davada dayanan F. ait mirasçılık belgesi ise 20.08.1982 tarihinde ve hasımsız olarak alınmıştır. Yine ölüm tarihi itibarıyla mirasçılık belgesinde mirasçılık payları tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı olarak gösterilmiştir. İlk alınan mirasçılık payları tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı olarak gösterilmiştir. İlk alınan mirasçılık belgesinden sonra mirasçılardan da ölenler olduğundan ve bu durum payların dağılımını etkileyebileceğinden fen memurundan alınan bilirkişi raporuna itibar edilmeyerek hasımlı şekilde mirasçılık belgesi alınmasından ve miras paylarının belirlenmesinden sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden 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 görüldü:

Dava, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili; 08.01.1982 tarihinde çocuksuz olarak vefat eden tarafların ortak miras bırakanı F. adına kayıtlı 338 numaralı parselin mirasçılar tarafından kiraya verilerek gelirin paylaşıldığını, ancak zaman içinde bir kısım

mirasçılardan ölmüş olması ve mirasçı sayısının artması nedeniyle anlaşma olanığının kalmayacağını ileri sürerek, taşınmaz üzerinde paylı mülkiyete geçilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemenin, yargılama sırasında alınan ve miras paylarını tam mülkiyete göre hesaplayan bilirkişi raporunu benimsemek suretiyle “davanın kabulüne” dair verdiği karar; Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, “iştirakin çözülmesi talep edildiğinde intifa hakkının kalkacağı ve payların tam mülkiyete çevrileceği, bilirkişi raporunda da payların tam mülkiyete göre doğru olarak hesaplandığı ve bu itibarla kök murise ait yeni bir veraset ilamı alınmasının sonuca etkili olmadığı” gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dava konusu 338 numaralı parselin kayden maliki olan tarafların ortak miras bırakanı F.'nın 08.01.1982 tarihinde çocuksuz ölümü ile geride mirasçı olarak eşi Y. ile ikinci zümre mirasçılar olan murusin kardeşleri A., Ş., H., M., Ü. ve H. kalmıştır.

Davanın dayanağı olan 20.08.1982 tarihli veraset ilamında, ölüm tarihinde yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 444. maddesine göre 336 tam payın 84 mülkiyet ile birlikte 168 intifa payının murisin sağ kalan eşi Y.`e kalan mülkiyet ve çıplak payların kanunen isabet eden oranlarda murisin kardeşleri A., Ş., H., M., Ü. ve H.'e paylaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Kök muris F.'ya ait 20.08.1982 tarihli veraset ilamında mirasçı olarak yer alan A.'ın 16.12.1993 tarihinde, A.'ın ise 23.02.2000 tarihinde ölümlerinden sonra, geride mirasçı olarak eldeki davada yer alan çocuklarının kaldığı ve her iki mirasçı yönünden alınan 12.06.2007 tarihli veraset ilamlarında, çocuklarına intikal eden pay oranlarının tam mülkiyet üzerinden gösterildiği belirgindir.

Açıklanan maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının kapsamı itibariyle uyumsuzluk; davada dayanılan F. ait 20.08.1982 tarihli mirasçılık belgesinde payların tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı olarak gösterilmiş olması ve bu tarihten sonra mirasçılardan da ölenlerin bulunması karşısında, yeniden mirasçılık belgesi alınarak miras paylarının belirlenmesi ve bu aşamadan sonra işin esasına girilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

03.12.2001 tarih ve 4722 sayılı “Türk Medeni Kanun'un Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 1. maddesinde genel olarak “Geçmişe etkili olmama” kuralı düzenlenmiş ve anılan maddenin birinci fıkrasında, “Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.” Hükmü öngörülmüştür.

Yine aynı Kanun'un “Mirasçılık ve Mirasın Geçişi” başlıklı 17. maddesinde, “Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan

hükümlere göre belirlenir.” Hükmü vaz`edilmek suretiyle; miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere tabi kılınmıştır.

Bu açık hükümlerden anlaşıldığı üzere, gerçek bir kişinin ölümü ile onun hak ve borçlarının mirasçılara geçiş şekli ve içeriği hakkında uygulanması gereken hükümler, ölüm olayının gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümleridir.

Somut olayda, kök muris F. çocuksuz vefat ettiği 08.01.1982 tarihinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümleri yürürlüktedir. Nitekim 20.08.1982 tarihli mirasçılık belgesi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 444. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan pay ve kurallar esas alınarak düzenlenmiştir. Buna göre, kök muris F. çocuksuz olarak vefat etmesi nedeniyle, anılan madde uyarınca sağ kalan eşe mirasın dörtte birinin mülkiyeti ile beraber yarısının intifa hakkı verilmiş, kalan mülkiyet ve çıplak paylar, o tarihte sağ olan kardeşleri arasında paylaştırılmıştır.

Burada önemle vurgulanması gereken husus; ikinci zümre ile birlikte mirasçı olan sağ eşin mirasçılığı ve miras payı kanundan doğduğu gibi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 444. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sağ eşin intifa ya da mülkiyete ilişkin bir seçimlik hakkı söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle sağ kalan eş, murisin külli halefi olmakla $\frac{1}{4}$ oranında tam miras hakkını elde etmekte, $\frac{1}{2}$ oranında ise bir kanuni intifa hakkı sahibi durumuna geçmektedir. (Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul 1978, s: 97)

Şu hale göre, murisin sağ kalan eşinin tam mülkiyet ve intifa hakkına ilişkin hak sahipliği ve bunların oranları, sağ kalan eş hayatta bulunduğu sürece ayakta kalacaktır.

O nedenle; sonradan 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve murisin ölüm tarihi itibarıyla olaya uygulanma olanağı bulunmayan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda intifa hakkının düzenlenmemiş olmasının, sağ kalan eşin intifa hakkının sona ermesine sebep teşkil etmeyeceği açıktır.

Açıklanan ilkeler çerçevesinde, direnme kararında sözü edilen mirasçılar tarafından elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi istemiyle dava açılmasıyla intifa hakkının sona ereceğine ilişkin düşüncenin kabulü de olanaklı değildir.

Yukarıda açıklandığı gibi, davada dayanılan 20.08.1982 tarihli mirasçılık belgesinde murisin sağ kalan eşine ait paylar tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı olarak gösterilmiş, murisin o tarihte sağ olan kardeşleri yönünden ise paylar, mülkiyet ve çıplak pay olarak belirlenmiştir. M. mirasçılarında olup sonradan ölen kardeşleri A. ve A. ait veraset ilamları dosyada bulunmakta ise de, anılan veraset belgelerinde A. ve A.'in salt kendi mirasçıları ve onların tam mülkiyet payları gösterilmiştir.

Kök muris Fatma mirasçılarının miras paylarını belirleyen ve Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise, davada yer alan tüm mirasçılar yönünden yapılan pay dağılımı ve oranlar, salt tam mülkiyet esasına dayanılarak belirlenmi; sağ eşin tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı gösterilmediği gibi, diğer mirasçılara isabet eden mülkiyet ve çıplak mülkiyet pay oranları da ayrı ayrı hesaplanıp belirtilmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, kök muris F. ait 20.08.1982 tarihli mirasçılık belgesinde payların tam mülkiyet ile birlikte intifa hakkı olarak gösterildiği ve o tarihten sonra mirasçılardan da ölenlerin bulunduğu gözetilerek, sağ eşin tam mülkiyet ile birlikte intifa payını ve diğer mirasçılardan da mülkiyet ile çıplak mülkiyet paylarını gösteren mirasçılık belgesinin alınması ve payların buna göre belirlenmesinden sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, hatalı teşhis ve değerlendirmeye dayalı bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne dair verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı Şükrü vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 16.06.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

TİCARİ AMAÇLA TAŞINMAZ SATIŞI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Ticari amaçla satın alınan taşınmaza ilişkin davaya Tüketici Mahkemesinde değil Genel Mahkemelerde bakılması gerekir.

Zira, bu durumda satın alan kişinin “Tüketici” sıfatı bulunmamaktadır.

Y.HGK E:2010/14-358 K:2010/353 T:30.06.2010

Taraflar arasındaki “Tapu iptali ve tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 25.12.2008 gün ve 2007/491 E.2008/637 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 01.10.2009 gün ve 7056 – 10257 sayılı ilamıyla;

“...Dava davalı yükleniciden kazanılan kişisel hakka dayalı mülkiyet aktarımı istemine ilişkindir.

Davalı yüklenici H. temlik konusu bedelin ödenmediğini davanın reddini savunmuştur. Arsa sahibi mirasçısı davalılar kendilerine husumet düşme-yeceğini belirtmiştir.

Mahkemece, dava kabul edilmiştir.

Hükmü davalılar temyiz etmiştir.

4822 Sayılı Kanun'unla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3. maddesi (c) bendi ile konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da Tüketicinin Korunması Kanun'un kapsamına alınmıştır. Dava konusu taşınmaz konut niteliğindedir. Anılan yasanın (e) bendindeki tanıma göre tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi, (f) bendindeki tanıma göre de satıcı: kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetler kapsamındaki tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'unun 23. maddesi hükmüne göre de, bu kanun uygulaması ile ilgili çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılması gerekir.

Somut olayda da, davacı tüketici, yüklenicinin temlikine dayalı olarak mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerin tapu kaydı iptali ve tescil isteğinde bulunduğundan o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması yasadan kaynaklanan zorunluluktur. Mahkemece kamu düzeninden olan görev hususu resen gözetilerek yukarıda yazılı olduğu şekilde işlem yapılması yerine çekişmenin esasının incelenip hükme bağlanması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...”

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacılar, davalılardan yüklenici H.U.A. ile aralarında 10.01.2007 günü adiyen düzenlenen “Daire satış vaadi” başlıklı sözleşme ile, diğer davalıya ait 12103 ada 4 parsel sayılı taşınmazdaki D Blok 3-4-7 nolu bağımsız bölümleri satın aldıklarını, davalının daireleri bitmiş vaziyette teslim etme edimini yerine getirmemesine rağmen tek tarafı olarak sözleşmeyi feshettiğini ve bunu bildirdiğini, gerçekte başka menfaatler elde etme çabasında olduğunu, bu haksız

feshi kabul etmediklerini, sözleşmeye göre ödemeleri gereken 130.000 YTL. yi ödemeye hazır olduklarını ifadeyle çekişmeli dairelerin tapusunun iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir.

Davalılar ayrı ayrı verdikleri cevap dilekçelerinde sözleşmenin geçersiz olup, davacıya hak bahsetmeyeceğini ifadeyle ve ayrıca husumete de itirazla davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı tarafın temyizi üzerine Özel Dairece hüküm yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine kararı Davalılar vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ve malın edinme amacına göre davaya bakma görevinin Tüketici Mahkemesi'ne mi, yoksa Asliye Ticaret Mahkemesi'ne mi ait bulunduğu, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuyla ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde ve genel ilkelere ortaya konulmasında yarar vardır.

4822 Sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde "Bu Kanunun amacı (...) kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir." Şeklinde açıklandıktan sonra 2. maddesinde "Bu Kanun, 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar." hükmüne yer verilmiştir.

Yine aynı Kanunun "Tanımlar" başlıklı 4822 Sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinin (e) bendinde tüketicinin, "bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan ve yararlanan gerçek ve tüzel kişiyi"; (h) bendinde Tüketici işleminin, "mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı - sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi", (f) bendinde satıcının, "kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek ve tüzel kişileri", (c) bendinde ise malın, "Alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları" ifade edeceği belirtilmiştir. 23.maddesinde de, bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı, düzenlemesine yer verilmiştir.

Görülmektedir ki, 4077 Sayılı Kanun, ticari dağıtım zincirinin nihai halkasını oluşturan ve ekonominin nihai hedefi olan tüketicinin, satıcı karşısında daha etkin olarak korunması gereğinden hareketle düzenlenmiş ve bu koruma anlayışı tüketici hukukunun temelini oluşturmuştur.

Tüketici, üretilip piyasaya sürülen ve üretim sürecinin hiçbir aşamasında bilgi sahibi olmadığı ürün veya sunulan hizmeti satın aldığı bir ilişkide zayıf olan taraf olarak kabul edilmiş; yasa koyucu, bu kabulden yola çıkarak iradesini tüketiciyi korumak şeklinde ortaya koymuş; giderek 4077 Sayılı Kanun ile de bu koruma olgusunu yasal düzenleme altına alarak üretim aşamasında bilgi sahibi olmadığı malları veya sunulan hizmetleri satın alan ve sözleşmede satıcıya karşı zayıf durumda olduğu kabul edilen tüketicinin, sonradan bu mal veya hizmetlerin ayıplı çıkması sonucu uğradığı zararın tazminini sağlama yoluna gitmiştir.

Az yukarıda açıklandığı üzere 4077 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk şeklinde "mal" kavramı "ticaret konusu taşınır eşya" olarak tanımlanmışken 4822 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu tanım genişletilmiş; diğer unsurlar yanında "alışverişe konu olan konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar" da mal kavramına dahil edilerek, bunlar da tüketici hukukunun kapsam ve koruması altına alınmıştır.

Eş söyleyişle, 4822 Sayılı Kanun'la, tüketicinin korunacağı alanlar genişletilerek; konut ve tatil amaçlı taşınmazlar da bu Kanun uygulamasında mal olarak kabul edilmiştir. Kanunun uygulanabilmesi için bu taşınmazların satıcısının ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında bu malı sunuyor olması ve alıcının da bunları konut amacıyla satın alması gerekli ve yeterlidir. Kanunda konutun tamamlanmış olup olmadığı yönünden bir ayrıma gidilmemiş; konut amaçlı taşınmaz mal ifadesiyle kullanım amacının konut olması yeterli bulunmuştur.

O halde, 4822 Sayılı Kanun'la konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/c maddesinin kapsamına alındığına göre, kural olarak bunların tüketici hukuku hükümleri kapsamında ve onun korunması altında olduğu kabul edilmelidir. Kısacası, yasa koyucunun koruma iradesinin inşaatı tamamlanmadan veya kat mülkiyeti oluşturulmadan satışa sunulmuş olan konut ve yazlıkları satın alan tüketicileri de kapsadığı kuşkusuzdur. Böylesi bir satın sözleşmesinde tüketicinin, aynı zamanda imalatçı durumundaki satıcıya karşı güçsüz durumda olduğu, bilgi edinme ve ekonomik çıkarlarının korunması haklarını kullanamadığı duraksamadan uzaktır. Bu nedenle de tüketici, satışa konu konutta açık veya gizli ayıpların ortaya çıkması halinde 4077 Sayılı Kanun'un himayesine sığınabilecektir.

Nitekim; açıklanan ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 05.10.2005 gün ve 2005/14-490 E. 563 K. 14.12.2005 gün ve 2005/13-637 E 731 K. 15.11.2006 gün ve 2006/13-644 E. 2006/707, 31.01.2007 gün ve 2007/13-60 E. 45 K. Sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, konut alım satımına dair uyuşmazlıkların 4077 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için açıklanan özellikler yanında tüketicinin malı satın alma amacı da çok büyük önem taşımaktadır. Zira, yukarıda açıklanan kurallar nihai tüketici tarafından kullanım amacıyla alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir.

Hemen burada tüketici kavramı ve unsurları üzerinde ayrıntısıyla durulmalıdır:

Kanunda tüketici, “bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlandığına göre; bu tanımdan hareketle tüketici kavramının unsurları; tüketicinin bir mal veya hizmeti edinmesi, yararlanması veya kullanması, gerçek veya tüzel kişi olması, işlem yaparken amacının ticari veya mesleki olmaması ve son olarak konut ve tatil amaçlı taşınmaz alımlarında kullanım amacını taşıması olarak sayılabilir.

Her şeyden önce her alıcı tüketici değildir. Yasanın lafzından da anlaşıldığı üzere tüketici olarak kabul edilmenin ilk koşulu, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket edilmiş olmasıdır. Böyle olunca, bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satanlar, çıkar karşılığı devretmek üzere satın alanlar, yine bir mal veya hizmeti mesleki veya ticari amaçlarla satın alanlar tüketici sayılamayacaklardır. Burada mal herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönmemektedir.

Öyle ise sonuçta; bir mal veya hizmeti, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, tacir niteliğindeki tüzel kişileri ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir (TTK.m.3) Eğer, bir muamele, fiil veya iş ticari iş ise, bunlara özel ticari kurallar uygulanır. Bu tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanmaları veya tüketmeleri söz konusu değildir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinde, ticaret şirketlerinin tacir sayılacağı hükme bağlanmıştır. O halde bir tacirin, dolayısıyla ticaret şirketlerinin borçlarının ticari olması asıldır. Tüzel kişi tacirin barınma, ısınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların, gerçek kişiler gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilmelidir.

Özel kişiler yönünden ise satın alma nihai kullanım amaçlı olabileceği gibi mesleki veya ticari amaçlı da olabilir. Alan yönünden ticari amaç taşıyan satım sözleşmeleri tüketici hukuku kapsamına girmediği gibi satın alan tüketici, işlemi de tüketici işlemi olarak kabul edilemez.

Hal böyle olunca; konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların ticari gayeyle ve kar etme amacıyla satın alınması, özel amaçla (kullanım) alınmaması durumunda, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözüm mercii, Tüketici Mahkemeleri değil, Ticaret Mahkemeleridir.

Tüm bu açıklama ve kurallar ışığında somut olay irdelendiğinde:

Davalılardan yüklenici H.A. ile diğer davalı arsa sahibi S.Ç. arasında 24.05.2006 tarihli gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiği, davacı ile davalı yüklenici arasında düzenlenen Daire Satış Sözleşmesi ile de, davalı yükleniciye isabet edecek dairelerden D Blok 3,4,7,8,11 ve 12 numaralı altı adet bağımsız bölüm ile blok altında bulunan ve garaj şeklinde düzenlenmiş bodrumun tamamının davacılara satımı konusunda anlaşmaları; 8,11 ve 12 nolu bölümlerin devredildiği, 3,4 ve 7 nolu bölümlerin ise devredilmediği dosya kapsamı ile bellidir.

Yine yüklenici davalının davacı yana gönderdiği 19.12.2006 tarihli ihtarnamedeki beyanından gerçekte 12 adet daire satışının söz konusu olduğu, 10.01.2007 tarihli sözleşme ile sayının 6 adede düşürüldüğü anlaşılmaktadır.

Ayrıca, davacı vekili bozma sonrası 11.02.2010 günlü celsede aynen; “..... müvekkillerimin davalı taraftan satın aldıkları bağımsız bölümlerin birini, ikisini kendi ihtiyaçları olarak alsa bile diğerlerini yatırım maksatlı kira geliri elde etmek maksadıyla almıştır...” şeklinde beyanda bulunmuştur.

Tüm bu olgular birlikte değerlendirildiğinde: davacı yanın anılan taşınmazları ticari amaçla edindiği; böyle bir edinmenin tüketici işlemi olmadığı gibi davacının da tüketici sıfatı taşımadığı anlaşıldığından; konunun Tüketici Mahkemesi'nin görev alanına girmediği, davanın Ticaret Mahkemesi'nde görülüp karara bağlanmasında isabetsizlik bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle; Yerel Mahkemenin görevle ilgili direnme gerekçesi usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.

Ne var ki, bozma nedenine göre işin esasına yönelik temyiz itirazları dairece incelenmediğinden, bu inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, mahkemenin görevli olduğuna ilişkin direnme kararı uygun olup; işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **14. HUKUK DAİRESİ'NE** gönderilmesine, 30.06.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KASKO SİGORTASI • DAIN VE MÜRTEHİN KAYDI**•
DAVADA İZLENECEK YOL**

ÖZET: Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup, sigorta poliçesinde ve araç tescil belgesinde dain ve mürtehin olarak bir banka görünmektedir.

Bu durumda dain ve mürtehin sıfatı bulunan bankanın davanın açılmasına muvafakati olup olmadığı araştırılmalı muvafakat sağlanırsa davaya devam edilmelidir.

Aksi takdirde aktif husumet yönünden dava reddedilmelidir.

Y.HGK E:2010/17-307 K:2010/357 T:30.06.2010

(“...Davacı vekili dava dilekçesinde, davalıya kasko sigortalı olan müvekkiline ait aracın park edildiği yerden çalındığını, başvuruya rağmen davalı sigorta şirketince sigorta bedelinin ödenmediğini, 35.000.00 YTL tazminatın ferileriyle birlikte tahsili için başlatılan ilamsız icra takibinin, davalının itirazı üzerine durduğunu belirterek, itirazın iptaline ve %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, icra takibinden önce müvekkili şirkete usulüne uygun bir başvuru yapılmadığını, haklı olarak takibe itiraz ettiklerini, işlemiş faiz ve icra inkar tazminatı istenemeyeceğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile, davalının takibe vaki itirazının 31.700.00 YTL asıl alacak ve 7.781.46 YTL işlemiş faiz yönünden iptali ile takibin devamına, fazla istemin ve icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

TTK'nın 1269. maddesi uyarınca, malı rehin alan kimse o mal üzerindeki menfaatini kendi adına sigorta ettirebileceği gibi, aynı Yasanın 1270. maddesi hükmü gereğince bir başkasının da rehin konusu malı rehin alan hesabına ve onun lehine sigorta ettirmesi mümkündür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 879. maddesi gereğince, sigorta tazminatının öncelikle rehin hakkı sahibine verilmesi veya açık muvafatının alınması gerekmektedir.

Sigorta poliçesinde ve araç tescil belgesinde dain-mürtehin olarak dava dışı Akbank T.A.Ş. Kayseri Şubesi'nin gösterildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; dain ve mürtehin sıfatı olan bankanın davanın açılmasına muvafakati olup olmadığı araştırılmalı, bankanın muvafakati sağlandığı takdirde yargılamaya devam edilerek dava sonuçlandırılmalı, aksi halde; davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

2- Bozma nedenine göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**; (2) nolu bentte açıklanan nedenlere, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına...")

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminatın tahsili için girilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemenin, davanın kısmen kabul ve kısmen reddine dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel Mahkeme, "Sigorta poliçesinde dain ve mürtehin hakkı bulunan dava dışı bankanın, sigorta bedelinin davacıya ödenmesine yönelik olarak açılan davaya muvafakatının bulunduğu dair belgenin davacı vekilince bozma öncesi dosyaya sunulduğu, Yargıtay bozma ilamında açılan davaya muvafakatin usulüne uygun olmadığını veya yetersiz olduğunu belirtmediği, muvafakatin alınmasına ilişkin araştırmaya yönelik bozma yapıldığı, muvafakatin bozma öncesinde alındığı" gerekçesi ile direnme kararı vermiştir. Hükmü temyize, davalı vekili getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; rehin hakkı sahibi dava dışı bankanın, açılan davaya muvafakatının alınması yönünde araştırma yapılması gerekip gerekmediği, noktasındadır.

Dosya kapsamına göre, yerel mahkeme, sigorta poliçesine konu aracın dava dışı bankaya rehinli olması nedeniyle poliçede dain ve mürtehinin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1273. maddesi gereğince tazminat talebiyle açılan davaya muvafakati olup olmadığına dair yazısını sunması için 16.07.2008 tarihindeki oturumda süre verilmesi üzerine, bir sonraki oturumda davacı vekilince dain ve mürtehin sıfatı olan dava dışı bankadan alınan muvafakat belgesinin dosyaya sunulduğu oturum tutanağının içeriğinden anlaşılmaktadır.

Şu durumda, Yüksek Özel Daire'nin dava dışı rehin hakkı sahibi bankanın açılan davaya muvafakatının alınması yönünde araştırmaya yönelik bozmasına karşı, yerel mahkemenin direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, rehin hakkı sahibi dava dışı bankadan alınan muvafakatin usulüne uygun olup olmadığı hususu ile işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasının incelenmesi için dosyanın **17. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE**, 30.06.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

VASİYET ALACAKLISI • MİRASÇILIK BELGESİ

ÖZET: Dava, vasiyetnamenin okunmasına dair karar kesinleştikten sonra aynı dosya üzerinden mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin olup; talep, duruşma açılmaksızın dosya üzerinden verilen kararlarla reddedilmiş ; Özel Dairece davaya bakılması gerekçesiyle bozulmuştur.

Muris İstanbul İli hudutları içinde bulunan paralarını vasiyetname yoluyla talepte bulunana bırakmıştır. Burada izlenecek yol; öncelikle murisin mirasçılarına bir uyarı göndererek vasiyetin hükmünün yerine getirilmesini istemek, istek yerine getirilmediği takdirde dava açmaktır.

Direnmeye konu olan dosyada ise bu şekilde harcı yatırılarak usulüne uygun bir dava bulunmadığından yerel mahkemenin red kararı doğrudur.

Y.HGK E:2010/7-335 K:2010/388 T:14.07.2010

(... Dava muayyen mal vasiyeti nedeniyle mirasçılık belgesinin verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece Sulh Hukuk Mahkemesinin 2006/1186-

2007/1312 Esas ve Karar sayılı vasiyetnamenin açılması dava dosyası üzerinden duruşma açmaksızın ek kararla davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç hüküm vermeye yeterli değildir.

Davacı Yuliya Tekeli tarafından açılan bu dava bağımsız bir dava niteliğinde olup hukuk davalarında duruşma yapılması ve bu davanın niteliği gereği yargılamanın basit usule göre gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Davanın dosya üzerinde inceleme yapılarak karara bağlanması konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınmamıştır. Ayrıca HUMK 73.maddesine göre de "istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima ve yahut iddia ve müdaafalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremeyeceği" kabul edilmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Talepte bulunan vasiyet alacaklısı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, vasiyetnamenin okunmasına dair karar kesinleştikten sonra aynı dosya üzerinden mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece, kesinleşen karardan sonra aynı dosya üzerinden dosyanın yeniden ele alınarak vasiyet alacaklısına mirasçılık belgesi verilemeyeceğinden bahisle talebin reddine dair verilen karar, özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme önceki gerekçesiyle kararında direnmiştir.

Muris İstanbul ili hudutları dahilinde bankalarda bulunan paralarını vasiyetname yoluyla talepte bulunana bırakmış yani muayyen mal vasiyetinde bulunmuştur. Talepte bulunanın burada izleyeceği yol, öncelikle murisin mirasçılara bir uyarı göndererek vasiyetname yoluyla kendisine bırakılan paraları talep etmesidir. Bu talep yerine getirildiğinde zaten sorun kalmayacaktır. Aksi takdirde vasiyetname alacaklısı mirasçılar aleyhine usulüne uygun olarak vasiyetnamenin tenfizi talebinde bulunması gerekir.

Direnme konu olan dosyada ise bu şekilde harcı yatırılarak usulüne uygun biçimde açılmış bir dava bulunmadığından yerel mahkeme kararı doğrudur.

Bu nedenle usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Talepte bulunan vasiyet alacaklısının temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** 14.07.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASTAN İSKAT • İSPAT KÜLFETİ**MURİSİN YANILMASI**

ÖZET: Mirastan çıkarılan kimsenin itiraz etmesi üzerine bu sebeplerin varlığının ispatı çıkarmadan yararlanan mirasçıya düşer.

Sebeplerin ispatlanmaması halinde murisin tasarrufu geçerli olur, ancak iskat edilen mirasçı sadece saklı payını alır.

Mirastan çıkarılmadan murisin yanılığa düşürülmesi durumunda ise, yapılan iskat tasarrufu tümüyle geçersiz olacağından, iskat edilen mirasçı miras payının tamamını alır.*

Y.HGK E:2010/2-582 K:2010/633 T:08.12.2010

(“... Davacılar 08.04.2002 tarihli vasiyetnamenin iptalini istemişlerdir. Mirasbırakan Nezaket vasiyetnamesinde mirastan çıkarma sebeplerini açıklamıştır. (TMK. Md.510/2.) Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itiraz etmesi halinde bu sebeplerin varlığının ispatı çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşer. (TMK. Md. 512/2) Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. (TMK.md.512/3) Mirasbırakan vasiyetnamesinde mirasçılıktan çıkarma sebeplerini göstermiştir. Davalılar gösterilen sebebin doğruluğunu kanıtlayamamışlardır. Bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 512/3. maddesi uyarınca mirastan iskatın mirasbırakanın tasarruf nisabı oranında geçerli olacağı başka bir ifade ile davacıların saklı paylarını isteyebileceği ve davaya tenkis davası olarak devam edileceği düşünülmeden vasiyetnamenin tümünden iptaline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”)

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

* Gönderen: Av. Talih UYAR

Dava, hukuki nitelikçe mirastan ıskat nedenleri bulunmadığı iddiasına dayalı vasiyetnamenin iptali istemine ilişkindir.

Mirasçılıktan çıkarma koşullarının ispatlanamadığı konusunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Yerel Mahkemece verilen ilk kararda; "... davacıların mirastan çıkarılma- larından yararlanan davalıların, ispat yükü kendilerinden olmasına rağmen çıkarma sebebinin varlığını ortaya koyamamaları nedeniyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 510/2. maddesinde yer alan koşulun olayda gerçekleşme- diği..." gerekçesine dayanılmıştır.

Direnme kararının gerekçesinde ise; "... çıkarma nedeninin bulunmadığı sabit olduğuna göre, miras bırakanın çıkarma nedeni konusunda yanlışlığa düştüğünün kabul edilmesinin gerektiği, olmayan bir olayı veya nedeni varmış gibi görme ve düşünme veya hissetmenin ancak yanlışlıkla mümkün oldu- ğu..." belirtilerek, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 512/3. maddesine dayalı olarak direnme kararı verilmiştir.

Bu nedenle, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında; mahkeme- nin ilk kararındaki gerekçesini değiştirerek, Özel Dairenin incelemesinden geçmeyen yeni bir hüküm kurup kurmadığı; burada varılacak sonuca göre davaya bakma görevinin Özel Daireye mi, yoksa Genel Kurula mı ait olduğu konusu ön sorun olarak tartışılmıştır.

Direnme kararının varlığından söz edilebilmesi için, mahkemece bozma- ya konu olan ilk kararda yer verilmiş olan hususlar direnmeye konu edilmeli; bozmadan esinlenerek yeni herhangi bir delil toplanmadan önceki deliller çerçevesinde karar verilmeli; gerekçe önceki karara göre genişletilebilirse de değiştirilmemelidir. (HUMK.429.mad.) Bir başka deyişle; mahkemece ilk kararda hiç yer verilmemiş değerlendirmelerin, bozmadan esinlenilerek ve bozmada işaret bulunduğu şekilde yapılmış olması durumunda, ortada bir direnme kararının bulunduğundan söz edilemez.

Somut olayda; mahkemece verilen ilk hükümde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 512/3. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "mirastan çıkarma sebebinin ispatlanamaması" olgusuna dayalı olarak hüküm kurulmuş olmasına karşılık; direnme kararında bu gerekçe değiştirilerek aynı maddenin ikinci cümlesinde açıklanan "mürisin mirastan çıkarma nedenleri konusunda açık bir yanlışlığa düşürülmesi" olgusuna dayanılmıştır. Her bir olgunun hukuksal sonucu farklıdır. Çıkarma sebeplerinin ispatlanamaması durumunda mürisin tasarrufu geçerli olur, ancak ıskat edilen mirasçı saklı payını alabilir. Buna karşılık, mirastan çıkarma nedenleri konusunda mürisin açık bir yanlışlığa düşürülmesi durumunda ise yapılan ıskat tasarrufu tümü ile geçersiz olacağından ıskat edilen mirasçı miras payına düşen payının tamamını alır. Bu husus direnildiği ifade edilerek verilen son kararda ortaya atılıp, ilk kararda yer almadığından Özel Daire'nin denetimi dışında kalmıştır.

Hal böyle olunca, ortada varlığından söz edilebilecek bir direnme kararı mevcut olmayıp, bozmadan önce kurulan ve ilk kararda dayanılmayan gerekçelerle verilen yeni bir hükmün bulunduğu kabulü gerekir. Yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının inceleme merci ise Hukuk Genel Kurulu değil, Özel Daire'dir. O halde, dosyanın yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle karşı davalılar vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. Hukuk Dairesine Gönderilmesine**, 08.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BASIN İŞ YASASI'NA TABİ OLARAK ÇALIŞANIN KIDEM TAZMİNATINDA KIDEM SÜRESİNİN HESABI

ÖZET: Gazetecinin kıdem tazminatı hakkının kazanımı için aranan beş yıllık çalışmayı aynı işyerinde gerçekleştirilmesi şart olmadığından, kıdem tazminatı ödemesi son işveren tarafından diğer işyerlerinde yapılan çalışmalar da hesaba katılarak yapılmalıdır.

Dosya kapsamına göre davacının 01.01.1996 tarihinde “Karadeniz Olay Gazetesi Gümüşhane Temsilcisi” olarak çalışmaya başladığı, sözleşmenin feshine kadar zaman zaman çeşitli gazetelerde muhabirlik yaptığı, bu arada yüksek öğretime devam ettiği, kıdem tazminatının sıfırlanmışlığının ispatına yönelik bir savunmanın olmadığı bir başka deyişle davalı işverenin davacının daha önce çalıştığı işyerlerinden kıdem tazminatı aldığına dair bir savunma yapmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece ilk işe giriş tarihinden itibaren sözleşmenin fesh tarihine kadar geçen süre dikkate alınarak kıdem tazminatına hükmedilmesi kural olarak yerindedir.

Ne var ki, Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında özel dairece, dairenin uygulamasının da mahkeme uygulaması gibi olduğu, ancak kıdem tazminatına esas süreye katılmayan ve mahsup edilmesi gereken Basın İş Kanuna tabi olarak çalışılmayan ve/veya hiç çalışılmayan dönemlerin olup olmadığının belirlenmesi gerektiği, dairece bu incelemenin yapılmadığı, bunun için de dosyanın daireye gönderilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu görüş oybirliği ile kabul edilmiştir.

Şu durumda, mahkemenin kıdem tazminatını 01.01.1996 tarihinden itibaren başlatması ve fesih tarihi olan 11.11.2004 tarihine kadar geçen süre dikkate alınarak kıdem tazminatı hesaplaması kural olarak doğru ise de mahsubu gereken sürelerin bulunup bulunmadığının da irdelenmesi gereklidir.

Y.HGK E:2010/9-713 K:2011/51 T:09.02.2011

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 7. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 06.11.2008 gün ve 2006/598-559 sayılı kararın incelenmesi “her iki taraf vekil-

leri” tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.04.2010 gün ve 2009/10954-9139 sayılı ilamı ile;

(“1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre ile davacının tüm, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı 1.1.1996 tarihinde 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununa tabi olarak çalışmaya başladığını, davalı yanında 1.6.97-11.11.2004 arası çalışıp iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem, ihbar tazminatı ve bazı işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı davacının telif ücreti olarak yazı yazdığını, anılan kanuna göre çalışmadığını savunmuştur.

Mahkemece davacının 1.5.98-30.11.1999 ve 1.8.2003-11.11.2004 tarihleri arasında davalı yanında çalıştığı, davalının haklı nedenle feshi kanıtlanmadığı, kıdem tazminatının ilgili kanuna bağlı çalıştığı tüm süre dikkate alınarak hesaplanması gerektiği gerekçesiyle istekler kısmen kabul edilmiştir.

Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki gazetecinin kıdem hakkı bakımından uyuşmazlık bulunmaktadır.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzim Hakkında Kanununun 6. maddesinde, gazetecinin kıdem hakkı özel biçimde korunmuştur. Meslekte geçecek olan 5 yılın büyük önemi vardır. Bu 5 yılın dolması ile kıdem tazminatı talep hakkı doğabilmekte ve işveren feshinde uygulanabilecek olan ihbar öneli 5 yıllık kıdemden ardından 3 aya çıkmaktadır. Yine, 4 haftalık yıllık ücretli izne hak kazanabilmek bakımından gazetecinin 1 yıllık hizmeti aranmakta 10 yılı aşan kıdem halinde ise bu süre 6 haftaya çıkmaktadır.

Gazetecinin meslek kıdemi, gazetecinin meslekte geçirdiği toplam süreyi ifade eder. Kıdem tazminatı ve yıllık izin bakımından meslek kıdemi, gazetecinin gazetecilik mesleğine ilk girişinden itibaren geçerli olmaktadır. Bir başka anlatımla işçinin başka işverenlere ait işyerlerinde edindiği kıdemi sonraki işverenler açısından belli yükümlülükler getirmektedir. Bunun nedeni, kıdemli gazeteciyi çalıştırmanın işveren için önemli bir fayda sağlaması ve yararlanan işverenin de bunun sonucuna katlanması şeklinde açıklanabilir. Yasada kıdem hakkının özel olarak korunması, gazetecilik mesleğinin belli bir birikimin sonucu edinilebildiğine işarettir. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununun 9. maddesi hükmüne göre, gazetecinin meslek

kıdemler bakımından sicillerin mülki amir ve Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü'nce tutulması meslek kıdeminin kayıt altına alınarak korunması çerçevesinde bir düzenlemedir.

Gazetecinin meslek kıdemini belirlemede, Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün kayıtları ile 9. madde uyarınca işverenini verdiği beyannamedeki bilgilerin işlendiği sicil kayıtları esas alınır. Ancak gazetecinin meslek kıdemini daha önce başladığını her türlü yazılı belge ile kanıtlayabilmesi gerekir. Gazeteci ile işveren arasında yazılı bir sözleşme yapılmamış olması ya da işe başladığının ilgili kurumlara bildirilmemesi hallerinde dahi, meslek kıdemini her türlü delille ispatı mümkündür.

Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için meslek kıdemini en az 5 yıl olması şarttır. Ancak, bir defa 5 yıllık kıdem kazanılması durumunda her bir işveren yanında yeni bir 5 yıl kıdem şartı aranmaz (Yarıtay 15.07.2008 gün 2008/3638 E, 2008/20448 K.)

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 8. fıkrasında, bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemini yeni işe giriş tarihinden itibaren hesaplanacağı kuralı mevcuttur. Anılan hüküm, uygulamada gazetecinin kıdemini sıfırlaması olarak bilirse de, en az 5 yıllık meslek kıdemini sıfırlanması söz konusu olmaz. Bahsi geçen düzenleme, gazetecinin aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı almamasını öngörmektedir. Başka bir anlatımla, gazetecinin önceki işverenden kıdem tazminatını alması durumunda son işverenin önceki döneme ait meslek kıdeminden sorumlu tutulamayacağı kabul edilmelidir.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da öngörülen bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceğine dair kuralın Anayasa'ya aykırılığı itiraz olarak ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin 12.08.2008 gün ve 2005/28 E, 2008/122 K. Sayılı kararında, ücret ve fazla çalışma ücretlerin gününde ödenmeme koşuluna bağlı olan söz konusu yaptırımın, kamuoyunu doğru bilgilendirme görevi olan gazetecileri işverene karşı koruma amacını taşıdığı ve gazetecilerin basın özgürlüğünün sağlanması noktasında önemli bir işlev gördüğü açıklanmış ve aykırılık istemi oybirliği ile reddedilmiştir.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 Sayılı Kanun'da kıdem tazminatı hesabında giydirilmiş ücret üzerinden hesaplama yapılacağı öngörülmemiştir. Bu nedenle kıdem tazminatı bürüt ücret üzerinden hesaplanmalı ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanun'un 25/7.maddesine göre kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan tutarı için gelir vergisi uygulanmamalıdır. 5953 sayılı Basın

Mesleğinde Çalışanlarla öngörülmemiş olmakla, hesap yönünden bir üst sınırlama da bulunmamaktadır. Yine anılan yasada fesih tarihinden itibaren faiz ödeneceği ve bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz yürütüleceği yönünde bir düzenleme de yer almamıştır. Bu itibarla gazetecinin kıdem tazminatı için fesih tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi doğru olmaz. İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih ya da dava tarihinden itibaren yasal faize karar verilmelidir.

Somut olayda davacı 1.1.1996 tarihinde başka bir basın işyerinde çalışmaya başlamış, daha sonra davalı yanında iki dönem halinde çalışmaya devam etmiştir. Davacının kıdeminin başlangıcı 1.1.1996 tarihi olmakla birlikte hak ettiği kıdem tazminatı davalı yanında fiilen çalıştığı süre dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Dairemizin emsal kararları da bu doğrultudadır.

Davacı fazla çalışma yaptığını ileri sürerek fazla çalışma ve %5 fazlasını istemiş, mahkemece davacı tanık beyanları dikkate alınarak davacının haftada altı gün 9-18/19 saatleri arası çalıştığı kabul edilerek yapılan hesaplama değer verilerek hüküm kurulmuştur. Ancak tanıklardan N. ifadesinde 1-1,5 saat ara dinlenmesi olduğunu belirttiği halde bunun dikkate alınmayıp anılan isteklerle ilgili davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.)

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan sonra dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kıdem ve ihbar tazminatları ile 5953 Sayılı Kanun (kısaca Basın İş Kanunu) hükümler uyarınca ödenmesi gereken bir kısım (fark ücret alacağı, fazla mesai ve genel tatil ücretleri) alacakları ve bunların süresinde ödenmelerinden kaynaklanan günlük %5 fazla ödemenin tahsili istemine ilişkindir.

Davacı S. vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin 01.01.1996 tarihinden itibaren Basın İş Kanununa tabi olarak çalışmaya başladığını, 01.06.1997 tarihinden itibaren davalı gazetenin taşra muhabiri olarak, 2000 yılından itibaren de İstanbuldaki işyerinde çalıştığını, ancak iş sözleşmesinin 11.11.2004 tarihinde haksız olarak fesh edildiğini, hak etmiş olduğu kıdem ve ihbar tazminatının, fazla mesai yapmış olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin, genel tatil ve hafta tatillerinde çalışmasına karşın bu günlere ait ücretlerinin ve izin kullandırılmadığı gibi izin kullandırılmadığı gibi izin parasının ödenmediğini

iddia ederek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 500TL. kıdem tazminatı 500TL. ihbar tazminatı, 500TL. yıllık ücretli izin alacağı, 500 TL. ücret fark alacağı, 500 TL. fazla mesai alacağı, 500TL. genel tatil alacağı, 500TL. hafta tatili alacağı ile bu alacaklardan fark ücret alacağının, fazla mesai ücretinin ve genel tatil alacağının zamanında ödenmemesinden kaynaklanan gecikme nedeniyle bu alacakların her biri için %5 fazla ödeme alacağına mukabil şimdilik toplam 500.00 TL'nin hakkın doğum tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili cevabında; taraflar arasında iş ilişkisinin bulunmadığını, telif sözleşmesinin bulunduğunu, Kasım 1999 yılına kadar yerel merkezli bir takım haberlerin yayınlandığını, bunların telif ücretinin ödendiğini, bunun dışında 2001 ve 2002 yıllarında iki adet yazının yayınlandığını bunlara dair telif ücretinin de ödendiğini, 1997 yılında M. Haber Ajansında çalıştığını, davacının taleplerinin yerinde bulunmadığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı yanında çalışılan süre 2 yıl 10 ay 10 gün olarak kabul edilirken, kıdem tazminatına esas süre ise ilk mesleğe başlama tarihi olan 1.1.1996 tarihi ile iş akdinin haksız olarak feshedildiği 11.11.2004 tarihleri arasında geçen süre olan 8 yıl 10 ay 10 gün olarak kabul edilmiş ve bu süre üzerinden kıdem tazminatı isteminin kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

Tarafların temyizi üzerine Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçeyle ve özetle; davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazları reddedilerek; kıdem tazminatı ve fazla çalışma alacağı yönüyle mahkeme kararı bozulmuştur.

Mahkemece fazla çalışma alacağına yönelik bozma ilamına uyulmuş, ancak davacı işçinin davalı işveren nezdinde çalışmaya başladığı tarihten önceki işyerlerinde davacıya kıdem tazminatı ödendiğinin davalı tarafça kanıtlanmadığı, ödemenin varlığının ispatının davalı işverene ait olduğu, bir başka deyişle kıdemın sıfırlanma olgusunun gerçekleşmediği, gerekçesiyle, kıdem tazminatı yönünden önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü davalı şirket vekili temyize getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kıdem tazminatı noktasında olup, davacının davalı yanında fiilen çalıştığı süre üzerinden mi, yoksa mesleğe başladığı davalı tarafından 11.11.2004 tarihinde sözleşmenin haksız olarak feshedildiği gerek mahkeme gerekse özel dairenin kabulünde olup, bu husus uyuşmazlık dışıdır.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna (kısaca Basın İş Kanunu olarak anılacaktır) tabi olarak çalışan gazetecilerin kıdem tazminatı haklarının kazanım koşulları ve hesaplanması bakımından 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı

Deniz İş Kanunu'na göre farklılıklar bulunmaktadır. Buna ilişkin olarak yasama belgelerinde, basında mevcut bir huzursuzluğun çözümüyle işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tabi gazetecileri korumanın amaçlandığı ifade edilmiş, Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların yaptıkları iş gözetilerek İş Kanununa tabi olanlardan farklı yasal düzenlemelere konu edilmeleri mümkün olarak görülmüştür.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi de 5953 Sayılı Kanun'un bir kısım maddelerinin iptali için açılan iptal davasında "... Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu bu kuralların basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlet gördüğünün yadsınamayacağı, gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de göz önüne alındığında kuralların başlı başına çalışma barışını bozacak nitelikte oldukları söylenemeyeceği" gerekçesi ile iptal istemini reddetmiş ve basın işçileri için bir kısım farklı düzenlemeler yapılmasının yapılan işin gereği olduğu da ifade edilmiştir. (Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008 gün, 2005/28 E, 2008/122 K.)

Kıdem tazminatı, tabi olduğu kanunda belirtilen asgari çalışma süresini dolduran bir işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılı nedenlerden biriyle son bulması halinde işverence işçiye veya mirasçılara ödenen tazminattır.

Davacı 5963 Sayılı Kanun'a tabi olup; bu Kanununun 6. maddesinde "Akden İşveren Tarafından Fesh ve Kıdem Tazminatı" başlığı altında kıdem tazminatı düzenlenmiştir.

Maddede aynen;

"Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınır.

Kıdem hakkı gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanır.

Akden feshi halinde gazeteci, bu süreye göre hesaplanacak tazminatı alma ya hak kazanır.

Birinci maddenin şümulüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasılasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır.

İhbar müddetinin son günü olan tarih tazminata esas tutulur ve yıllık izinden sayılmaz.

Gazeteci yıllık iznini kullanmamışsa, işine son verilmesi halinde, izin müddetine ait ücreti kendisine peşin olarak verilir.

Hizmetine bu madde hükümlerine göre son verilen gazeteciye feshi ihbar edilen mukaveleli taallük ettiği her hizmet yılı veya küsuru için, son aylığı esas itihaz olunmak suretiyle her yıl için bir aylık ücreti miktarında tazminat verilir. Ancak, yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz. İlk mukavele yılında bu miktar hesaplanmaz.

Bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemi, yeni işine girişinden itibaren hesaplanır. Ancak, buna aykırı olarak işverenle gazeteci arasında yapılacak mukavele muteberdir.

İşverenin maddi imkansızlık sebebiyle gazetecinin tazminatını bir defada ödeyememesi halinde, tediye en çok dört taksitte yapılır ve bu taksitlerin tamamının süresi ir yılı geçemez. Ancak, bu bölünme o iş yerinin mali vergisini tahakkuk ettiren maliye şubesinin, müessesenin zarar etmekte olduğu kararı üzerine yapılabilir.

İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.”

Hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, maddede kıdem tazminatı yönünden diğer iş kanunlarından farklı esaslara yer verilmiştir. Madde metninde ilk iki fıkrada “kıdem hakkından” bahsedilmiş, ilk işe giriş tarihinden itibaren hesaplanacağı düzenlenmiş, üçüncü fıkrada ise, kıdem tazminatının hesabında kıdem hakkına konu sürenin esa alınacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, gazeteci aksine bir sözleşme hükmü bulunmadıkça çalışmasını tek işverene hasretmek zorunda değildir. Gerçekten de Basın İş K.m.13/I hükmü uyarınca gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarıda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir.

Öte yandan, 5953 Sayılı Kanun kapsamındaki bir gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için hizmet akdinin belirli şekillerde sona ermesi gerekmekte ise de somut olay yönünden gerek mahkemece ve gerekse dairece, iş akdinin haksız olarak fesh edilip davacının kıdem tazminatı hakkını elde ettiği kabul edilmekle bu husus uyuşmazlık dışı kalmıştır.

Basın İş Kanunu'nda gazetecinin kıdem tazminatı hakkı kazanacağı durumlardan en açık biçimde ifade edilmiş olanı hizmet akdinin işveren tarafından ihbar öneli verilerek feshedilmesidir.

Gerçekten de, Basın İş Kanunu'nun “Akdin İşveren Tarafından Feshi ve Kıdem Tazminatı” başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında “meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınacağı belirtilmiş, 3. fıkrasında birinci maddenin şümulüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasılasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itiba-

ren üç ay geçtikten sonra muteber olacağı, beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddetinin bir ay olacağı belirtilmiştir.

Madde metni dikkate alındığında meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınmalı, kıdem hakkı gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanmalıdır. Akdin feshi halinde gazeteci, bu süreye göre hesaplanacak tazminatı almaya hak kazanır (5953 s. Kanun m.6/I-II-III) Beş yılın aynı veya farklı işyerlerinde geçirilmiş olması önemli değildir. Burada hemen bir örnek verilmesi gerekirse, on yıl A gazetesinde çalıştıktan sonra 3 yıl B gazetesinde çalışırken son işverence iş akti fesh edilen gazeteci işyerinde beş yıl çalışmış olma koşulunu haiz olmadığı halde yasanın 2. fıkrası hükmü uyarınca on üç yıl üzerinden kıdem tazminatına hak kazanacaktır. (S.Göktaş, Ş.Çil, Açıklamalı – İçtihatlı Basın İş Kanunu ilgili mevzuatı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003, s.50)

Hemen belirtmelidir ki, 5953 Sayılı Kanun hükümlerinin nispi emredici nitelikleri nedeni ile gazeteci lehine sözleşmede beş yıllık süreden daha kısa bir sürenin kıdem hakkı kazanılması için yeterli olacağı da kararlaştırılabilir.

Gazetecinin kıdemini belirlenmesi açısından Başbakanlık Basın Yayın ve Enfirmaryon Genel Müdürlüğündeki gazetecilere özgü sicildeki kayıtlar ile 9.madde uyarınca işverenin verdiği beyannamedeki bilgilerin işlendiği kayıtlar esas alınmalıdır. Ancak gazeteci yukarıda açıklanan resmi kurum kayıtlarıyla kıdemini daha öncesine dayandığını kanıtlaması durumunda bu tarihin kıdem başlangıç tarihi olarak esas alınması gereklidir. (S.Göktaş, Ş.Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu ilgili mevzuatı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003) Beş yıllık sürenin hesaplanmasında stajyerlik (deneme) süresi de dahil edilmelidir. Çalışılmaksızın veya başka bir meslekte çalışarak geçirilen süreler, kıdemden sayılmamalıdır. Kıdem sonu ise hizmet akdinin son bulduğu andır. Öneli fesihlerde önel süresi kıdeme dahildir. Ancak grev ve lokavtta geçen sürelerin kıdemini hesaplanmasında düşülmesi gerekmektedir. (TİSGLK m.42/V) Bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemi, yeni işine girişinden itibaren hesaplanmalı, ancak, buna aykırı olarak işverenle gazeteci arasında yapılacak mukavele kabul edilmelidir. (Basın İş K.m.6/VIII)

Gazetecinin kıdem tazminatı hakkının kazanımı için aranan beş yıllık çalışmayı aynı işyerinde gerçekleştirmesi şart olmadığından, kıdem tazminatı ödemesi son işveren tarafından diğer işyerlerinde yapılan çalışmalar da hesaba katılarak yapılmalıdır.

Dosya kapsamına göre davacının 01.01.1996 tarihinde “Karadeniz Olay Gazetesi Gümüşhane Temsilcisi” olarak çalışmaya başladığı, sözleşmenin feshine kadar zaman zaman çeşitli gazetelerde muhabirlik yaptığı, bu arada yüksek öğretime devam ettiği, kıdem tazminatının sıfırlandığını ispatına yönelik bir savunmanın olmadığı bir başka deyişle davalı işverenin davacının daha önce çalıştığı işyerlerinden kıdem tazminatı aldığına dair bir savunma yapmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece ilk işe giriş tarihinden itibaren sözleşmenin fesh tarihine kadar geçen süre dikkate alınarak kıdem tazminatına hükmedilmesi kural olarak yerindedir.

Ne var ki, Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında özel dairece, dairenin uygulamasının da mahkeme uygulaması gibi olduğu, ancak kıdem tazminatına esas süreye katılmayan ve mahsup edilmesi gereken Basın İş Kanuna tabi olarak çalışılmayan ve/veya hiç çalışılmayan dönemlerin olup olmadığı belirlenmesi gerektiği, dairece bu incelemenin yapılmadığı, bunun için de dosyanın daireye gönderilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu görüş oybirliği ile kabul edilmiştir.

Şu durumda, mahkemenin kıdem tazminatını 01.01.1996 tarihinden itibaren başlatması ve fesih tarihi olan 11.11.2004 tarihine kadar geçen süre dikkate alınarak kıdem tazminatı hesaplaması kural olarak doğru ise de mahsubu gereken sürelerin bulunup bulunmadığının da irdelenmesi gereklidir.

O halde, Özel dairece bu irdeleme yapılmak ve buna ilişkin diğer temyiz itirazları incelenmek üzere dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, kıdem tazminatının ilk işe giriş tarihinden itibaren hesaplanması ve son işverence bu süre üzerinden ödenmesi gereğine işaret eden **DİRENME KARARI UYGUN OLUP**, bu süreden mahsubu gereken kapsam dışı çalışmalar olup olmadığına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **9. HUKUK DAİRESİ'NE** gönderilmesine 09.02.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

SİTEDE TAŞINMAZ SATIŞI • EKSİK İFA**BEDEL İNDİRİMİ**

ÖZET: Satış ilanlarında siteye dahil olduğu bildirilen sosyal tesislerin siteye ait değil kamuya ait olduğunun anlaşılması “eksik ifa” olarak nitelendirilmelidir.

Bu durumda sitede taşınmaz satın alan kişinin eksik ifadan doğan bedel indirimi hakkı doğar.

Bu olayda zamanaşımı on yıldır.

Y.HGK. E:2011/13-350 K:2011/700 T:23.11.2011

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 2. Tüketici Mahkemesince davanın reddine dair verilen 25.02.2009 gün ve 2007/704 E., 2009/45 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2010 gün ve 2009/8129 E., 2010/7295 K. Sayılı ilamı ile;

(“... Davacı, “S.Y. P.E. Satış Sözleşmesi” ile davalıdan C 5 Blok, 14. kat, 43 numaralı daireyi satın aldığını, davalı tarafından verilen ilanlarda, satış marketlerinde ve planlarda basketbol sahaları, tenis sahaları, çocuk oyun alanları, büfe, çocuk kulübü, personel yeri, otoparklar, yüzme havuzları, jimnastik salonu, kaffe ve diğer peyzaj ve sosyal alanların etrafı çevrili site içinde gösterildiğini, ancak yapılan araştırma sonucunda da bu sosyal tesislerin kamuya ait arazi içerisinde bulunduğu anlaşıldığını, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini, bu durumun eksik ve ayıplı işler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, açıklanan nedenle konutunun değer kaybettiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50.000.00 TL. tazminatın dava tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı S.T.K. A.Ş. talebin zaman aşımına uğradığını, davacıya satılan malda herhangi bir ayıbın bulunmadığını, 27 parselin mülkiyet alanının baştan beri 44.078.94 m2 olduğunu, süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığı savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında yapılan sözleşmede sosyal tesislerin davalının maliki olduğu parsellerin üzerinde kurulacağı hususunda bir taahhüdünün bulunmadığı, TMK'nın 1020. maddesi hükmüne göre tapu kaydının herkese açık olması nedeniyle kaydın bilinmediğinin ileri sürülemeyeceği, bu durumun açık ayıp olması nedeniyle yasal sürelerde yapılmış bir ayıp

ihbarı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, satış esnasında sunulan projede ve tanıtımlarda belirtilen ancak eksik yapılan işler nedeni ile davacının satın aldığı dairede oluşan değer kaybının ödetilmesi talebine ilişkindir. “S.Y.P.E.” adlı proje kapsamında yapılacak konutların satışına ilişkin ilanlarda reklam ve tanıtım broşürlerinde, satış maketlerinde, otopark, futbol, voleybol, basketbol sahaları ve tenis kortu, çocuk oyun parkı, kapalı çocuk kulübü , büfe ve lokal olmak üzere çeşitli tesislerin etrafı çevrili site içinde bulunacağını belirttiği, ne var ki taahhüt edilen bu sosyal tesislerin mülkiyeti Ümraniye Belediyesi'ne ait 189 ada 14 parsel üzerinde inşa edildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı S.T.K. A.Ş. her ne kadar vaat ettiği sosyal tesisleri taahhüdüne uygun biçimde tam ve eksiksiz inşa ettiğini, davacının yararlanmasına hiçbir engel bulunmadığını, bu spor kompleksinin sadece site sakinlerine özel ve mühhasıran onların kullanımına açık olacağı taahhüdünde bulunmadıklarını savunmuşsa da “S.Y.P.E.” projesinin vaziyet planında, ilanlarında, tanıtım maketlerinde ve broşürlerinde sosyal tesislerin etrafı çevrili site içinde gösterilmesi ve inşa edildikten sonra da etrafı evrilerek site alanına dahil edilmesi sureti ile davacıda bu yerlerin siteye ait olduğu intibayı uyandırmıştır. Dolayısıyla söz konusu sosyal tesislerin, mülkiyeti Ümraniye Belediyesi'ne ait olan 189 ada 14 parsel üzerinde yapılmış olması, alıcının satın alma kararını etkileyen, taşınmazın değerini azaltan bir husus olup, edimin ifasındaki bu yöne ilişkin eksiklik nedeniyle satıcının alıcıya karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, sosyal tesislerin Ümraniye Belediyesi'ne ait taşınmaz üzerine yapılmış olması “açık ayıp” olarak nitelendirilip, davacının konutu teslim aldıktan sonra BK. 198. maddesinde öngörülen sürelerde davalıya yapılmış ayıp ihbarı bulunmadığından davanın reddine karar verilmişse de, dava konusu olayda 4077 Sayılı Yasa'da düzenlenen “ayıplı ifa” değil “eksik ifa” söz konusu olup, 4077 Sayılı Yasa'nın 30.maddesine göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki dava konusu eksiklikler nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir. O halde mahkemece işin esası incelenerek, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyeti aracılığı ile, dava konusu sosyal tesislerin siteye dahili halinde davacının satın aldığı dairenin değeri ile siteye dahil edilmemesi halindeki değerinin belirlenmesi, yapılacak oran sonrası davacının isteyebileceği bedel indirimi miktarının taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli raporla tespit edilmesi ve bu değer farkının ödetilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 23.11.2011 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

HATALI ÜRETİLMİŞ TELEVİZYONDAN DOĞAN YANGIN



ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Yangın televizyondaki üretim bozukluğundan kaynaklandığına göre o televizyonu üreten firma yangından doğan zarardan sorumludur.

Y.HGK E:2011/4-621 K:2011/712 T:30.11.2011

(".....Davacılar, davalının ürettiği televizyonu satın aldıklarını, 27.02.2006 günü yetkili servis tarafından kurulan televizyonu 02.07.2007 günü işten gelen davacıardan D.'e açtığını, bir süre sonra duman kokusu fark ettiğini ve televizyonun alevler içinde yandığını gördüğünü, itfaiye gelinceye kadar yayılan yangında ev ve çeyiz eşyası ile manevi değeri olan CD ve fotoğrafların yandığını, olaydan psikolojik olarak etkilendiklerini belirterek, gizli ayıplı olduğunu iddia ettikleri televizyonun yanması nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemişlerdir.

Davalı ise, yangının televizyondan çıktığının saptanamadığını, nedensellik bağı bulunduğunu davacıların kanıtlaması gerektiğini ileri sürerek, istemin reddedilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, zarar ile televizyonun ayıplı üretildiği ve yangının bundan çıktığına ilişkin nedensellik bağına davacı tarafından kanıtlanamadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyada bulunan ve olay sonrasında yapılan tespit üzerine alınan elektrik mühendisince düzenlenen bilirkişi raporunda “.....yangının televizyonda meydana gelen şase sonucu çıktığı kanaatine...” varıldığı belirtilmiş;

İtfaiye tarafından düzenlenen yangın raporunda da “...yangını V Marka televizyon çalışırken her nasılsa şase yapması sonucu çıkan kıvılcımların önce içinde bulunan kabloları tutuşturup daha sonra etrafa sırayet etmesinden çıktığı...” belirtilmiştir.

Dinlenen davacı tanıkları ise; yangının televizyonun arkasından başlayıp perdeleri tutuşturduğunu ve salonun tamamının ateş içerisinde kaldığını gördüklerini bildirmişlerdir.

İtfaiye yangın raporu, tespit sonucu alınan elektrik mühendisi bilirkişisinin raporu ve tanık anlatımlarına göre yangının ayıplı üretilmiş televizyondaki şaseden kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacıların uğradığı zararın kapsamı belirlenip davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**), oybirliği ile karar verildi.

KADININ SOYADI • KAPALI KAYDIN AÇILMASI

ÖZET: Yeni bir sebep ortaya çıkarsa kapalı nüfus kaydı da açılabilir ve değişiklik işlenir.

Y.H.G.K. E.2011/18-784 K.2012/288 T.11.04.2012*

Taraflar arasındaki "Soyadı Tashihi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 11. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 08.07.2010 gün ve 2010/223 E. 2010/308 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı İdare Temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/13944 E.2011/316 K. Sayılı ilamı ile;

("...Davacı vekili, dava dilekçesinde evli olup eşinin Güner soyadını kullanmakta olan davacının bekarlık hanesindeki "Aşgın" olan soyadının "Aşkın" olarak değiştirilmesini istemiştir. Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, davacının babası Aşgın hanesinde kayıtlı iken 19.01.1973 tarihinde evlenerek haneden ayrılması üzerine Aşgın soyadı ile kayıtlı olduğu nüfus kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 14. maddesi; "Nüfus kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soybağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir."

Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir." Hükmündedir.

Yasada yer alan bu hüküm ilgilinin açık kaydında zaman içerisinde yapılmış olan değişikliklerin kapalı kaydın açılmasından sonra bu kayda işlenmesi ile ilgilidir. Yasanın bu hükmünü yanlış yorumlayarak kapalı ka-

* Dergimizin 2012/2. Sayısında yayımlanan Nüfus Kararları Derlemesine bakınız.
Gönderen: A.Selim Sarıkaya, Ankara Hakimi

ıttaki bilgileri değiştirerek mahiyette değişiklik yapılması mümkün bulunmamaktadır. Mahkemece evlenmesi nedeni ile nüfus kaydının halen kapalı olduğu dikkate alınarak bekarlık hanesindeki soyadının değiştirilmesine ilişkin isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan 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: Davalı İdare Temsilcisi

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, nüfus kaydındaki kızsık soyadının tashihi isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının evlenmeden önceki kızsık soyadının “Aşkın” olmasına rağmen, nüfus kaydında “Aşgın” olarak yazıldığını, bu durumun hayatında karışıklığa yol açtığını ileri sürerek, kızsık soyadının “Aşkın” olarak düzeltilmesini istemiştir.

Davalı Nüfus İdaresi, evlenme ile kızsık nüfus kaydının kapatıldığını, kapalı kayıta düzeltme yapılamayacağını bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, davacının sunduğu belgeler ve uluslar arası sözleşmeler göz önünde bulundurularak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı İdare temsilcisinin temyizi üzerine Özel Dairece metni yukarıya başlık bölümüne aynen alınan gerekçelerle karar bozulmuş, Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davalı İdare temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir.

Bilindiği üzere 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan; “Nüfus kaydının kapatılması, ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, saybağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir.”

Hükmü ile evlenme ile nüfus kaydının kapatılacağı belirtilmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında da:

“Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir.”

Şeklindeki düzenleme ile de kapalı olan kaydın açılacağı haller düzenlenmiştir.

Nüfus Hizmetleri Yönetmeliği'nin 20. maddesi de benzer düzenlemeyi öngörmektedir. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında bu hükümler de gözetilerek, mahkeme kararının, 14. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan kaydın yeniden açılmasını gerektiren yeni bir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu öncelikle tartışılmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi;

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir...”

Hükmünü içermektedir.

Bu hükümde de belirtildiği gibi evli olan kadın isterse kocasının soyadı yanında kızlık soyadını kullanabilir. Kadının kızlık soyadını isteği halinde her an kullanması söz konusu olabileceğine göre, bekarlık hanesindeki kayıta yapılan hataların düzeltilmesi de mümkün olmalıdır.

Öte yandan, kayda göre nüfusa tescil tarihi olmayan ve 05.04.1946 doğum tarihli davacının dosyaya sunduğu eski tarihli nüfus hüviyet cüzdanında, 1965 tarihli lise diplomasında, 1977 tarihli tapu senesinde ve lisans diplomasında soyadının “Aşkın” olduğu, davacının anılan soyadını kullandığı görülmektedir. Davacının gerektiğinde kullanabileceği lisans diploması, lise diploması gibi belgelerle nüfus kaydındaki soyadının farklı oluşunun dahi, yaşantısında karışıklığa neden olacağı açıktır.

Her ne kadar, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun'unun 14. maddesinin 1. fıkrası kapalı olan kayıta düzeltme yapılamayacağını düzenlemişse de 2. fıkrasında yeni bir sebep ortaya çıktığında kapalı kaydın yeniden açılacağı ve kişisel durumda meydana gelen değişikliklerin kişinin kaydına işleneceği belirtildiğine göre, dosyada bulunan ve mahkemece değerlendirilen delillerin yasanın belirttiği anlardan haklı nedenler oluşturduğu Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiştir.

Öyleyse, davacı yönünden 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 14/2. maddesi uyarınca kapalı olan kızlık nüfus kaydının açılması ve isteği doğrultusunda soyadının “Aşkın” olarak düzeltilmesi için yeni bir sebebin var olduğunun kabulü gerekir.

Bu nedenle usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı İdare temsilcisinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, 11.04.2012 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

ÇAĞRI USULÜYLE ÇALIŞMA • KIDEM TAZMİNATI HESABI

ÖZET: Çağrı usulüyle işyerine çağrıldığı günlerde çalışan işçinin kıdem tazminatı hesaplanırken, işyerinde fiilen çalışılan günler esas alınarak hizmet süresi belirlenmelidir. Zira, kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında fiilen çalışılan ve İş Kanunu'na göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır.

İşçiye ödenecek olan ücret de aynı şekilde belirlenecektir. Hak kazandığı ücretler ödenmemiş olan işçi iş akdini haklı olarak fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır.

Y.HGK E:2012/9-277 K:2012/303 T:11.04.2012

(“...Davacı vekili, davacı işçinin ücret alacağıının ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e maddesi uyarınca haklı nedenle feshettiği belirterek, ödenmeyen kıdem tazminatı ve ücret alacağıının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının kısmi süreli çalıştığını, işe davet edilmesine rağmen gelmediğini ve iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı vekilinin itirazı üzerine davacının işe girdiği tarihten iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından feshedildiği tarihe kadar tüm süre üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı ve buna göre ödenmeyen aylara ait tüm tam aylık ücret alacağıının hesaplayan hesap raporuna itibar edilerek;

Taraflar arasındaki hizmet akdinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, davacının işverenin iradesine göre işyerinde daimi ya da geçici olarak çalıştırıldığı, ancak başlangıçta yapılan hizmet akdine göre sigortalı işçinin 30 gün süre ile çalıştırılmak üzere istihdam edildiği, ücretlerin asgari ücret üzerinden ve aylık olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı, daha sonra işçinin işveren çağrıldıkça işe gitmesinin kendi iradesi dışında işverenin takdirine göre değerlendirilmesi gerektiği;

Ancak işçinin bu süre içerisinde davalı işverenin sigortalı işçisi olarak işine devam ettiği, 30 gün süre ile işverene bağlı çalıştığı, işçinin işe çağrılıp çağrılmamasının işverenin inisiyatifine kaldığı bu durumun işçiyi geçici süreli çalışan işçi statüsüne sokmayacağı;

Ücretlerin zamanında ödenmemesinin sigortalı işçi için haklı fesih sebebi oluşturacağı gibi işe devam etmemesini de haklı göstereceği;

Ücret alacakları ile kıdem tazminatına davacının hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesi uyarınca ücretleri sözleşme ve kanuna göre hesaplanıp ödenmez ise işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçi bu halde bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır.

Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanununa göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmış sayılmayan süreler, örneğin işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrı usulü çalışmada çağrılmayan sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur. Keza ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. 2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5.fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz. Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır.

Diğer taraftan ücret, çalışma karşılığı ödenir. Çalışma olmaksızın veya çalışılmış sayılan günlerden olmadığı sürece ücrete hak kazanılamaz. Kısaca ücret, fiilen çalışma karşılığıdır. Çağrı usulü ile veya kısmi süreli çalışmada, çağrılmayan veya kısmi süre bittikten sonra aksine düzenleme yoksa tüm süre üzerinden ücret ödenmesi olanağı yoktur. Bu anlamda işçi işyerine gelip iş görme edimini yerine getirmeye hazır şekilde bulunur, ancak işveren tarafından bekletilir veya iş verilmez ise bu durumda işçi işverence çalıştırılmadığı için ücrete hak kazanır. Ancak işyeri uygulaması ile işin niteliği gereği iş olduğunda işyerine çağrılıyor ve işe çağrılmadığı zaman işyeri dışında zamanın geçiriyorsa, bu çalışılmayan süre karşılığı ücrete hak kazanılamaz.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin ücretlerinin zamanında ödenmediği, bu nedenle davacı işçi tarafından gerçekleştirilen feshin 4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Ödenmeyen ücret alacağının da tahsili gerekir. Ancak davacının kıdeme esas süresi ile ücrete esas çalışma süresi uyumsuzluk konusudur. Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda tüm süre üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmıştır.

Somut uyuşmazlıkta SSK kayıtlarına, tanık anlatımlarına ve özellikle tarafların kabulünde olduğu üzere, davacı işçi yıllardan beri işyeri uygulaması ile iş olduğunda işe çağırılmakta, çağırıldığı günler için ücret ödenmekte ve SSK primi de çalışılan süreye göre yatırılmaktadır. Davacı işçi iş verilmediği günlerde zamanını işyerinde geçirmemektedir. Davacı İşçi İş Kanunu'nda tam olarak karşılama da çağrı usulü bir çalışma şekline göre çalışmaktadır. Davacının aralıklı çalıştığı kabul edilmelidir. Bu tür çalışmada çalışılmayan günlerin kıdemden sayılması olanağı olmadığı gibi fiilen çalışılmayan günler için ücret alacağına da hak kazanılamaz. Bu esasları dikkate alan ilk hesap raporu değerlendirilmeden, yazılı gerekçe ile itiraz üzerine alınan hesap raporuna itibar edilerek kıdem tazminatına ve ücret alacağına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)** oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

EHLİYETSİZLİĞİN TESPİTİ • MURİS MUVAZAASI

İZLENECEK YOL

ÖZET: Belgeler dikkate alınmadan salt tanık ifadeleriyle ehliyetsizlik hakkında karar verilmesi doğru olmamıştır.

Karşı tarafın iyiniyetli olması ehliyetsiz kişinin yaptığı işleme geçerlilik kazandırmaz.

Muris muvazaası iddialarında ülke ve yörenin gelenekleri, toplumsal eğilimler, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı bir sebebinin olup olmadığı, satış bedeli ile gerçek değer arasındaki fark ve taraflar arasındaki beşeri ilişkiler dikkate alınmalıdır.

Y.1.HD E:2000/12957 K:2000/15168 T:01.12.2000*

Dava ehliyetsizlik muris muvazaası tenkis nedeniyle vasiyetnamenin tapu kayıtlarının pay oranında iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece ehliyetsizlik iddiası belgelere dayalı olarak araştırılmaksızın tanık sözlerin değer verilip sabit görülmüş ve buna göre hüküm kurulmuştur. Bu durumda soruşturmanın noksan bırakıldığı açıktır. Öte yandan, tenkis isteği yönünden bir karar verilmemiş muvazaalı temlik hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır.

Bilindiği üzere; Daranışlarının eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak kurabilme borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Medeni Kanun'un medeni hakları kullanmağa selahiyattar olan kimse iktisabada, iltizamada ehildir.” Şeklindeki 9. maddesi hükmüyle hak elde edilebilmeyi borç (yükümlülük) altına girebilmeyi medeni hakları kullanma ehliyetine bağlamış 10. maddesinde de medeni hakları kullanma ehliyetine başlıca koşulu olarak temyiz kudretini ve reşit olmayı kabul ederek “mümeyyiz olan reşit Medeni hakları kullanmağa selahiyattardır” hükmünü getirmiştir. “Ayırttım gücü, eylem ve işlem ehliyeti olarakta tarif edilen temyiz kudreti aynı yasanın 13. maddesinde “yaşının küçüklüğü sebebiyle yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden biriyle makul surette hareket etmek (ikdidarından) mahrum olman her şahıs Kanunu Medenice mümeyyizdir” denmek suretiyle tanımlanmış ayrıca

temyiz kudretini ortadan kaldıran önemli sebeplerden bazılarına değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerine de yer almışlardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, M.K.nun 15. maddesinin de ifade edildiği üzere temyiz kudreti olmayan bir şahsın geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle muayyen istisnaların dışında yapacağı işlemlere bir sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması, o işlemi geçerli kılmaz (Y.İ.B.K.11.06.1941 Tarih 4/21)

Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve yasa maddelerini n ışığı altında olaya yaklaşıldığında bir kimsenin ehliyetinin tesbitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibariyle ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda, tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması, tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları hasta müşahede kağıtları, film grafiklerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında her ne kadar HUMK'un 286. maddesinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mutalaası" hakimi bağlamaz isede, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Ayrıca, uygulamada ve öğretilerde "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvzaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısının miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesinde Medeni Kanun'un 634 Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğu, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çinlenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen

gerçek irade ve amacın tesbiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesinde büyük önem taşınmaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri toplumsal değerleri, olayların olağan akışı , miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Hal böyle olunca öncelikle davacı taraftan bilgi alınmak suretiyle miras bırakan Zeynepin tedavi gördüğü hastalığına ilişkin rapor/reçete ve hasta müşahade kağıtlarının ilgili mercilerden istenerek getirilmesi ondan sonra dosyanın Adli Tıp kurumuna gönderilip adı geçen Z.'in vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte hukuki ehliyeteye sahip olup olmadığına saptanması ondan sonra diğer miras bırakan M.'nin yaptığı satış suretiyle temlikinden ötürü muvazaaya başvurulup vurulmadığının yukarıda değinilen ilkeleri kapsar şekilde soruşturmanın tamamlanılıp açıklığa kavuşturulması ayrıca "bağış" yoluyla devredilen 600 parsel sayılı taşınmaz içinde tenkis isteğinin incelenmesi hakkında bir hüküm kurulması gerekirken yanılığlı değerlendirme eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Temyiz edenlerin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 1.12.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TENKİS KURALLARI • TEREKE TESPİTİ • İZLENECEK YOL

ÖZET: Tenkis davasına konu olan tereke; murisin ölüm tarihinde bıraktığı kıymetler ile iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bu değerden indirilmesi gereken borçlar ve miktarlar düşüldükten sonra net tereke ortaya çıkar ve mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değer tespiti yapılır.

Tenkise konu olacak tasarruf paylarının aşılıp aşılmadığı araştırılırken, saklı payları zedeleme kastının olup olmadığı hususu da incelenmelidir.

Bundan sonra yasanın öngördüğü prosedür doğrultusunda tenkis gerçekleştirilmelidir.

Y.1.HD E:2009/11681 K:2009/13547 T:21.12.2009*

Dava tenkis isteğine ilişkindir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden davacıların miras bırakanı A.'nın 208 ve 28 parsel sayılı taşınmazları davalı derneğe bağışladığı, davacıların saklı paylarının zedelendiğini ileri sürerek eldeki davayı açtıkları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (teberrü) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (insai) davalardandır. Tenkis davasının dinlenebilmesi için öncelikli koşul; miras bırakanın ölüme bağlı veya sağlar arası bir kazandırma işlemi ile saklı pay sahiplerinin haklarını zedelemiş olmasıdır. Saklı payların zedelendiğinden söz edilmesi ise mümkündür. Tereke miras bırakanın ölüm tarihinde bırakmış olduğu mameleki kıymetler ile, iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bunlar terekenin aktifini oluşturur. Miras bırakanın borçları, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bir aylık iaaşe, terekenin defterinin tutulması, mühürlenmesi, cenaze masrafları gibi giderler de pasifidir. Aktiften belirtilen borçların indirilmesi net terekeyi oluşturur. Tereke bu şekilde tesbit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılarak parasal olarak miktarının tesbiti gerekir. Miras bırakanın Medeni Kanun'un ilgili hükümleri gereğince belirlenen saklı paya tecavüz edip etmediği bulunan bu rakam üzerinden hesaplanır. Tasarruf oranı aşılmış ise tasarrufun niteliğine göre icap ederse kazandırma işleminde, saklı payları zedeleme kastının bulunup bulunmadığı objektif (nesnel) ve subjektif (öznel) unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedeleme kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya Medeni Kanun'un 565. maddesinin 1,2 ve 3. Bentlerinde gösterilenler) veya saklı payın ihlal kastının varlığı kesin olarak anlaşılan diğerlerinde özellikle muayyen mal hakkında tenkis uygulanırken Medeni Kanun'un 570. maddesindeki sıralamaya dikkat etmek davalı mahfuz hisseli mirasçılardan ise aynı kanunun 561. maddesinde yer alan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla davacının saklı payını tamamlamak sonra sağlar arası tasarrufları dikkate almak gerekir. Bu işlem sırasında dava edilmeyen kişi veya tasarrufların tenkisi gerekeceği sonucu çıkarsa davacının onlardaki hakkını dava etmemesinin davalıyı etkilemeyeceği ve birden çok kişiye yapılan teberru tenkise tabi olursa 563. maddede yer alan, alınanla mütenasip sorumluluk kuralı gözetilmelidir.

Davalıya yapılan tasarrufun tenkisine sıra geldiği takdirde tasarrufun tümünün değeri ile davalıya yapılan fazla teberru arasında kurulan oranda (SABİT TENKİS ORANI) tasarrufa konu malın paylaşılmasının mümkün olup olmayacağı (MK.564) araştırılmalıdır. Bu araştırma sonunda tasarrufa konu mal sabit tenkis oranında bölünebilirse bu kısımların bağımsız bölüm halinde taraflar adına tesciline karar verilmelidir.

Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı takdirde sözü geçen 564. maddedeki tercih hakkı gündeme gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıkmadan davalının tercih hakkı doğmadan davalı tercihinin kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmak ve 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca süratle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın, tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiyatlara göre değeri belirlenmeli ve bu değer sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak **NAKTİN** ödetilmesine karar verilmelidir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmişse de, ilgili yas hükümleri gözetilmek suretiyle bir hüküm kurulduğunu söyleyebilme olanağı yoktur.

Hal böyle olunca HUMK'un 275. maddesi uyarınca yukarıdaki ilkeleri kapsar biçimde uzman bilirkişilerden rapor alınarak hükme yeterli bir araştırma yapıldıktan sonra önceki bozma ilamlarında belirtilen hususlarda gözetilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yetenilerek yazıl olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Tarafların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 21.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASTA BAĞIŞ • TENKİS

ÖZET: Davacılar, miras bırakanları A. S.S.Keşan K.S.S. Yapı Koop.ne ait 10 p.sa. dükkana ait %50 Koop.ortaklık payını davalı oğluna devrettiği, ayrıca %50 ortaklık payının da davalı adına yapılmasını ve yazılmasını sağladığını beyanla tapunun iptaline, kendi adlarına tesciline olmadığı takdirde tenkisine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, 1.4.1974 günlü ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına dayanılarak (tapu iptal ve tescil kararı verilmişse de); miras bırakanın yaptığı tasarruflar BAĞIŞ niteliğinde bulunduğundan içtihadı birleştirme kurul kararının uygulanma olanağı yoktur.

Davada tenkis isteğinde bulunulduğuna göre, II.II.1994 günlü ve 4/4 s. İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı çerçevesinde araştırma yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Y.1.HD E:2010/1652 K:2010/2645 T:10.03.2010

Davacılar, miras bırakanları A.G.'nin S.S. Keşan Küçük Sanayi Sitesi Yapı Kooperatifine ait 10 parsel sayılı dükkana ilişkin %50 kooperatif ortaklık payını davalı oğluna devrettiğini, ayrıca bedelini ödediği %50 ortaklık payınında davalı adına yapılmasını sağladığını, ferdileşme sonucu çekişme konusu taşınmazın sicil kaydının davalı adına oluştuğunu, yapılan işlemlerin mirasçılardan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, tapu iptal ve tescil olmadığı takdirde tenkis isteğinde bulunmuşlardır.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iddianın kanıtlandığı gerekçesi ile tapu iptal ve tescil isteği yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinden kaynaklanan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescili, olmadığı takdirde tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, tapu iptal ve tescil isteği yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, davacıların miras bırakanları A.G.`in S.S. Keşan Küçük Sanayi Sitesi Yapı Kooperatifine ait 10 parsel sayılı dükkana ilişkin %50 kooperatif ortaklık payını davalı oğluna devrettiği, ayrıca %50 ortaklık payımında davalı adına yapılmasını ve yazılmasını sağladığı, fer-dileşme sonucu çekişme konusu taşınmazın sicil kaydının davalı adına oluştuğu anlaşılmaktadır.

Davacılar, miras bırakan tarafından yapılan bu işlemlerin mirasçılardan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır.

Bilindiği üzere, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda 1.4.1974 tarih ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararı uyarınca araştırma, so-ruşturma yapılması ve davanın sonuca bağlanması zorunludur. İnançları Bir-leştirme Kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcı niteliktedir. Yorum yoluyla genişletilmeleri ya da kısmen uygulanma-ları bırakanın mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla tapu sicil memuru önünde adına kayıtlı taşınmazı temlik etmesi durumunda” uy-gulanır. Görüldüğü üzere kooperatif payının devri ve davalı adına kooperatif hissesi satın alma halinde bu İnançları Birleştirme Kararı'nın uygulanmasına yasal olanak yoktur.

O halde, yapılan bu işlemlerin miras bırakan tarafından davalıya yapılan bağış olarak kabulü gerekir. Bir başka ifadeyle kişisel hakkın temlik niteliği taşıyan kooperatif hissenin davalıya devri ile davalı adına kooperatif hissesi satın alma işleminde 1.4.1974 tarih ½ sayılı içtihadı Birleştirme kararının uy-gulama yer bulunmadığından, tapu iptal ve tescil isteği yönünden kabul kararı verilmesi doğru değildir.

Öyleyse, anılan bu tasarrufların koşullarının varlığı halinde tenkis hüküm-lerine tabi olacağı açıktır.

Tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağ-lı veya sağlar arası kazandırmaların (teberru) yasal sınıra çekilmesini amaçla-yan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (inşai) davalardandır. Tenkis davasının dinlenebilmesi için öncelikli koşul, miras bırakanın ölüme bağlı veya sağlar arası bir kazandırma işlemi ile saklı pay sahiplerinin haklarını zedelemiş ol-masıdır. Saklı payların zedelendiğinden söz edilmesi ise kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik) dışı terekenin tümü ile bilinmesiyle mümkündür. Tereke miras bırakanın ölüm tarihinde bırakmış olduğu mameleki kıy-metler ile, iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bunlar tere-kenin aktifini oluşturur. Miras bırakanın borçları, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin üç aylık işe, terekenin defterinin tutulması, mühürlenmesi, cenaze

masrafları gibi giderler de pasifdir. Aktiften belirtilen borçların indirilmesi net terekeyi oluşturur. Tereke bu şekilde tesbit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılarak parasal olarak miktarının tesbiti gerekir. (MK.565) Miras bırakanın Medeni Kanun'un 564.maddesinde belirlenen saklı paya tecavüz edip etmediği bulunan bu rakam üzerinden hesaplanır. Tasarruf oranı aşılmış ise tasarrufun niteliğine göre icap ederse kazandırma işleminde, saklı payları zedeleme kastının bulunup bulunmadığı objektif (nesnel) ve subjektif (öznel) unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedeleme kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya Medeni Kanun'un 565. maddesinin 1,2 ve 3. bentlerinde gösterilenler) veya saklı payın ihlal kastının varlığı kesin olarak anlaşılan diğerlerinde özellikle muayyen mal hakkında tenkis uygulanırken Medeni Kanun'un 570. maddesindeki sıralamaya dikkat etmek davalı mahfuz hisseli mirascılardan ise aynı kanunun 561. maddesinde yer alan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla davacının saklı payını tamamlamak, sonra sağlar arası tasarrufları dikkate almak gerekir. Bu işlem sırasında dava edilmeyen kişi veya tasarrufların tenkisi gerekeceği sonucu çıkarsa davacının onlardaki hakkını dava etmemesinin davalıyı etkilemeyeceği ve birden çok kişiye yapılan teberru tenkise tabi olursa 563. maddede yer alan, alınanla mütenasip sorumluluk kuralı gözetilmelidir.

Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı taktirde sözü geçen 564. maddedeki tercih hakkı gündeme gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıkmadan davalının tercih hakkı doğmadan davalının tercihinin kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmak ve 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca süratle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın, tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiatlara göre değeri belirlenmeli ve bu değer sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak **NAKTİN** ödetilmesine karar verilmelidir.

Hal böyle olunca: davada tenis isteğinde bulunulduğuna göre, yukarıda değinilen ilkeler gözetilerek tenkis isteği yönünden tarafların tüm delillerinin toplanması, araştırma ve incelemenin eksiksiz tamamlanması sonucuna göre bu istek bakımından bir karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir.

Davalının temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 10.03.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

PROJEYE AYKIRILIK • YÜKLENİCİNİN KUSURU**MASRAFLARIN PAYLAŞILMASI**

ÖZET: Projeye aykırılık davalının eyleminden değil, bina inşaatı yapılırken yüklenici tarafından oluşturulmuştur. Bu durumda projeye uygun hale getirilme masraflarının tamamının davalıya yüklenmesi doğru olmayacağından, hak ve nasafet kuralları çerçevesinde denkleştirme kuralları devreye sokularak çözüme gidilmelidir.

Y.1.HD E:2011/5002 K:2011/6141 T:25.05.2011*

Dava, kat mülkiyeti kurulu bağımsız bölüme elatmenin önlenmesi ve eski hale getirme isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, 5 sayılı parseldeki binanın 3 numaralı bağımsız bölümünün davacılar, 4 numaralı bağımsız bölümünün de davalı adına kayıtlı bulunduğu, onaylı projeye göre davacıların bağımsız bölümüne dahil olması gereken 11,37 m²lik kısmın davalıya ait bağımsız bölüm içerisinde kaldığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, projeye aykırılığın yüklenici tarafından bina inşaatı yapılırken olduğu ve anılan bağımsız bölümlerin mevcut durumlarıyla satın alınıp kullanılageldiği de çekişmesizdir.

Belirlenen bu olgular karşısında, elatmanın önlenmesine ve bağımsız bölümlerin projeye uygun hale getirilmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalının değinilen hususa ilişkin temyiz itirazı yerinde değildir. Reddine,

Ne var ki, projeye aykırılığın doğrudan davalının eyleminden kaynaklanmadığı gözetilerek, bağımsız bölümlerin projeye uygun hale getirme masraflarının hak ve nasafet kuralları çerçevesinde olaya en uygun düşecek biçimde taraflar arasında denkleştirilmesi gerekirken, bu konuda infaza elverişli bir karar verilmiş olması doğru değildir.

Davalının bu hususa ilişkin temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 25.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Vasfi KIRGIZ

ADİ KİRA SÖZLEŞMESİ • ECR-İ MİSİL GEÇERSİZLİĞİ

ÖZET: Yanlar arasında daha önce bir kira anlaşması var ise ecr-i misilden söz edilemez.

Y.1.HD E:2011/12255 K:2012/1732 T:21.02.2012*

Davacı, kayden maliki olduğu 10 parsel sayılı taşınmazın otopark olarak kullanımı için davalılara 9 aylık süre ile kiralandığını, sürenin dolması ile birlikte kira ilişkisinin sona erdiğini, davalıların fuzuli şağil olduklarını ileri sürerek, elatmanın önlenmesi ve ecrimisile karar verilmesini istemiş, birleşen dava ile de davalıların haksız kullanımlarının devam ettiğini belirtip 16 aylık dönem için ecrimisil istemiştir.

Davalılar, geçerli kira sözleşmesi bulunduğunu belirtip davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle davalı şirketin fuzuli şağil olduğu gerekçesi ile asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacı ve davalı şirket vekillerince süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 21.02.2012 Salı günü için yapılan Tebligat üzerine temyiz eden vekili ile diğer temyiz edenler 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 düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Asıl dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil, birleşen dava ise ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin feshedildiği benimsenerek asıl ve birleşen dava yönünden ecrimisile karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; çekişme konusu kargir ev ve dükkan nitelikli 10 parsel sayılı taşınmazda üçüncü kişilerle birlikte davacının paydaş olduğu, davalıların taşınmazca mülkiyetten kaynaklanan bir haklarının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı, taşınmazın otopark olarak kullanılması için 9 ay süre ile kiralandığını, ancak kira süresinin sona erdiğini ve davalıların fuzuli işgal olduklarını

* Gönderen: Av. Erkul Bulut

ileri sürerek elatmanın önlenmesi ve ecrimisil birleşen dava ile de; asıl dava tarihinden sonraki döneme ilişkin ecrimisil istemışler, davalılar ise davacı ile imzalanmış geçerli bir kira sözleşmesi bulunduğunu, belirsiz süreli yenilendiğini ve fuzuli şağil olmadıklarını savunmuşlardır.

Gerçektende; davacı ile davalı şirket arasında 1.4.2004 tarihli 9 ay süreli adi yazılı kira sözleşmesi imzalandığı, diğer davalının da kefil olarak sözleşmede yer aldığı görülmektedir. Esasen başlangıçta kira ilişkisinin varlığı hususunda yanlar arasında bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır.

Ancak, 22.01.2007 tarihinde noterde düzenlenen ihtarname ile kira sözleşmesinin 01.01.2005 tarihinden itibaren birer yıllık periyotlarla uzadığı aylık kiranın 01.01.2007 tarihinden itibaren 4.000.00 TL. olduğu davacı tarafından davalılara ihtar edilmiş, aynı şekilde 22.02.2007 tarihinde düzenlenen ihtarnameyle de benzer açıklamalarda bulunmuş, ayrıca kira artışı yapılmadığından kira artırımı davası ya da tahliye davası açılacağı ihtar edilerek 28.02.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Öte yandan, davalı şirketin davacıya ait İş Bankasındaki hesabına 14.02.2005 tarihinden itibaren değişik tarihlerde kira ödemesi adı altında ödemeler yapıldığı ve en son 09.01.2008 tarihinde 1.850.00 TL. kira ödemesi yapıldığı da kayden sabittir.

O halde, yanlar arasındaki ilişki BK'nın 248 ve müteakip maddelerindeki adi kira ilişkisidir. Başlangıçtaki süreli kira sözleşmesi sonradan süresiz hale gelmiştir. Bu durumda, anılan yasanın 262. maddesi gereğince feshi ihbar edilmeden kira akdinin sona erdiğinden ve davalıların fuzuli şağil olduğundan söz edilemez.

Hal böyle olunca mahkemece yanlgılı değerlendirme ile davalı şirketin ecrimisilden sorumlu tutulması doğru olmadığı gibi; kabule göre de el atmanın önlenmesi isteği bakımından olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiş olması da isabetli değildir.

Tarafların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerle (6100 Sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 21.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

BOŞANMA KOŞULLARI



DAVADAN SONRA BİRLİKTE YAŞAMIN DEVAMI

ÖZET: Boşanma davası açıldıktan sonra tarafların bir süre birlikte olup müşterek hayatı tekrar sürdürdükleri anlaşıldığına göre boşanma şartlarının oluşmadığı sonucuna varılmalıdır.

Y.2.HD E:2008/8696 K:2009/15618 T:15.09.2009*

Toplanan delillerden boşanma davası açıldıktan sonra davacı kocanın hastalandığında davalı kadını kendisine bakması için çağırdığı tarafların bir müddet hastanede kaldıkları hastaneden çıktıktan sonra davalının oğlunun evinde bir müddet birlikte yaşadıkları davacının bu süre içinde davalıya araba aldığı ve ayrı ev kiraladığı, böylece davalı kadından kaynaklanan kusurları affettiği, en azından hoşgörü ile karşıladığı anlaşıldığından davacı kocanın davasının reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, duruşma için takdir olunan 625.00 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 oybirliğiyle karar verildi. 15.09.2009

EŞİN RIZASI OLMADAN VERİLEN İPOTEK

● AİLE KONUTU

ÖZET: Taşınmazın tapu kaydında “aile konutu” şerhi olmadığına göre, eşin rızası alınmadan kurulan ipoteğin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Y.2.HD E:2010/21566 K:2011/11368 T:04.07.2011*

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,

SONUÇ

Yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna ve 73.90 TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.07.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamıştır. Amaç, aile konutunu ve bu konutla ilgili hakları koruma altına almaktır. Açık rıza alınmadan hak sahibi olan eşin tasarrufu veya konut üzerindeki hakları sınırlandırıcı işlemi, rızası gereken eş bakımından bağlayıcı değildir.

Kanun “açık rızadan” sözettiğine göre, örtülü (zımni) rıza veya işleme onay verildiği delalet eden bir takım davranışlardan çıkartılan rıza işleme geçerlilik kazandırmaz.

Dava konusu taşınmaz 163 m² olup, tapuda “ev ve arsa” vasfıyla kayıtlıdır. “aile konutu” olarak özgülendiği hususu tartışmasızdır. Hak sahibi olan koca, bu taşınmaz üzerine, eşinin açık rızası alınmaksızın, dava dışı S...Tekstil Ltd. Şti.nin ve N.S.`un kredi borcunun teminatı olmak üzere diğer davalı banka lehine 20.05.2005 tarihinde ipotek tesis ettirmiştir. (TMK. M.194/1) Bu işlemde önce taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, davalı Bankanın kazanımı iyiniyetli olması halinde korunabilir. (TMK.m.1023) Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda da aslolan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. (TMK. M.3) Davalı banka, tacirdir. Her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. (TTK. M.20/2) Basiretli hareket etme yükümlülüğü, teminat olarak gösterilen taşınmazın fiili ve hukuki durumunu bilmeyi de gerektirir.

Banka buna uygun hareket etmemişse, özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş demektir. Bu nedenle davalı Bankanın iyiniyet iddiası dinlenmez. Öyleyse davacının açık rızası alınmadan tesis edilen ipoteğin kaldırılmasına karar verilmelidir. Bu sebeple değerli çoğunluğun onama görüşüne iştirak etmiyorum.

* Gönderen: Av. Levent Pelen

NAFAKA • TAKDİR EDİLECEK SÜRE

ÖZET: Ayrılık kararı verilmişse tedbir nafakası süresi ayrılık süresiyle aynı olmalıdır.

Y.2.HD E:2010/20232 K:2012/4124 T:28.02.2012

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından; tedbir nafakasının miktarı ve ayrılık süresinde tedbir nafakası verilmesi yönünden; davalı koca tarafından ise ayrılık kararı ve ferileri yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dava, Türk Medeni Kanun'unun 170/2. maddesi uyarınca ayrılık kararı verilmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüyle tarafların bir yıl süreyle ayrılıklarına, davacı yararına dava tarihinde kararın kesinleşme tarihine kadar aylık 350 TL. tedbir nafakasına, harç yatırılmadığından sürekli olarak tedbir nafakası konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Toptan delillerden mahkemece de kabul edildiği üzere davalının güven sarsıcı davranışlar içine girdiği birlik görevlerini ihmal ettiği ve ortak konutun kili-dini değiştirdiği anlaşılmaktadır. Davacının ise kusurlu bir davranışı kanıtlanamamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında Türk Medeni Kanunu'nun 170/1. maddesindeki koşullar davada gerçekleşmiştir. Mahkemece Türk Medeni Kanun'unun 169. maddesi uyarınca davanın devamı sırasında geçici önlem olarak davacı lehine tedbir nafakasına da karar verildiği miktarın da tarafların ekonomik ve sosyal durumuna uygun olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersiz bulunmuştur.

2- Mahkemece, ayrılık kararı verildiğine göre, davacı lehine takdir edilen tedbir nafakasının 1 yıllık ayrılık süresinin sonuna kadar devamına karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hükmün kesinleşmesine kadar devamına şeklinde karar tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte açıklanan sebeple **BOZULMASINA** hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1.bentte açıklanan sebeple gerekçe yönünden oyçokluğu, bozma sonucu yönünden öybirliğiyle **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz ilam harcının temyiz eden davalıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 73.90 TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatan davacıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere karar verildi. 28.02.2012

KARŞI OY

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 167 ve 170/2. maddeleri uyarınca münhasıran ayrılık kararı verilmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüyle, tarafların 1 yıl süreyle ayrılıklarına, davacı kadın yararına Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca ayrılık kararının kesinleşmesine kadar aylık 750 TL. tedbir nafakasına, harcı yatırılmadığından davacının ayrılık süresi için tedbir nafakası istemi hakkında karara yer olmadığı kararı verilmiştir. Toplanan delillerle, mahkemece de sabit kabul edildiği üzere davalı kocanın güven sarsıcı davranışlar içine girdiği, birlik görevlerini ihmal ettiği ve ortak konutun kilidinin değiştirdiği anlaşılmaktadır. Davacı kadının kusurlu bir davranışı ise kanıtlanmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında ayrılığa karar verilebilmesi için gerekli boşanma sebebinin ispatlanmış olması koşulu (TMK.m.170/1) davada gerçekleşmiştir. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca davanın devamı sırasında gerekli geçici önlem olarak davacı lehine tedbir nafakasına da karar verildiği, miktarının da tarafların ekonomik ve sosyal durumuna uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece davacı kadının ayrılık süresi için talep ettiği nafakaya ilişkin olarak bu konuda harcı yatırılmak suretiyle açılmış bağımsız bir tedbir nafakası davası olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. Açılan ayrılık davasının kabulü veya takdiren boşanma yerine ayrılığa karar verilmesi durumunda; kararlaştırılan ayrılık süresi için ne gibi önlemler alacağı konusunda yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesindeki önlemler açılan boşanma veya ayrılık davasının devam ettiği süre için alınabileceği ve ayrılık süresi içinde de devam eden bir dava bulunmadığından kıyasen uygulanmaya elverişli değildir. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesindeki "ayrı yaşamada haklılık" koşulu ayrıca bir karar gerekmezken kendiliğinden gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nedenle hakim in ayrılık süresinde geçerli olmak üzere birliğin korunması için Türk Medeni Kanun'un 197/2-4. maddelerindeki önlemleri talep gerektirdiği takdirde, talebe bağlı olarak resen alması gereken önlemleri de talep olmasa bile alması gerekecektir. Bu bakımdan, mahkemece talep bulunması koşuluyla, eşin kendisi için tedbir nafakasına karar verilmesi, tarafların velayet düzenlemelerine tabi çocukları varsa, bu çocuklar için ayrılık süresince geçerli olacak şekilde geçici velayet düzenlemesi yapılması ve gerektiğinde velayeti üstlenen eş yararına çocuk nedeniyle de tedbir nafakasına karar verilmesi gerekir. Ayrılık süresince yukarıda belirtilen önlemler ayrılık kararının ferî (eki) niteliğinde olacağından, bu önlemler nedeniyle harç alınması da gerekmeyecektir. Türk Medeni Kanun'unu 197. maddesi uyarınca harç alınması gereken talep (dava), Türk Medeni Kanunu'nun 197/3. maddesindeki eşin talebini bağımsız bir dava olarak ileri sürmesi durumuna özgüdür. Açıklanan nedenlerle, mahkemece davacının ayrılık süresi için talep ettiği ayrılık kararının ferî olan tedbir nafakası talebi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde harç yatırılmadığı gerekçesiyle karara yer olmadığına hükmedilmesi isabetsiz olmuştur.

Değerli çoğunluğun temyiz edilen hükmün kısmen onanması kısmen bozulması şeklindeki görüşüne katılmakla birlikte, ayrılık süresi içindeki tedbir nafakasına ilişkin bozmanın yukarıda açıkladığım değişik gerekçeyle yapılması gerektiğini düşünüyorum.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİNE İLİŞKİN DAVALAR

YÖNETİMİN DAVA EHLİYETİ

ÖZET: Kat mülkiyetine ilişkin işlerin yürütülmesi için üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, tüzel kişiliği olmasa da yönetim kurulunun ya da yöneticinin aktif ve pasif dava ehliyeti yönünden kat maliklerini temsil edebileceği kabul edilmelidir.

Y.3.HD E:2010/8387 K:2010/9124 T:24.05.2010*

Davada, davacı eski yönetici, görev yaptığı 2001-2004 tarihleri arasında ortak giderler için 9165.60 TL. harcama yaptığını ileri sürerek davalı yeni yönetimden tahsilini istemiştir.

Mahkemece, davalı olarak gösterilen yönetimin tüzel kişiliğinin bulunmadığı gerekçesiyle pasif husumet yokluğundan istemin reddine karar verilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 27. maddesine göre; "Ana gayrimenkul, Kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak suretiyle, bu kurul tarafından kararlaştırılır." Aynı yasanın 34. maddesi ise, "Kat malikleri, ana gayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler; bu kimseye (yönetici) kurula da (yönetim kurulu) denir." Hükmünü amirdir. Sözü edilen Yasa'nın 35. maddesinde yöneticinin görevleri ayrı ayrı gösterilmiştir. Bu görevler ana gayrimenkulün yönetimi ile ilgili olup, yönetimin gerektiği ortak gider yetkisini içerir. Yönetici Yasadan aldığı temsil yetkisine dayanarak çeşitli sözleşmeler kurabilir. İşte bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yönetici dava açabileceği gibi, yöneticiye karşı da dava açılabilir.

Öte yandan Kat malikinin veya Kat malikleri kurulunun ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaması yöneticinin özel kanundan doğan temsil yetkisini ortadan kaldırmaz.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

Dava birden fazla parsel üzerinde kurulu bulunan sitede eski yönetici davacının görevi sırasında yaptığı harcamaların rücuen yeni yönetimden tahsili isteminden ibaret olup her bir parsel için yönetim planında Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı esas kabul edilmiştir.

Sonuç olarak denilebilir ki, yöneticinin temsil yetkisine giren işlerden dolayı üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ve somut olayda olduğu gibi bu sözleşmeler nedeniyle bizzat yapmış olduğu harcamalar yönünden rücu davalarında, yönetim kurulunun kat maliklerini temsilen aktif ve pasif dava ehliyeti bulunduğu varsayılmalıdır. Aksinin benimsenmesi durumunda ise, bu kez üçüncü kişilerin yönetici ile sözleşme yapmaktan kaçınması hali doğacak veya alacakların tahsilinde özellikle birden fazla parsel üzerinde kurulu sitelerde malik sayısının çokluğu da nazara alındığında ilgililerin tahsil imkansızlığı nedeniyle ilgililerin bundan zarar görmeleri sonucu kaçınılmaz olacaktır.

Hal böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken, davanın husumet noktasından reddedilmesi usul ve kanuna aykırı bulunmuş ve kararın bu nedenle bozulmasını gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 24.05.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEÇERLİ VASIYETNAME • TENKİSE TABİ TASARRUFLAR

ÖZET: Geçerli de olsa vasiyetname ile yapılan ölüme bağlı tasarrufun tenkise tabi olup olamayacağı, somut olayda tenkis koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak hüküm kurulmalıdır.*

Y.3.HD E:2011/14754 K:2011/20454 T:13.12.2011

Dava dilekçesinde vasiyetnamenin iptali istenilmiştir. İslah dilekçesi ile de, aksi halde, ölüme bağlı bu tasarruf, saklı payı zedelendiğinden tenkis hükümlerinin uygulanması talep edilmiştir. Mahkemece vasiyetnamenin iptali ve tenkis taleplerinin reddine karar verilmiştir. Hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davacılar vekili tarafından istenilmekle, dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay I. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

Davacılar vekili dilekçesinde; müvekkillerinin, murisin kendisinden önce ölen oğlu İ.'in çocukları olduğunu; muris, 09.09.1998 tarihli vasiyetnamesi ile 29 parsel nolu taşınmazdaki 20/550 hissesinin 3/4'ünü oğlu O.'a 1/4'ünü ise kızı N.'a bıraktığını davacıları ise mirastan mahrum ettiğini, vasiyetçinin ölümüne bağlı tasarrufu, yanılma ve davalıların zorlaması sonucu yaptığını iddia ederek, vasiyetnamenin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. İslah dilekçesi ile de, aksi halde tenkise karar verilmesini istemiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesinde, davanın süresinde açılmadığını, vasiyetnamede davacıları mirastan iskata yönelik bir ibare olmadığını, murisin irili ufaklı başkaca taşınmaz malları mevcut olup bu taşınmazların dava konusu vasiyete konu yapılmadığını, bir iptal sebebi bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, "...Noterlikçe düzenleme şeklinde tanzim edilen vasiyetname geçerli bulunduğundan, vasiyetnamenin iptali talebinin reddi cihetine gidilmesi uygun görülmüştür. Vasiyetname, murisin ölümünden önceki bir yıl dışında tanzim edilmiştir. Bu bakımdan ölüme bağlı tasarruf, mutlak olarak tenkise tabi tasarruflardan değildir. Ölümden bir yıldan fazla bir süre önce yapılan ölüme bağlı tasarruflardan murisin saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla kazandırma yaptığının kesin ve net olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Dinlenen tanık ifadeleri saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla kazandırma yapıldığını ispata yeterli değildir. Vasiyete konu taşınmaz dışında murisin başkaca tapulu taşınmazları bulunmaktadır. Böylece, murisin saklı pay kurallarını etkisiz kılmak, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla vasiyetname düzenlediği açıkça ispat edilememiştir. Bu durumlar karşısında tenkis talebinin de reddi cihetine gidilmesi uygun görülmüştür. Gerekçesiyle vasiyetnamenin iptali ve tenkis taleplerinin reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Doyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, vasiyetçi, düzenlediği vasiyetnamesi ile gayrimenkullerinden birini davalılara vasiyet ederek, ölüme bağlı tasarrufta bulunmuştur. TMK'nın 560/1. maddesine göre "Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler." Aynı Kanununun 561/1. maddesine göre ise: "Saklı pay sahibi mirasçılara ölüme bağlı tasarrufla yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan kazandırmaların onların saklı paylarını aşan kısmı orantılı olarak tenkise tabi olur." Hükümüne amirdir.

Mahkemece, murisin vasiyetname ile yaptığı tasarrufun sağlararası bir tasarruf olmayıp, ölüme bağlı bir tasarruf olduğu ve mutlak tenkise tabi olduğu

gözetilmemiştir. Ayrıca, vasiyete konu taşınmaz dışında başkaca taşınmazların bulunması da tenkis talebinin reddi için gerekçe gösterilmiştir.

Tenkisin gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa ne oranda ve ne miktarda gerekeceği önceden bilinemez. Bunun için, mahkemece, öncelikle tereke mal varlığı tespit edilmeli, uzman bilirkişi heyetine tenkisle ilgili ayrıntılı bir hesap yaptırılmalı, davacılar, belirlenen değer üzerinden noksan harcı yatırmaları için süre verilerek, harç tamamlattırılmalı, bundan sonra tenkis hükümleri doğrultusunda bir inceleme ve araştırma yapılarak, oluşacak sonuç dairesinde tenkis talebiyle ilgili bir hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 13.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET



ORTAKLIĞI KORUMA EYLEMLERİ

ÖZET: Elbirliğiyle mülkiyette ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu nedenle ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların oybirliğiyle karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunludur.

Ancak, ortaklığa ilişkin hakların koruma eylemleri her bir ortak tarafından tek başına yapılabilir.

Y.3.HD E:2011/18428 K:2012/1370 T:23.01.2012*

Davada, Kozan ilçesi 372 ada 5-6 parseller üzerinde murislerinden kalan yerlerin kira gelirinden hisselerine düşen miktarın davalı tarafından verilmediği ileri sürülerek geçmiş beş yıl için 7.500.00 TL. ecrimisilin tahsili istenilmiş, mahkemece, davalı tarafından kira bedellerinin alındığının ispatlanamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm, süresinde davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

Dava konusu 372 ada 6 parsel A.B'e ve 5 parselin ½ hissesi ise davacının annesine ait olup iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Miras Ortaklığı" başlıklı 640. maddesi;

"Birden çok mirasçı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir.

Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.

Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir.

Mirasçılardan her biri terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçılarının hepsi yararlanır..." hükmünü içermektedir.

Aynı Kanun'un 701 ve devam eden maddelerine göre tereke elbirliği (iştirak) mülkiyetine tabidir.

Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet, yasa veya yasada gösterilen sözleşmeler uyarınca, aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur.

Medeni Kanun'un 701-703. maddelerinde düzenlenen bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi ortaklardan her birinin doğrudan doğruya bir hakkı da bulunmamaktadır. Mülkiyet bir bütün olarak ortakların hepsine aittir. Başka bir deyişle, ortaklık tasfiye ile sona erinceye kadar ortaklardan her birinin ayrı bir mal veya hakkı olmayıp, hak sahibi ortaklıktır. Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet türünde malikler, mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaktır. Bu ilke Medeni Kanun'un 701. maddesinde "... Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır..." biçiminde yer almıştır.

Bu itibarla elbirliği (iştirak) halinde mülkiyette, ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Yasada veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunludur.

Medeni Kanun'un 702/2.maddesi "...Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir..." hükmünü getirmiştir.

Ne var ki bu kural, uygulamada yumuşatılarak, 11.101982 tarih, 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla bir ortağın tek başına dava açabileceği; ancak, davaya devam edebilmesi için öteki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığıyla davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Medeni Kanun'un 702/4. maddesinde "...ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır..." hükmü öngörülmüştür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden önce elbirliği ile (iş-tirak halinde) mülkiyet 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 581. maddesinde düzenlenmişti. Ancak uygulamada karşılaşılan bazı güçlüklerin giderilmesi için yeni düzenlemede Medeni Kanun'un 640. maddesine "Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçılarının hepsi yararlanır" hükmünü içeren dördüncü fıkra eklenmiştir. Madenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, mirasta terekenin tabi olduğu elbirliği mülkiyetine yöneltilen en güçlü eleştiri, birlikte hareket etme zorunda olmaları nedeniyle mirasçılarının bireysel olarak terekedeki hakların korunması amacıyla hareket edememeleriydi. Maddeye eklenen dördüncü fıkra, bu eksikliği giderme amacına yönelik olarak getirilmiştir.

Buna göre, olağan koruma eylemleri ve buna bağlı olarak onarımlar, mahsullerin toplanması bozulacak satılması, acele olarak yapılması zorunlu bulunan işlemin yerine getirilmesi ile istihkak, elatmanın önlenmesi, tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanması gibi taksimi mümkün olmayan talepler, ortaklardan her biri tarafından dava yoluyla ileri sürülebilir.

Terekeye ait haklar üzerinde tasarruf söz konusu ise ortakların oybirliği ile karar vermeleri Medeni Kanun'un 702/2. maddesinin açık hükmü gereği olduğuna göre, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğe dayalı tescil davasında da tüm mirasçılarının birlikte hareket etmeleri suretiyle birlikte dava açmaları veya terekeye temsilci atanması ve bu yolla davanın yürütülmesi gerekir. Ancak bir mirasçı özellikle acele hallerde; miras şirketinin menfaatini korumak için, bütün mirasçılar adına, yalnız başına dava açarsa, mirasçı kendi açtığı böyle bir davayı yalnız başına yürütemez. Davayı bütün mirasçılarının birlikte yürütmesi gerekir. Bu halde, mahkeme bir mirasçının açtığı davayı hemen reddedemez, diğer mirasçılarının davaya katılımlarının sağlanması, muvafakatının alınması veya terekeye temsilci tayin ettirilmesi için davacıya uygun süre vermelidir.

Mahkemece, davada taraf olabilme yeteneğinin dava şartlarından olduğu, bu hususun mahkemece resen göz önünde tutulacağı göz ardı edilerek; yukarıda ayrıntısı ile açıklanan eksikler tamamlanmadan işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru olmayıp, usul ve yasaya da aykırıdır.

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 23.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

ISLAH YOLUYLA ZAMANAŞIMI

ÖZET: İslah yolu ile de zamanaşımı definde bulunabilir.
Y.4.HD E:2011/10614 K:2011/11538 T:03.11.2011

Taraflar arasındaki trafik kazasından kaynaklanan desteğin ölümü nedeniyle tazminat davasından dolayı yerel mahkemece verilen gün ve sayısı yukarıda yazılı kararın; Dairemizin 31/03/2011 gün ve 2011/3811-2011/3488 sayılı ilamıyla bozulmasına karar verilmiştir. Süresi içinde davalı vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan desteğin ölümü nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, davacının temyizi üzerine karar dairece bozulmuştur. Bu defa davalının karar düzeltme isteği üzerine dosya yeniden incelenmiştir.

Davacılar, desteklerinin davalının kullandığı aracın çarpması sonucu meydana gelen kazada öldüğünü belirterek 01/03/2010 günü eldeki davayı açmışlardır. Davalı süresinde verdiği cevap dilekçesini bilahare ıslah ederek 11/05/2010 günlü ıslah dilekçesi ile zamanaşımı definde bulunmuştur. Davacılar vekili ise zamanaşımı definin süresinde yapılmadığını belirterek karşı koymuştur.

Mahkemece zamanaşımı definin ıslah yolu ile ileri sürülmesinde usule aykırı bir yön bulunmadığından ve beş yıllık ceza zamanaşımı süresinin olay tarihinden itibaren dolduğundan bahisle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

1086 sayılı HUMK'nda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının istisnası ıslahıdır. HUMK'un 83. maddesinde davalı tarafa ıslah yolu ile cevap dilekçesini düzeltme hakkı verilmiştir. Zamanaşımı defini de HUMK'un 187. maddesindeki ilk itiraz sebepleri arasında sayılmamış iken ıslah yolu ile zamanaşımı definde bulunulamayacağı gerekçesiyle mahkeme kararının bozulması doğru değildir. Kaldı ki 6100 sayılı HMK'nın 180. maddesinin gerekçesinde de zamanaşımının ıslah yolu ile ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu durumda mahkeme kararının onanması gerekir. Ne var ki karar bozulmuş bulunduğu davalının karar düzeltme isteminin 1086 sayılı HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabulü ile bozma ilamı kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenle onanmalıdır.

SONUÇ

Davalının karar düzeltme isteğinin kabulüne; bozma ilamının kaldırılmasına, kararın gösterilen nedenle **ONANMASINA** ve aşağıda yazılı onama harcının önceki onama kararımızı temyiz eden davacıya yükletilmesine ve tashihi karar talep eden davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 03/11/2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

ISLAH YOLUYLA ZAMANAŞIMI

ÖZET: Sadece dava dilekçesinde karşı ileri sürülen zamanaşımı defii islahta ileri sürülemez.

Y.4.HD E:2010/10984 K:2011/12929 T:5.12.2011

DAVA

Davacılar H.B. ve F.B. vekili tarafından, davalı H.K. aleyhine 18/06/2004 ve 18/11/2004 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 10/06/2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı M.B. vekili ve davalı vekili taraflarından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının tüm temyiz itirazları ile davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, trafik kazası sonucu desteğin ölümü nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, dava dilekçesindeki maddi ve manevi tazminat istemlerinin bir bölümü kabul edilmiş, ıslah dilekçesi ile artırılan tazminat miktarının ise zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Karar, davacılarından M.B. ve davalı tarafından temyiz olunmuştur.

a) Davacı, dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak eşinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemiştir. Yargılamanın devamı sırasında düzenlenen tazminat bilirkişi raporunda destekten yoksun

kalma zararının istemden daha fazla olduğunun belirlenmesi üzerine davacı, 31.03.2010 günlü ıslah dilekçesini vererek dava dilekçesindeki talep sonucunu artırmış ve bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarına göre bakiye zararını istemiştir. Davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü istem, yeni bir dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesindeki istek sonucunun artırılması biçimindedir. Bu nedenle sadece dava dilekçesine karşı ileri sürülebilecek olan zamanaşımı itirazı ıslaha karşı ileri sürülemez. Islah, 1.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. ve devamı maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Anılan kanunun 177/1. maddesinde de ıslahın, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Şu durumda, ıslaha karşı zamanaşımı definde bulunulamaz. Zira ıslah, yeni bir dava olmayıp sadece dava dilekçesinde yapılan bir değişikliktir. Açıklanan yasal düzenleme karşısında; yerel mahkemece, ıslah ile artırılan bölümün zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

b) Davacının desteği K.B., 31.03.2004 günü meydana gelen trafik kazası nedeniyle yaşamını yitirmiştir.

Tazminat hukuku ilkeleri gereğince haksız eylemden doğan zararın ödenmesi amacıyla açılan davalarda istek bulunması durumunda kabul edilecek tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir. Dava dilekçesinde, tüm davacılar yönünden kabul edilecek tazminatlara olay gününden itibaren yasal faiz işletilmesi istenmiştir. Şu durumda yerel mahkemece, desteğin eşi olan davacı M.B. yönünden de belirlenen tazminatlara olay gününden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekirken, adı geçen davacı yönünden faize karar verilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın, bu nedenle de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda (2/a ve b) sayılı bentlerde gösterilen nedenlerle davacıdan M.B. yararına **BOZULMASINA**; davacının diğer temyiz itirazları ile davalının tüm temyiz itirazlarının ilk bentte açıklanan nedenlerle reddine ve temyiz eden davacıdan M.B.'tan peşin alınan harem istek halinde geri verilmesine, 05.12.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KAMU KURUMU GÖREVLİSİNİN HİZMETTEN AYRILABİLEN KİŞİSEL KUSURU

AYRILAMAYAN KUSURU

ÖZET: Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil Ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğinin kabulü gerekir.

Y.4.HD E:2012/1980 K:2012/3331 T:05.03.2012

Davacı R.N.E. ve diğerleri vekili tarafından, davalı M.A. ve diğeri aleyhine 21.11.2003 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda, davanın reddine dair verilen 06.10.2011 günlü kararın Yargıtay kararınca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerideki kağıtlar incelenerek gereği görüldü. Dava, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Dava,kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken,kusurları sonucu kişilere zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin kamu görevlileri aleyhine açtıkları tazminat davasıdır.

Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde,zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibariyle davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Bu durumda,kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir.

Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine geti-

rilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmâl ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse:

Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelememiz gerekir. Anayasa'nın 129/5 maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak **AN-CAK** idare aleyhine dava açılabilir.

657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın (kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı) 13. maddesinde; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine **DEĞİL** ilgili kurum aleyhine dava açarlar.

Borçlar Yasası'nın (Haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1 maddesinde; gerek kasten gerek ihmâl ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargıda dava açılabileceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak zarar ika eden şahıs esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir.

Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o taktirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiple-

rindendir. Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabilceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir.

Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte dir. Ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve yasal düzenleme yapma yetki ve görevi TBMM'ne aittir.

Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil **ANCAK** kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir.

Nitekim yukarıda söz edilen mevzuat hükümleri doğrultusunda 14/09/1983 tarih 1980/4-1714 1983/803 Karar sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında da bu görüş benimsenmektedir.

Davaya konu edilen olayda Osmangazi Üniversitesi'nde uzman hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalı M.A.'nın, görevini yerine getirmediği ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalı M.A.'ya husumet yönetilemez. Bu davalı yönünden husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA**; bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının incelemesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 05/03/2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabil-

mesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idare işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar il sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvence- den yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen maddi olgulardan davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığıının anlaşılması karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek so- nuca varılması gerekir. Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları ve Hukuk Genel Kurulu'nun 15/11/2000 gün ve E:2001/4-1650; 2000/1690, 26/09/2001 gün ve E: 2001/4-595 K:2001/643, 29/03/2006 gün ve E.2006/4-86 K:2006/111; 17/10/2007 gün ve E:2007/4-640 K.2007/725; 31/10/2007 gün ve E:2007/4-800 K:2007/797; 20/02/2008 gün ve 2008/4-156 K:2008/140 sayılı ilamlarında aynı ilkenin benimsenmiş olmasına göre davanın husumet nedeniyle reddi gerektiği şeklinde çoğunluğun bozma nedenine katılmıyorum. 05/03/2012

ISLAH • ZAMANAŞIMI

ÖZET: İslah ek dava değildir. Bu nedenle zamanaşımı defi ileri sürülemez.

Y4.HD E:2011/2245 K:2012/5545 T:03.04.2012

Davacı A. vekili tarafından, davalı M. vdl. aleyhine 04.11.2003 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda, davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.02.2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelen- mesi davacı ve davalı M. vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazır- lanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektiri- ci nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülme- mesine göre davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyizine gelince, dava, trafik kazası nedeniyle uğranı- lan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkidir.

Yerel mahkemece, istemin kısmen kabulü ile 29.04.2009 tarihli ıslah di- lekçesiyle artırılan kısım yönünden zamanaşımı dolduğu gerekçesiyle reddine karar verilmiş, hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Dosya kapsamından, davaya konu trafik kazasının 15.09.2003 tarihinde gerçekleştiği, eldeki davanın 04.11.2003 tarihinde açıldığı bakiye kısmın ise 29.04.2009 tarihinde ıslah edildiği anlaşılmaktadır. Yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 176. maddesinde "Tarafardan her biri

yapmış olduğu usul işlemlerinin bir kısmını ya da tamamını ıslah edebilir. Aynı kanununun 177. maddesinde ise, tahkikatın sona ermesine kadar ıslah yapılabilir biçimde düzenlemeye yer verilmiştir.

Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabih) ıslah yolu ile artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir. Yasada ayrıca düzenlenmiş olması ve kendine özgü kurallarının olması nedeniyle ıslah ek dava olarak nitelendirilemez. Bu nedenle ancak davaya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı defii, ıslaha karşı ileri sürülemez. Yerel mahkemece, ıslaha karşı zamanaşımı definde bulunulamayacağı ve ilk davanın da süresinde açılmış olması gözetildiğinde, yerinde olmayan gerekçeyle ıslah edilen bölümün zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenle davacı yararına **BOZULMASINA**, davalının tüm davacının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle reddine ve temyiz eden davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 03.04.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum. 03.04.2012

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

BEDELE DÖNÜŞTÜRMEDE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN BAŞLANGICI

ÖZET: Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, mal sahibi için noter marifetiyle yapılan tebligatla başlar. Olayımızda bedele dönüştürme işlemi davacıya tebliğ edilmemiş, aynı zamanda ihtilafsız bedel de davacıya ödenmemiştir. Bu durumda hak düşürücü süre söz konusu değildir.

Y.5.HD E:2010/8225 K:2010/14151 T:12.07.2010

Taraflar arasındaki imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın arttırılması davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın reddine dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın arttırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 17. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen, hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir.

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 17/son maddesinde "bedellere itiraz şekilleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır." Hükmü yer almaktadır.

Yapılan incelemede, davacıya ait taşınmazın imar uygulaması sonucu şuyalandırıldığı ve davacının taşınmazına bedel takdir edildiği, ancak imar uygulamasına ilişkin kararın davacıya tebliğ edilmediği anlaşılmıştır.

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 25. maddesi gereğince; Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, mal sahibi için noter marifetiyle yapılan tebligatla başlar. Olayımızda bedele dönüştürme işlemi davacıya tebliğ edilmemiş, aynı zamanda ihtilafsız bedel de davacıya ödenmemiştir. Bu durumda hak düşürücü süre söz konusu değildir.

Belirtilen nedenle, davanın esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 12.07.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARAZİ NİTELİĞİNDEKİ TAŞINMAZ • DEĞER TESPİTİ

ÖZET: Arazi niteliğindeki taşınmaza net gelirine göre değer biçilmesi ve değer biçilirken o yörede mutad olarak ekimi yapılan ürünlerin değerlendirmede esas alınması gerekir. Y.5.HD E:2011/18665 K:2012/2695 T:21.02.2012*

Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan rapor ve yapılan inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir. Şöyleki;

Arazi niteliğindeki taşınmaza net gelirine göre değer biçilmesi ve değer biçilirken o yörede mutad olarak ekimi yapılan ürünlerin değerlendirmede esas alınması gerekir. Dava konusu taşınmazın susuz tarım arazisi niteliğinde olduğu anlaşıldığına göre, İl Tarım Müdürlüğü'nün cevabi yazısı nazara alınarak değerlendirmenin arpa, buğday, yulaf, kavun ve karpuz ürünlerine göre yapılması gerekir.

Bu nedenle yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu eşliğinde keşif yapıp taşınmazın bulunduğu yörede ekimi yapılacak ürünler esas alınıp taşınmazın konumu ve niteliğine göre Kamulaştırma Kanunu'nun 11/1-ı bendi uyarınca objektif değer artırıcı unsurlar da dikkate alınarak değer biçilmesi gerekirken geçersiz olan rapora göre yazılı şekilde hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, davalı idare yararına yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 825.00 TL. vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine, 21.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Vasfi Kırgız

HARÇ ÇEŞİDİ • KONUSUZ KALAN DAVA

ÖZET: Atiye terk edilen ve konusuz kalan dava sonucunda maktu harca hükmedilmelidir.

Y.5.HD. E.2011/20388 K.2012/5577 T.22.03.2012*

KARAR

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili ve ecrimisil istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, konusu kalmayan yer bedeline ilişkin davada karar verilmesine ve olmadığına atiye terk edelin ecrimisil istemi yönünden ise esas hakkında hüküm tesisine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm; davacı vekili ile davalı İstanbul İl Özel İdare Müdürlüğü vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere, kararın dayandığı gerekçelere göre konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

Konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına ve atiye terk edilmesi nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verildiği halde maktu karar harcına hükmedilmesi ve fazla yatırılan harcın iadesine karar verilmesi gerekirken, nisbi harca hükmedilip taraflardan ayrıca harç alınmasına karar verilmesi,

Doğru değilse de; bu yanlışların giderilmesi, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden,

Gerekçeli kararın hüküm fıkrasının 1. bendinin harca ilişkin 2. ve 3. Paragrafının tümüyle hükümden çıkarılmasına, yerlerine (Peşin alınan 4.668.00 TL. harçtan alınması gereken 18.40 TL. karar harcının mahsubu ile bakiye 4.649.60 TL. harcın istek halinde yatrana iadesine) cümlesinin yazılmasına,

Hükmün böylece **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, davacılaran peşin alınan temyiz harcının, istenildiğinde iadesine, peşin alınan temyize başvurma harcının, Hazineye irad kaydedilmesine, 22.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Mehmet Bayraktar

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞMESİ



MAHKEMECE İZLENECEK YOL

ÖZET: Elbirliğiyle mülkiyet paylı mülkiyete dönüştürülürken hüküm fıkrasında her bir mirasçının payı ayrı ayrı gösterilmelidir.

Davada tüm mirasçılar çağrılarak hüküm kurulmalıdır.

Y.6.HD E:2010/6498 K:2010/11662 T:27.10.2010*

Dava, elbirliği halindeki mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 644. maddesi hükmü uyarınca bir mirasçı te-rekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerinde elbirliği mülkiyetinin, paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde, Sulh Hakimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki el birliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.

Mahkemece dava konusu 8427 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilmekle yetinilmiş ancak hüküm fıkrasında mirasçılardan payları ayrı ayrı gösterilmiştir. HUMK'un 388/son maddesi gereğince elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete çevrilirken, hüküm fıkrasında, her padaşın payının ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu olup, mahkemece bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 27.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BARAKA VASFINDAKİ MECURUN TAHLİYESİ

ÖZET: Baraka vasfındaki yerler menkul hükmündedir. Bu yerlerin tahliyesi 6570 Sayılı Kanun'a göre değil, 818/262. md.ye göre hükme bağlanmalıdır.

Y.6.HD E:2011/2635 K:2011/6649 T:20.06.2011

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye ve kira alacağı davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, feshi ihbar nedeniyle tahliye ve kira alacağı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delillere kira bedelinin istenilen miktarda olduğunun davacı tarafından kanıtlanamadığına, davalının kabul ettiği miktar üzerinden kira bedellerinin ödendiğinin tarafların kabulünde bulunduğuna göre davacı vekilinin alacağın reddine ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekilinin tahliye istemine ilişkin temyiz istemine gelince:

Davacı vekili dava dilekçesinde davalının 01.01.2004 başlangıç tarihli sözleşme ile kiracı olduğunu, akdin yenilenmeyeceğine ilişkin ihtar keşide ettikleri halde davalının taşınmazı tahliye etmediğini, taşınmazın getirisinin aylık 1.600 TL. olarak tesbit edildiği halde aylık 850 TL. ödeme yapıldığından 2010 Ocak-Mayıs aylar arası bakiyesi olan 3.750 TL'nin tahsili ve kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı ise taşınmazda 2004 yılından beri kiracı bulunduğunu, kiraladığında kiralananın baraka vasfında olduğunu, masraf yaptığını dükkanın şu anda çevrenin en bakımlı dükkanı olup kiralaları da gününde ödediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davacı dava dilekçesinde davalının 01.01.2004 başlangıç tarihli sözleşmeye dayanarak kira alacağının tahsili ve baraka vasfındaki taşınmazdan tahliyesini istemiştir. Davalı ise kiracılık ilişkisine karşı koymamış, taşınmaz kiraladığında baraka vasfında olduğunu beyan etmiştir. Davacı tarafından yargılama sırasında ibraz edilen 01.01.2004 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinde kiralananın vasfı dükkan olarak belirtilmiş ise de kiracının imzası bulunmadığından bu sözleşmeye itibar edilemez. Dava dilekçesini yorumlamak hakime ait ise de davacı dava dilekçesinde temerrüt nedeniyle tahliye istemine ilişkin bir beyanda bulunmadığı gibi 04.10.2010 tarihli oturumda da davanın temerrüt nedeniyle tahliye olmayıp değişen durum nede-

niyle mahkemenin müdahalesi olduğunu beyan etmiştir. Davacı ve davalı kiralananın vasfını baraka olarak belirtmişlerdir. Bu durum karşısında istemin feshi ihbar suretiyle aktin feshi ve tahliye istemi olduğunun kabulü gerekir. Baraka gibi menkül hükmünde olan yerler için 6570 Sayılı Kanun hükmü uygulanmaz. BK. 262 maddesi uyarınca akit bozulabilir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş konusunda uzman bilirkişi marifetiyle mahallinde keşif yapılarak kiralananın Borçlar Kanuna mı yoksa 6570 Sayılı Yasa'ya mı tabi olduğunun belirlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde tahliye davasının red edilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Hükmün yukarıda bir nolu bentte yazılı nedene alacağı ilişkin hüküm kısmının **ONANMASINA**, 2 no'lu bentte yazılı nedenle tahliyeye yönelik hüküm kısmının **BOZULMASINA**, onanan kısım için temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 20.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ • ANAHTAR TESLİMİ

ÖZET: Anahtar teslim edilmediği sürece kiralanan yerin kiracının kullanımında olduğu kabul edilmelidir.

Kiralananın fiilen boşaltıldığını ve anahtarın teslim edildiğini ispat yükümlülüğü kiracıya aittir.

Y.6.HD E:2011/15289 K:2012/3446 T:05.03.2012

Dava ödenmeyen kira ve ortak giderlerin tahsili için yapılan icra takibine vaki itirazın iptali, takibin devamı ve icra tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne, 1.004 TL. kira alacağı ve 310 TL. apartman aidat gideri olarak 1.314 TL. üzerinden itirazın iptali ile takibin devamına, fazlaya ilişkin ve icra tazminatları istemlerinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili davalı kiracı K.Üniversitesi'nin 15.08.2007 tarihli kira sözleşmesi ile kiraladığı yerin kira sözleşmesini 20.10.2009 tarihli feshi ihbar ile haklı gerekçeye dayanmaksızın feshettiğini, feshi ihbarın sözleşmeye uygun yapılmadığını, davalının 2009 yılı Kasım ayına ait apartman aidat borçlarını ve 2009 Aralık ayı kira borcunu ödemediğini, İstanbul Dokuzuncu İcra Müdürlüğü'nün 2010/13434 esas sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını, ancak davalının borca itiraz ettiğini ve takibin durduğunu, takip tarihine kadar

davalının ödemediği 1.626 TL. aidat borçları davacılar tarafından ödendiğini, taraflar arasında imzalanan kira sözleşmesinin 7. maddesinde “kiracı herhangi bir aya ait kira bedelini süresi içinde yatırmadığı takdirde diğer aylara ait tüm kira alacakları muaccel hale gelir.”Hükmü bulunduğunu, davalının sözleşmenin bitimi 15.08.2010 tarihine kadar tüm kira bedellerini ödemekle yükümlü olduğunu bildirerek itirazın iptali ile takibin devamına %40 icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında imzalanan 15.08.2007 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 6. maddesinde” anlaşma sağlamadığı takdirde 2 ay önceden yazılı bildirimde bulunarak sözleşme tek taraflı olarak feshedilebilir.” Hükmü düzenlendiğini, davalının bu hükmeye dayanarak süresi içinde fesih ihbarında bulunduğunu, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshettiğini, davacıların kira sözleşmesinin sonuna kadar kira bedellerini talep edemeyeceklerini, davalının fesih beyanının hukuka uygun ve geçerli olduğunu bildirerek haksız açılan davanın reddini savunmuştur.

Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan 15.08.2007 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 6. maddesinde kiracı ve kiralayan arasında bir yıl sonunda anlaşma sağlanmadığı takdirde iki ay önceden yazılı bildirimde bulunarak sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilebileceği kararlaştırılmıştır. Kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren bir yıl geçtiğine göre kiracıya iki ay önceden yazılı bildirimde bulunmak koşuluyla kiralananı tahliye etme hak ve yetkisinin tanındığının kabulü gerekir. Bu durumda kiralananın tahliye edileceğinin belirtildiği tarih ve feshi ihbarın tebliğ tarihi arasında en az iki aylık sürenin bulunması zorunludur. Davalı kiracı davacıya gönderdiği 20.10.2009 keşide 27.10.2009 tebliğ tarihli feshi ihbarın tebliğ tarihine iki aylık süre eklenerek davacının erken tahliye nedeniyle uğradığı zarar tazmin edilmiş ise de bu yolla ulaşılan tarihin benimsenmesi için kiralananın fiilen boşaltılmış ve anahtarlarının kiralayana yasal şekilde teslim edilmiş olması gerekir. Anahtar teslim edilmediğini böylece kira ilişkisinin kendisince ileri sürdüğü tarihte hukuken sona erdirildiği kanıtlanma yükü kendisine ait olan kiracı anahtar teslimi hukuki bir olgu olduğundan bu olguyu yasal delillerle kanıtlayabilir.

Kiralananın yukarıda açıklandığı şekilde yöntemine uygun biçimde hangi tarihte tahliye edildiği belirlenerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, bu husus gözetilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 05.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA PARASININ ÖDENECEĞİ GÜN • BORÇLU TEMMERRÜDÜ

ÖZET: Kira parasının ayın ilk beş gününde ödeneceğine ilişkin sözleşme kuralı tarafları bağlar.

Borcun istenebilmesi için öncelikle muaccel olması gerekir.

Bu nedenle somut olayda ayın beşinci günü geçirilmeden kira parasının ödenmediğinden söz edilemez.

Y.6.HD E:2012/1878 K:2012/5211 T:03.04.2012

Davacı alacaklı tarafından davalı borçlu hakkında kira alacağının tahsili amacıyla tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine davalı borçlunun yasal süresinde itiraz etmesi üzerine, davacı alacaklı icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuştur. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi üzerine karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda gösterilen yazılı gerekçelere göre, temyiz eden davalının tahliyeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalının alacağına yönelik temyiz itirazlarına gelince; takibe dayanak yapılan ve karara esas alınan 01.08.2010 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmede aylık kira bedelinin 1.500 TL. olduğu, sözleşmenin özel şartlar bölümününün 5. maddesinde ise kira bedellerinin her ayın ilk beş gününde peşin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu şartlar geçerli olup, tarafları bağlar. Davacı 05.08.2011 tarihinde başlatmış olduğu icra takibinde 2011 yılı Temmuz ve Ağustos ayları kira bedelleri 3.000 TL ve 25.15 TL. işlemiş faiz olmak üzere toplam 3.025.15 T.nin tahsilini istemiş, davalı borçlu süresinde yaptığı itirazında alacaklıya borcu olmadığını bildirmiştir. Borçlar Kanunu'nun 257. maddesi uyarınca kiracı, kira bedelini sözleşme ile kararlaştırılan günde ödemek zorundadır. Borcun istenebilmesi için öncelikle borcun muaccel olması gerekir. Takibe konu Ağustos ayı kira bedeli sözleşmeye göre Ağustos ayının ilk beş günü içinde ödeneceğinden takip tarihi itibarıyla henüz istenebilir hale gelmemiştir. Bu durumda mahkemece Ağustos ayı kira bedeline yönelik itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 no'lu bentte yazılı nedenlerle kararın tahliyeye ilişkin kısmının **ONANMASINA**, 2 nolu bentte yazılı nedenlerle kararın alacağına yönelik olarak **BOZULMASINA** ve onanan kısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 03.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRAYA VERİLEN TAŞINMAZ • TAHLİYEDE İZLENECEK YOL

ÖZET: 6570 Sayılı Yasa'ya tabi bir taşınmazın Mahkeme kararı olmadan salt ihtarname tebliğ edilmesi suretiyle tahliyesi mümkün değildir.

Y.6.HD E:2011/14436 K:2012/3570 T:06.03.2012

Dava, kiracı tarafından açılan 4.400 TL hasar gören eşyalar bedeli, 67.000 TL. tazminat ve 9.000 TL. fazla ödenen kira bedellerinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçelere, takdirde de bir isabetsizlik olmamasına ve haklarındaki husumetten ret kararı verilen davacılar yönünden ayrıca davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmediğinin anlaşılmasına göre temyiz eden davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacılar vekili, dava dilekçesinde, davacıların kiralanan 01.04.2004 tarihli sözleşme ile kiracı olduklarını, herhangi bir mahkeme kararı olmadan ve ihtar yapılmadan kiralanan taşınmazdaki eşyalarının dışarıya atıldığını, yapılan tespitte bun eşyalardaki zararın 4.400 TL. olduğu, ayrıca peşin ödedikleri kira bedeli olan 9.000 TL. nin ve mahrum kalınan kar bedeli 67.000 TL.nin davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın haksız ve dayanaksız açıldığını, kira sözleşmesi özel şartlar birinci maddesinde kiralanan dükkan tamamen veya kısmen başkasına devredilemez, ortak alınamaz, geçici dahi olsa üçüncü şahısların istifadesine bırakılamaz şeklindeki düzenlemeye rağmen davacıların üçüncü bir kişiyi ortak aldıklarından sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğinden davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davalı tarafından davacılar Alanya Beşinci Noterliği'nin 04.05.2004 tarih 04208 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile sözleşmenin birinci maddesinin ihlal edildiği için sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği, bu nedenle sözleşmenin feshinin haklı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 01.04.2004 başlangıç 31.12.2004 bitim tarihli kira sözleşmeleri konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu kira sözleşmesinde davacı şirketin kiracı, davalı şirketin kiralayan olduğu görülmektedir. Her ne kadar mahkemece davalı tarafından Alanya Beşinci Noterliğinin 04.05.2004 tarih ve 04208 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği, belirtilmiş ise de bahsi geçen ihtarname davacılar tebliğ edilmediği gibi 6570 sayılı Kanuna tabi olduğu anlaşılan taşınmazın mahkeme kararı olmadan noter ihta-

rıyla tahliye edilmesi de hukuken mümkün değildir. Bu durumda kiralanın taşınmazın kullanılmasının davalı tarafından engellenmesinin haklı bir sebebe dayanmadığından davacı şirketin talepleri hakkında inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle **BOZULMASINA** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edenlere iadesine, 06.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ÜCRET KAVRAMI • BAHŞIŞ



EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI

ÖZET: Genel anlamda ücret, işçiye işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenen paradır. (İş K.32)

Buna göre, işçiye müşterilerin verdiği bahşiş de ücrettir. Ücret konusunda şüphe varsa meslek kuruluşundan emsal ücret bilgileri sorulmalıdır.

Y.9.HD E:2008/1648 K:2008/12819 T:25.07.2008

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerekçeleri sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının davalıya ait içkili restoranda müzisyen olarak, işverence ödenen asgari ücret ve müşteriler tarafından verilen bahşişle çalıştığı anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde de davacı işçi, 2006 yılı için günlük bahşişin 50.00 YTL. Olduğunu açıklamıştır.

Mahkemece, davacının talebini de aşacak şekilde asgari ücret ve bahşişlerden oluşan günlük net ücreti 97.00 YTL. (bürüt 135.40 YTL.) olarak kabul edilerek sonuca gidilmiştir. Günlük bahşişlerin miktarı konusunda davacı tanıklarının açık beyanları olmamıştır. Bu durumda konunun ilgili meslek kuruluşundan araştırılması gerekir. Alınacak olan cevap yazısı dosya içeriği ile birlikte yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve bahşiş tutarı makul bir biçimde belirlenerek hesaplamaya gidilmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **(BOZULMASINA)** oybirliği ile karar verildi.

EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI • TİCARET ODASI BİLGİLERİ

ÖZET: İstanbul Ticaret Odası'nın bildirdiği emsal ücretin yeterli bilgi içermediği dikkate alınarak, davacı işçinin yaptığı işe göre belirlenecek olan meslek kuruluşundan emsal ücret bilgileri istenmelidir.

Y.9.HD E:2009/22110 K:2009/17589 T:23.06.2009*

Davacı davalı işyerinde garson olarak çalıştığını, adisyonun %7 si ve bahşiş uygulaması ile çalıştığını, işten ayrıldığı tarihte aylık net 2.000.00 TL. ürte aldığını iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı ve fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuştur. Mahkemece davacının iddia ettiği ücret üzerinden yapılan hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla dava konusu istekler hüküm altına alınmıştır. Dairemizin 05.05.2008 tarihli ilamı ile davacının alabileceği ücretin tespiti için emsal ücret araştırması yapılması için bozulmuştur. Mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilerek İstanbul Ticaret Odası ile İstanbul Esnaf ve Sanatkarlar Odası'ndan emsal ücret araştırması yapılmış ise de yapılan araştırma yeterli olmadığı gibi davacının yaptığı iş ile ilgili merciden sorulmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, İstanbul Lokantacılar Esnaf Odası veya İstanbul Lokantacılar, Kebapçılar, Pastacılar ve Tatlıcılar Federasyonu'ndan davacının yaşı, kıdem süresi, yaptığı iş ve fesih tarihi göz önünde tutularak davacının alması gereken ücreti belirlemek, diğer delillerle birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gitmektir. Eksik Araştırma sonucu verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.06.2009 gününde oy-birliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Kazım Güzelgün Kadıköy I.İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

İŞE İADE DAVASI SONUÇLARI • TEKRAR İŞE BAŞLATILMA**HESAP YÖNTEMİ**

ÖZET: İşe iade davasından sonra işverenin daveti üzerine işe başlamayan işçi, iş güvencesi tazminatı ve dört aylık ücret ve haklarını alamaz. Bu durumda fesih geçerli fesih haline dönüşür ve buna göre işçi ihbar ve kıdem tazminatını alır.

İşverenin de işe davet beyanının ciddi olması gerekir. Aksi halde gerçek bir işe başlatma davetinin varlığından söz edilemez.

İşe başlama başvurusundan sonra işçinin işe başlatılmayacağına bildirildiği ya da bir aylık başlatma süresi sonunda fesih gerçekleşmiş olur. İhbar ve kıdem tazminatı ve izin ücreti bu fesih (tekrar işe başlatılmama) tarihine göre işçiye ödenmelidir. Hesaplamaya esas olan ücret de işçinin tekrar işe başlatılmadığı tarihte alabileceği ücrettir.

Dört aylık ücret ve haklar ise, feshi izleyen tarihteki ücret esas alınarak hesaplanmalıdır.

Y.9.HD E:2008/16917 K:2010/2572 T:05.02.2010

Davacı, kesinleşen işe iade davası sonucunda işe başlatılmadığını ileri sürerek fark kıdem tazminatı ile işe iade davasında belirlenen ücret ve tazminat alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının işe başlama tarihi çekişmelidir.

Bilirkişi raporunda fark ihbar ve kıdem tazminatı alacağı seçenekli olarak hesaplanmış olup, karar gerekçesinde hangi seçeneğin kabul edildiği açıklanmadan talebe bağlı olarak hüküm kurulmuştur.

Davacının işe giriş tarihi ve çalışma süresinin belirlenmesi sonucu, fark ihbar ve kıdem tazminatı alacağına karar verilmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

3- İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli 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 az 4 en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşa 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 başlamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı sayılı İş Kanununun 21/5 maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da işe iade davasında karara bağlanan bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşin iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmele birlikte Tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmele birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması 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 alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanununun 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 tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da 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 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 etmiş olması 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 (Yargıtay 9.HD 20.11.2008 gün 2007/30092 E, 2008/31546 K.)

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 (Yargıtay 9. HD. 18.11.2008 gün 2008/32727 E, 2008/31214 K.)

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı bürüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanun'unun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, mahkemece boшта geçen süreye ilişkin ücret ve sosyal hak alacağı, fark kıdem tazminatı alacağına geçersiz fesih tarihinden itibaren, ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatına da fesih tarihi olan 24.05.2007 tarihinden itibaren faiz yürütülmüştür.

Davacı, işe iadesi için başvuruda bulunurken boшта geçen süreye ilişkin ücret ve sosyal haklarını da talep etmiş olmakla davalıyı temerrüde düşürmüştür.

Bu nedenle yukarıda açıklanan esaslara göre boшта geçen süreye ilişkin ücret ve sosyal haklara temerrüt tarihi olan 30.04.2007 tarihinden itibaren, kıdem tazminatına da fesih tarihi olan 24.05.2007 tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ISLAH ve ZAMANAŞIMI

ÖZET: İslah takip eden ilk oturumda zamanaşımı defi'nde bulunabilir.

Y.9.HD E:2008/16925 K:2010/4730 T:23.2.2010

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai, ücretli yıllık izin genel tatil ve haftatatili alacaklarının karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, dava linin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden

dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu “eksik bir borç” haline dönüştürür ve “alacağın dava edilebilme özelliği”ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkar olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan: kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini orsadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürütüldüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden gözönünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde; ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp istenmesini, önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Bilindiği gibi zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu “eksik bir borç” haline dönüştürür ve “alacağın dava edilebilme özelliği”ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla Zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir. Ancak, 20.12.1974 gün ve 6155-17127 sayılı daire kararında da belirtildiği veçhile (bu karar için de yukarıda anılan dergi, sayfa 637 ve devamına bakınız); savunma nedenlerinin ve savunma nedenlerinden olan zamanaşımının yasanın öngördüğü cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi, diğer bir ifade ile (savunmanın genişletilmesi), bazı kayıt ve şartlarla mümkündür (HUMK. 202/11). Bu tek şart, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur; bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Usulün 202. 187. ve 188. maddelerinin birlikte incelemesinden çıkan sonuç budur. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanunu`nda, gerekse Borçlar Kanununda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretilerde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Keza tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2. maddesindeki tarafların maddi ve manevi-tazminat, 28. maddede belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet aktinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır, işçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava Borçlar Kanununun 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zaman aşımına tabidir.

İşverenin, işçiye hataen ödediğini iddia ettiği kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarını geri verilmesi yönündeki istemi BK'nın 66. maddesi hükmü uyarınca, bir yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı işverenin geri alma hakkını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Resmi kuruluşlarda bu zamanaşımı başlangıcı yetkili makamın öğrenme tarihidir.

4857 Sayılı Kanun'dan daha önce yürürlükte bulunan 1475 Sayılı Kanun'da ücret alacaklarıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/8. maddesinde işçi ücretinin 5 yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacaklarının, Borçlar Kanunu'nun 126/1. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı tartışmasız öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiştir.

TTK'nın 1259. maddesinin 1. fıkrasında yazılı bir yıllık zamanaşımı, aynı Kanunun 1235. maddesi uyarınca gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarının bir rüçhan hakkı olarak gemi bedeli üzerindeki talebi ile ilgili olup genel anlamda, hizmet ve iş mukavelelerinden doğan ücret alacaklarının BK'nın 126. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. Kanundaki zamanaşımı süreleri, BK'nın 127. maddesi gereğince " tarafların iradeleri ile değiştirilemez.

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve İş Sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK. 5.7.2000 gün ve 2000/9-1079 E. – 2000/1103 K.)

Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. (BK.m.128). BK.nun 101. maddesince, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

Müteselsilen borçlu olan kişilerin birbirlerine rücuunu ve bunun zamanaşımını aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği düzenler. Zira müteselsilen borçluluk muhtelif hukuki ilişkiler sonucu doğabilir. Ancak rücu hangi hukuki ilişki veya yasal nedenle doğmuş olursa olsun; rücu zamanaşımı rücu neden olan ödemenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar ve bu zamanaşımı süresi de, yukarıda açıklandığı üzere, ödemeyi yapan ve rücu eden ile edilen kişi arasındaki hukuki ilişkiye göre saptanır.

Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi ile zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu zamanda başlayacağı esasını kural olarak getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 130. maddesi hükmü gözönünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun ko-

yucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esastndan ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 101. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 128. maddenin 2. fıkrası düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun) koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tesbitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır.

Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürölüp düşürölmediği ve fiili ihbarın” yapılıp yapılamadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve diğer alacakların verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 131. maddesi gereğince asıl alacak zamanaşımına uğradığından faiz ve diğer ek haklarda zamanaşımına, uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. Borçlar Kanununun 133/2. maddesince alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Kısmi bir dava açılması halinde alacağın yalnız o kısım için zamanaşımı kesilir. Dava dışı kalan bölümü hakkında, zamanaşımı işlemeye devam eder.

Borçlar Kanunu'nun 132/4. maddesinde “Hizmet mukavelesinin devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edenlere karşı olan alacakları hakkında” zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiş ve hizmetçi” terimi kullanılmıştır. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı yoktur. Hizmetçiden kastedilen; kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir.

Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinde zamanaşımını kesen nedenler sınırlama getirmeksizin gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanınması), bu nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimi olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı ve kilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan

zamanaşımını keser; farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Bu bağlamda BK. 139. maddesinden de söz edilmesi zorunludur.

Borçlar Kanunu'nun 139. maddesi zamanaşımından feragati düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir defi hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı definde bulunmayacağını karşılıklı olarak yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeye delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı definde bulunmamasıyla veya defi geri alınmasıyla da mümkündür.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da; doğrulanmaktadır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.11.1963 T. 592,4-6419 sayılı kararı) Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir; borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2. ye aykırıdır. Hukuken korunamaz (HGK. 23.2.2000 gün ve 2000/15-71 E. – 2000/116 K).

Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesi hükmü uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Borçlar Kanununun 135. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Madde açıkça düzenlemediğinden ihtiyati tedbir istemi ile mahkemeye başvurma veya işçilik alacaklarının tespiti ve ödenmesi için Bölge Çalışma İş Müfettişliğine şikayette bulunma zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez. Ancak işverenin şikayet üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğünde alacağı ikrar etmesi, zamanaşımını kesen bir neden olacaktır. Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hakimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler (BK.m.135-136).

Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesi gereğince takas defi zamanaşımını keser ve 136. maddesi gereğince de dava devam ettiği sürece hakimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar.

Borçlar Kanununun 134. madde hükmü, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil solmayan bir borcun müşterek borçluların-

dan birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da katedilmiş olur” kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser.

Bu hükmün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani Borçlar Kanunu md. 50'ye dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulacağı; buna karşın eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu md.512e dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir. Yine halefiyette borçlu alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Bunun sonucu olarak halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin, diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır.

Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinde hangi hallerde zamanaşımına ilaveten 60 günlük munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı bir biçimde sayılmış, ayrıca sayılan hususlardan dolayı daha önce davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir

5521 sayılı; İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde İş Mahkemeleri'nde sözlü yargılama usulü uygulanır. Bu nedenle zamanaşımı defi ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defi de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder.

Somut olayda; davacının bilirkişi raporunun sunulmasından sonra 10.8.2007 tarihli dilekçe ile dava dilekçesini ıslah ederek dava konu miktarı artırması üzerine davalı işveren 29.11.2007 tarihli dilekçe zamanaşımı definde bulunmuştur. Davacı zamanaşımının süresinde yapılmadığını ileri sürmüştür ise de, ıslahı takip eden ilk oturumda davalının ileri sürdüğü zamanaşımı definin ıslahla arttırılan miktar bakımından süresinde yapıldığı kabul edilmelidir. Mahkemece fazla mesai ve genel tatil alacakları yönünden davalının zamanaşımı defi değerlendirilmeden hüküm kurulmuş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİNİN ÜCRETİNİN İSPATI • EMSAL ÜCRET BİLGİLERİ

ÖZET: İmzalı bordrolarda görünen ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, tanık beyanlar dikkate alınmalı işçinin yaptığı iş, meslekteki kıdemi belirtilmek suretiyle sendikalarla, ilgili iş ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olacağı sorulmalıdır.

Y.9.HD E:2008/37192 K:2010/21060 T:29.06.2010*

Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları ,asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı Yasa'nın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kiş kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da

* Gönderen: Kazım Güzelgün Kadıköy I.İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir. (Yargıtay 9.HD. 23.09.2008 gün 2007/27217 E, 2008/24515 K.)

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırma bağlanmış olması belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin İşverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kural- lar, İş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işven lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecektir. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek ünvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda davacının iddia ettiği aylık ücretle işveren kayıtlarının ve SSK kayıtlarının farklı olduğu açıktır. Banka kayıtları daha farklı bir miktarı içermektedir. Dinlenen taraf tanıklarının beyanlarında da bu hususta bir tutarlılık bulunmazken mahkemece herhangi bir emsal ücret araştırması yapılmaksızın ve gerekçesi açıklanmadan bir davacı tanığın beyanına itibar edilerek tespit edilen ücret miktarına göre hesaplama yapılması hatalı olmuştur.

Ayrıca kabule göre de, tefhim edilen kısa kararda "ihbar tazminatı talebinin 16.06.2008 tarihi itibarıyla işlemten kaldırılmasına" karar verildiği halde

gerekçeli karardaki hüküm fıkrasında bu hususa yer verilmemesi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VEKALET SÖZLEŞMESİ • İŞ SÖZLEŞMESİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İş sözleşmesi işçinin bağımlı olarak iş görmesinden, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

“Ücret, iş görme ve bağımlılık” iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede vekalet ilişkisi ağır basmakta olup davacı avukat konumundadır, davalı ise vekil tutan konumundadır. Bu durumda taraflar arasında İş Kanunu kapsamında hizmet sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Bu nedenle uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil genel mahkemelerde çözülmesi gerekir.

Y.9.HD E:2008/37114 K:2010/30362 T:25.10.2010*

Davalı, işyerinde 01.01.2004 tarihinde hukuk danışmanı olarak çalışmaya başladığını taraflar arasında yapılan sözleşmede davacının görevinin iş yasasına göre değil süreye bağlı olarak düzenlendiğini, davacının ücretinin avukatlık ücret tarifesinde öngörülen ücretin altında belirlenmesi, hak edilen ücretlerin tarifinin altında ödenmesi üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle fesih ettiğini belirterek kıdem tazminatı, vekalet ücreti ve fark ücret alacağını davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacı ile arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, davacının vekalet akdine dayalı olarak çalıştığını, görevli mahkemenin bu nedenle iş mahkemesi olmadığını savunmuştur.

* Gönderen: Av. Ertuğrul Sakaoğlu Kocaeli Barosu

Mahkemece, davacının davalı işyerinde taraflar arasında imzalanan ve süreklilik arz eden hizmet sözleşmesi niteliğindeki danışmanlık sözleşmesi gereğince çalıştığı, ayrıca serbest avukatlık yapıyor olmasının taraflar arasında imzalanan hizmet sözleşmesini etkilemediği, çalışmanın vekalet akti niteliğinde olmadığı, hizmet akti niteliğinde olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi, yoksa vekalet sözleşmesi mi, olduğu uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş göreme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır.

İş sözleşmesinde, işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Vekalette ise vekilin belli bir zamana bağlı olarak çalışması söz konusu değildir. Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. İş sözleşmesinin varlığı, ücretin ödenmesini gerektirir. Oysa vekalet için ücret zorunlu bir unsur değildir. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimleri ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz. Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı vekalet sözleşmeleri yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işveren bağlı olmaktan kurtulmaktadır.

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki – kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan

faaliyet göstermesi ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetimce sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir iş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş ya da hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. İşçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki iş görme borcunun bir ifadesidir.) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, tek başına yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir.

Kural olarak işçi sayılan kişinin kendi işçileri ve müşterileri bulunmaz. Bu kapsamda dikkate alınabilecek bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

İş ilişkisi kapsamında çalışan işçi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir işverene ait işyerinde çalışabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli

ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 63. madde kapsamında çıkarılan İş Kanununa ilişkin çalışma süreleri yönetmeliğinin 6. maddesinde, “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır.” Şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre haftalık 30 saatte kadar yapılan çalışma kısmi süreli sayılacaktır.

Dosya içeriğine göre, davalı şirket ile bağımsız bir organizasyona sahip olan ve serbest avukat olarak kendi bürosunda çalışan davacı avukat arasında hukuki danışmanlık sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşme içeriğine göre davacı avukata, davalı şirkete yapacağı hukuki danışmanlık hizmetleri karşılığı aylık ücret ödenmesi kararlaştırılmış avukatın bunun karşılığında serbest meslek mabzuzu düzenleyerek iş sahibine vereceği belirtilmiştir. Sözleşmede ayrıca dava ve icra takipleri nedeni ile avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Davacı avukat aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşamaları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır. Davacı avukat, aynı iş organizasyonda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırma imkanına sahip olabilmekte, keza işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır.

Sonuç olarak taraflar arasındaki sözleşmede iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılıktan söz edilemez.

Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede vekalet ilişkisi ağır basmakta olup, davacı avukat davalı ise vekil tutan sıfatındadır. Uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığı açıktır. Vekalet ilişkisi nedeni ile uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir. Mahkemece dava dilekçesinin görevsizlik nedeni ile reddine kararı verilmesi yerine işin esasına girilerek karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN DAVRANIŞLARI • GEÇMİŞTEKİ OLAYLAR**EYLEM İLE YAPTIRIM ARASINDAKİ ORANSIZLIK****GEÇERSİZ FESİH**

ÖZET: İşçinin görevini yerine getirmeme yönünden ısrarlı davranışı ispatlanamamıştır.

Başka olaylardan dolayı verilmiş olan disiplin cezaları bir buçuk yıl sonrası için geçerli fesih sebebi yapılamaz.

İşçinin iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağır bir davranışı gerçekleşmemiştir.

Eylem ile fesih yaptırımı arasında nispetizlik bulunmaktadır. Bu nedenle feshin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Y.9.HD E:2009/33925 K:2010/33873 T:22.11.2010

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin hatırlatılan görevini yapmaması ve verilen talimatlara uymaması nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II -h maddesi gereğince haklı ve bildirimsiz feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının fesih tarihine kadar işyerindeki disiplinsiz davranışları ve talimatlara uymaması sebebiyle çeşitli cezalar aldığı, en son kendisine verilen talimata uymayarak verilen görevi yapmadığı, hatta talimatlara uymaması sebebiyle affını talep eder şekilde disiplin kuruluna dilekçe sunduğu, 4857 sayılı İş Kanununun 25/II-h maddesi gereğince iş akdine haklı ve bildirimsiz olarak son verildiği, feshin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yap-

tırıma bağlamak değil, onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlanması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. madesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığını da bu sözleşmenin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığını da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak kasten ve ihmalle sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde sadece asli edim yükümlülükleri değil, kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadakat yü-

kümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (h) bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir.

4857 Sayılı İş Kanunu ile işçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardında sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık göstermeyen görevi yapmama, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, iş sözleşmesinin feshi geçerli neden sayılmalıdır. (Dairemizin 05.05.2008 gün ve 2007/32507-2008/11105 sayılı kararı)

Somut olayda, davalı şirkete ait işyerinde masse hazırlama işçisi olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi yazılı talimata rağmen temizlik işini yapmadığı gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi gereğince feshedilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacının işini yaptığı sırada departman sorumlusunun iki alanın temizliği ile ilgili yazılı bir talimat gönderdiği, davacının yapmakta olduğu işi bitirinceye kadar talimata konu temizlik işinin diğer temizlik görevlisi tarafından yapılıp bitirildiği anlaşılmaktadır. Diğer temizlik görevlisinin bu işi yaptığı sırada davacının herhangi bir iş yapmadığı ileri sürülmüş değildir. Davacının verilen temizlik görevini yerine getirmeme konusunda ısrarlı bir davranışı da kanıtlamamıştır. Ayrıca daha önce farklı davranışlarından dolayı verilen disiplin cezaları yaklaşık 1,5 yıl sonraki davranışını fesih için geçerli veya haklı neden yapamaz. Ölçülülük ilkesi gereğince eylem ile fesih yaptırımı arasında uygun bir oran bulunmalıdır. Dosyada mevcut delil durumuna göre davacının iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağırlıkta bir davranışı gerçekleşmiş değildir. Bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

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- Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**

2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE**

3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarife göre 1.000 TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan (190.00) TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 22.11.2010 tarihinde karar verildi.

SENDİKAL TAZMİNAT • İDDİANIN İSPATI

ÖZET: İş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle feshin iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Y.9.HD E:2010/40997 K:2010/37709 T:14.12.2010

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İşverence yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Sendikal tazminat 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı mevcuttur. Konuya dair bir başka güvence bahsi geçen maddenin 6. fıkrasında öngörülmüş ve işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılmayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. ve 5. Fıkralarına aykırı davranması halinde işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da yasada ifadesini bulmuştur.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 Sayılı Yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, İş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaya bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağlanıp bağlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikal olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda, davacı ve başkaca işçilerin eski yönetim döneminde değil, seçimi kaybeden eski başkanın talimatı doğrultusunda sendikaya üye olduğu tanıklar tarafından ifade edilmiştir. Gerçekten de davacının sendikaya üyelik tarihi yerel seçimler sonrasına denk gelmektedir. Tanık beyanlarından sendikaya üye oldukları halde işten çıkarılmayan sendikal işçilerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalının savunmalarında davacının kadrolaşmak amacıyla işe alındığı, ekonomik sebeplerle işten çıkarıldığı yeni yönetim aleyhine çalışma ve siyasi propaganda yaptığı ve birden fazla işçi çıkarılma yoluna gidildiğine göre feshin sendikal amaçla olmadığı anlaşılmaktadır. Sendikal tazminat talebinin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle kabul edilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 14.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEKRAR İŞE BAŞLAMAYAN İŞÇİ



DÖRT AYLIK ÜCRET VE TAZMİNAT HAKLARI

ÖZET: İşe iade davasından sonra tekrar işe başlatma başvurusunda bulunup da, işe başlamayan işçi, iş güvencesi tazminatını ve boşta geçen süre ücretlerini alamaz.

Y.9.HD E:2009/1220 K:2010/39079 T:20.12.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde davacının iş akdinin haksız feshedilmesi nedeniyle Mahkemenin 2005/1092 esas sayısına kayden açılan işe iade davasının kabul edildiğini kararın Yargıtay aşamasından geçerek onandığını, davalının davacıyı süresinde işe başlatmaması nedeni ile verilen karar gereğince hüküm altına alınan 4 aylık işe başlatmama tazminatı ile 4 aylık boşta geçen süre ücretinin tahsili amacıyla Üsküdar 4. İcra Müdürlüğü'nün 2006/13716 esas sayılı dosyası ile takibe geçildiğini, ancak davalının takibe haksız yere itiraz ettiğini, davacının aylık net 850 TL. ücret aldığı, bu nedenle takibe yapılan itirazın iptali ile takibinin devamına itirazın haksız olması nedeniyle davalının %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili işe iade kararı sonrasında davacının yapmış olduğu başvuruya hitaben gönderilen 22.09.2006 tarihli ihtarname ile aynı şartlarda derhal işe başlayabileceğinin kendisine bildirildiğini davacıya bu ihtarnamenin 26.09.2006 tarihinde tebliğ edildiğini, buna rağmen davacının izinsiz ve özürsüz 27-28-29 Eylül 2006 tarihlerinde işe gelmediğini, buna rağmen iş akdinin feshedilmeyerek 5 Ekim 2006 tarihli ihtarname ile var ise özür veya mazeretini 1 gün içinde bildirmesinin istendiğini ancak davacının buna da cevap vermediğini, bu nedenle iş akdinin devamsızlıktan haklı nedenle sona erdirildiğini, davacının Tebligatı 2 Ekimde 2006 tarihinde öğrendiği kabul edilse bile işyerine gelip yetkililerle görüşmediğini, kapı önünde makine bölümündeki arkadaşları ile görüşerek gittiğini, asgari ücret aldığı, bu nedenle taleplerin yersiz olduğunu beyanla davanın reddi ile davacının %40 oranında kötü niyet tazminatına mahkum edilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının 18.09.2006 tarihinde çekmiş olduğu ihtarname ile işe iade talebinde bulunduğu, iş bu ihtarnamenin davalıya tebliğinden sonra davalı tarafça cevaben 22.09.2006 tarihli ihtarın gönderilerek şirket nezdinde aynı koşullar altında ihtarın tebliğinden itibaren derhal işe başlayabileceğinin bildirildiği, bu ihtarnameden sonra çekilen 05.10.2006 tarih ve 20.10.2006 tarihli ihtarnamele davacının devamsızlık gösterdiğinden bahisle iş akdinin feshedildiğine dair ihtarname gönderildiği, davacıya gönderilen işe davet

ihbarının muhatap olan davacının adresinde geçici mi yoksa sürekli mi olarak bulunmadığının usulüne uygun tespit edilmemesi, ayrıca en yakın komşusu olan şahsın isminin tebliğ şerhinde bulunmaması nedeni ile geçersiz olduğu tanık beyanlarından davacının usulsüz tebliğden sonra bu durumu öğrenmesinden itibaren süresinde işyerine başvurduğu ancak daha önceki iş akdinin feshedildiği koşullardan daha ağır koşullarda çalıştırılması talep edildiğinden bahisle işe başlamadığı gerekçesi ile davacının ücretinin net 520.00 TL. olduğu kabul edilerek yapılan hesaplamaya itibar edilmek sureti ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamına, özellikle dinlenen tanık anlatımlarına, davacının tek tanığının bilgi ve görgüsünün davacıdan duyduklarına dayanmasına göre davacı kendisine düşük ücret teklif edildiği için işe başlamadığı iddiasını kanıtlamamıştır. Bu hali ile davacı iş akdinin feshi geçerli hale geldiğinden icra takibine ve davaya konu ettiği işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretini talep edemez. Mahkemece davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVA DİLEKÇESİNİN DAVALIYA TEBLİĞİ



TEBLİGATTA UYGULANACAK YÖNTEM

ÖZET: Dava dilekçesinin tebliğ edildiği tarihte davalı şirketin ticaret sicil memurluğundan adresi sorularak tebliğ edilen adresle aynı olup olmadığı araştırılarak dava dilekçesinin davalıya usulüne uygun tebliğ edilip, edilmediği tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra eğer Tebligatın usulüne uygun yapılmadığı anlaşılırsa, dava dilekçesi davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edilmeli, taraf teşkili sağlanmalı, davalının delilleri de toplanıp, değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Y.9.HD E:2009/5240 K:2011/3947 T:18.02.2011

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, davalı iş yerinde 21.10.2003 – 29.11.2005 tarihleri arasında aralıksız çalıştığını çalışma koşullarının keyfi olarak işveren tarafından değiştirilmesi üzerine, şartların yasal düzenlemelere göre yeniden değerlendirilmesini işverene söylediğini, bunun üzerine iş akdinin haksız ve yersiz olarak feshedildiğini, iş yerinde 15 günde bir hafta izni verildiğini, mesai saatlerinin 08.00-22.30 olduğunu, günde 13-14 saat mesai yapıldığını, belirterek kıdem ve ihbar tazminatı fazla mesai yıllık izin ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddianın ileri sürülmesi, savunmanın yapılabilmesi ile delillerin eksiksiz olarak toplanılıp tartışılabilmesi öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Hasımsız davalar hariç olmak üzere dava dilekçesi ile duruşma gün ve saati karşı tarafa tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan, davaya bakılamaz, yargılama yapılamaz.

Dava ile ilgili olan kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için, Tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin muhataba bildirilmesi gerekmektedir. Duruşma günü ile tebligatın çıkarıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hukuksal dinlenme ve savunma hakkı kısıtlanmış olur. Duruşma gün ve saatinin kalemden öğrenilmesine yönünde usul ve tebligat hukukunda düzenleme olmadığından, bu yönde verilen bir karar yasaya aykırı kabul edilecektir.

Aksine düzenleme olmadıkça mahkeme kararının taraflara tebliği gerekir. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre iş mahkemelerinde verilen kararlarda temyiz süresi terfim veya tebliğden itibaren 8 gündür. Mahkemece karar yüze karşı terhim edildiğinde, terhim edilen kısa kararın HUMK'un 383 ve devamı maddelerine uygun olması gerekir. Aksi takdirde usulüne uygun terhimden sözedilemeyecek, temyiz süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır.

Yargılama sırasında yapılan tebliğlerle ilgili tebliğ mazbatalarının ve tebligatla ilgili diğer belgelerin dosyaya konulması gerekir.

Tebliğat Kanunu ve bu kanunun uygulanması için çıkarılan tüzüğün hükümleri tamamen şeklidir ve titizlikle uygulanması gerekir. Dolayısı ile bir davada yapılan tebliğatların usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığını hakim doğrudan, kendiliğinden denetlemelidir.

Son adresinde yapılmalıdır. Adresten kastedilen bir kimsenin oturduğu veya kişinin bilinen en son adresinde yapılmalıdır. Adresten kastedilen bir kimsenin oturduğu veya çalıştığı yerdir. Asıl olan tebliğatın, tebliğat evrakında belirtilen adrese götürülerek muhatabın kendisine yapılmasıdır. Adres niteliğinden bulunmayan yerlere, örneğin inşaat halinde tebliğat yapılmamalıdır. Tebliğat evrakına adresin doğru ve okunaklı olarak yazılması gerekir. Bir kişinin adresinden başka bir yerde Tebliğat yapılabilmesi o kişinin tebliğatı kabul etmesine bağlıdır. Ev adresine çıkarılan Tebliğatın ev adresinde yapılamaması halinde iş adresine yapılırsa geçerli kabul edilmelidir.

Aksine hüküm bulunmadıkça tebliğat giderlerini tebliğin yapılmasını isteyen peşin olarak ödemelidir. Tebliğ gideri verilen süre içinde yatırılmaz ise, tebliğ isteyen kişi bu işleminden vazgeçmiş sayılır. Dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği için tebliğ gideri peşin verilmemiş ve verilen makul süre içinde yatırılmaz ise, dava hakkında HUMK'un 409. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekir.

Tebliğat yapılacak kişi, tebliğ evrakında belirtilen adreste bulunmaması ve bu nedenle tebliğat yapılması halinde adres araştırması yapılmalıdır.

Tebliğatın muhatabı adresinden oturmakla birlikte, tebliğ yapıldığı sırada kendisi veya kendisi adına tebliği alacak kişiler adreste bulunmaz, kısaca adres kapalı ise, adreste bulunmama nedeninin komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti, meclis üyesi, zabıta veya memurlardan öğrenilmesi, tebliğ tutanağına yazılması ve beyanına başvurulmuş kişiye imzalatılması, imzadan çekinilmesi halinde tebliğ mazbatasına bunu yazılması ve tebliğ evrakını dağıtan memurun imzalaması gerekir. Dağıtım saatinden sonra muhatap veya tebliği adreste yoklar ise aynı kanunun 20. maddesine göre yapılacaktır. 21. maddeye göre yapılan Tebliğatta 2 no'lu ihbarnamenin kapiya yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılırken, 20. maddeye göre tebliğde, tebliğ 2 no'lu ihbarnamenin kapiya yapıştırıldığı tarihten itibaren 15 gün sonra tebliğ edilmiş sayılacaktır. 2 no'lu ihbarname kapiya asılması dışında tebliğ memurlarından birine imza karşılığı teslim edilmelidir. Kapiya yapıştırılan ihbarnameye de tebliğ evrakının teslim edildiği görevlinin adı ve soyadı yazılmalıdır. Tebliğ evrakını alan bu kişiler, Tebliğat evrakını muhataba teslim etmelidir. Ayrıca bu işlemlerden sonra tebliğ olunacak kişiye keyfiyetin haber verilmesi için en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya bildirim yapılması zorunludur. Tebliğat işlemlerinde bu sıraya uyulmalıdır. Aksi halde tebliğ usulsüz ve geçersiz olur.

Tebliğat kural olarak muhataba yapılmalıdır. Muhatap, adresinde bulunmadığı takdirde onun yerine Tebliğatı kabule yetkili kişilere yapılması gerekir. Muhatabın konut adresinde süreklilik arzedecek şekilde konutta birlikte oturan aile halkından biri veya varsa birlikte oturan hizmetçi Tebliğatı almaya yetkili kişilerdir. Yetkili kişilerin görünüşe nazaran 18 yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması gerekir. Tebliğat yapılacak gerçek kişi işyeri, işletme veya iş sahibi ise, işyerinde bulunmaması halinde daimi işçisine yapılan Tebliğat geçerli olacaktır.

Tebliğat yapılacak kişi veya adına kendisine Tebliğat yapılacak kimse adreste bulunmakla birlikte tebliğden imtina ederlerse, bu durum tebliğ evrakına yazılmak şartı ile tebliğin Tebliğat Kanununun 20.maddesi uyarınca yukarıda belirtilen şekilde yapılmalıdır. Yalnız bu durumda komşu, yönetici veya kapıcıya haber verilmesine gerek yoktur.

Tebliğat yapılacak kişinin nereye gittiği ve ne zaman döneceği belli değilse, Tebliğatı alacak kişi ölmüş veya gösterilen adreste daimi olarak ayrılmış ve yeni adresi de Tebliğat memurunca saptanmamış ise Tebliğat evrakına bu durum açıkça yazılmalı ve Tebliğat evrakı bila tebliğ çıkış merciiine iade edilmelidir.

Daha önce usulüne uygun Tebliğat yapılan adresin değiştirilmesi halinde, kişinin yani adresini bildirmesi gerekir. Yeni Tebliğatlar artık yeni adrese yapılmalıdır. Bildirilmez veya yeni adrese tebliğat yapılamadığı takdirde, Tebliğat Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca önceki bilinen adresine yapılacaktır.

Tebliğat Kanunu'nun 35/son maddesi ile daha önce Tebliğat yapılamayan adrese de aynı madde uyarınca tebliğ yapılma olanağı getirilmiştir. Buna göre taraflar arasında yapılan, imzası resmi makamlar önünde ikrar olunmuş sözleşmelerde belirtilen adresler ile kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ticaret sicillerine ve esnaf ve sanatkarlar sicillerine verilen en son adreslerdeki değişiklikler hakkında da 35. madde hükümlerin uygulanmalıdır.

Vekaletname sunulduktan sonra tebliğatların vekile yapılması gerekir. Vekil ile takip edilen davada asil duruşmada bizzat bulunsa dahi tebliğin ona değil, vekiline yapılması zorunludur. Vekile çıkarılan Tebliğat, kendisine veya kendisi yerine sekreteri veya katibine tebliğ edilmelidir. Ancak isticvap yemin gibi şahsa bağlı işlemlerde, tebliğatın vekile değil bizzat bu işlemi yapacak asile yapılması yasal zorunluluktur.

Tebliğatın muhataba yapılabilmesi için, muhatapın medeni hakları kullanma ehliyetine, kısaca fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilere tebliğat yapılamaz. Tebliğatın kanuni temsilcisine yapılması gerekir. Ancak bir meslek veya sanatla uğraşan ve ayırt etme gücüne sahip küçükler veya kısıtlılar, bu meslek ve sanatın icrasından doğan borçlardan

bizzat sorumlu olduklarından, bizzat bu konuda kendilerine tebligat yapılması tebliği usulsüz ve geçersiz kılmaz.

Tebliğat Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca “Tüzel kişilere tebliğ, yetkili temsilcilerine, bunlar birden fazla ise yalnız birine yapılır.” Temsile yetkili kişinin herhangi bir nedenle tebliğ yapıldığı sırada işyerinde bulunamadıkları veya bizzat alamayacak durumda oldukları takdirde, kendisinden sonra gelen bir kimse veya evrak müdürüne, bu durumda olanaklı değil ise, tüzel kişinin o yerdeki memur veya işçilerinden birine yapılmalıdır. Bu sıraya uyulması gerekir. Aksi takdirde usulsüz tebligat söz konusudur. Tüzel kişiliği olmayan, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında işveren olan kamu kurum ve kuruluşları adına çıkarılan tebligatın kurumun yetkili temsilcisine tebliği gerekir. (Dairemizin 03.11.2008 gün ve 2008/4948 Esas, 2008/29807 Karar sayılı ilamı)

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesi davacı tarafından bildirilen Bağlar Mevkii K. Ali Caddesi No:5 Firüzköy – Avcılar / İstanbul adresine çıkartılmış ve Tebligat Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre tebliğ edilmiştir. Aynı adrese çıkartılan ıslah dilekçesi ise davalı şirketin taşınması ve ikinci adresinin bilinmediği gerekçesiyle mahkemesine iade edilmiştir. Bunun üzerine diğer tebligatlar mahkemece Tebligat Kanun'un 35. maddesine göre aynı adrese yapılmıştır. Davalı vekili temyiz dilekçesinde “mahkeme tarafından çıkartılan tebligatın müvekkili şirketin merkez adresine değil üretim adresine yapıldığını ancak bu üretim merkezi adresinin Bağlar Mevkii, Kara Ali Cad. No.5 Firüzköy-Avcılar değil, Bağlar Mevkii Kara Ali Cad. No.3 Firüzköy – Avcılar olduğunu Tebligat Yasası'nın 21. maddesi ve Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde tebliğ memurunca ve tebligatın teslim edildiği muhtar tarafından yapılması zorunlu işlemlerin yapılmadığı” belirtmiştir.

Dosya içerisinde bulunan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişliği tarafından düzenlenen 27.04.2006 tarih ve 30 nolu raporun sonuç kısmında da davalı adına çıkartılan tebligat parçasının dönmediği, davalı vekili tarafından ibraz edilen vekaletnamede de davalı şirketin adresi Eski Londra Asfaltı Mercan Sokak No.164 Avcılar - İst. olarak belirtilmiştir.

Bütün bu belgeler ve yukarıdaki ilkeler doğrultusunda dava dilekçesinin tebliğ edildiği tarihte davalı şirketin ticaret sicil memurluğundan adresi sorularak tebliğ edilen adresle aynı olup olmadığı araştırılarak dava dilekçesinin davalıya usulüne uygun tebliğ edilip, edilmediği tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra eğer Tebligatın usulüne uygun yapılmadığı anlaşılırsa, dava dilekçesi davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edilmeli, taraf teşkili sağlanmalı, davalının delilleri de toplanıp, değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.02.2011 gününde oy-birliğiyle karar verildi.

YETKİ TESPİTİ • İŞKOLU KAVRAMI
•
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ • SENDİKA ÜYELİĞİ

ÖZET: Bir işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. Asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir.

Mahkemece resen tespite konu olan işyerinde veya işletmede çalışan işçi ve üye sayısının başvuru tarihi itibarıyla kesin olarak tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

İşçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikadan farklı bir işkolunda kurulu sendikaya üye olması halinde bu üyelik geçersizdir.

Y.9.HD E:2011/11740 K:2011/9416 T:29.03.2011*

Dava, 2822 sayılı toplu iş sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12, 13 ve 15. maddeleri uyarınca açılmış bulunan olumlu yetki tespitine itiraza ilişkindir.

Davacı vekili, Birleşik Meta İş Sendikası'nın işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Müdürlüğü'ne başvurusu sonucu yapılan tespitte, şirkete ait Beyköyü Merkez Düzce Organize Sanayi Bölgesi 8.Ada 249/5 parselde bulunan işyerinin (fabrika) ve Taşdelen Mahallesi Taşdelen İzan Sokak No.15 Çekmeköy/İst. adresinde bulunan işyerinin (depo) metal iş koluna kayıtlı olması sebebiyle dikkate alındığını ancak Ataşehir Bulvarı Ataçarşı K: 4 No: 59 Ataşehir/İst. adresinde bulunan işyerinin (Genel Müdürlük) dikkate alınmadığını, Genel Müdürlük'te asıl iş haricinde iş yapılmamasına rağmen diğer işyerlerinden farklı olarak Büro İş kolunda tescil edildiğini, yapılan bu işkolu tespitine itiraz ettiklerini, bu itirazın yetki itirazını doğrudan ilgilendirdiğinden bekletici mesele yapılması gerektiğini, firmanın faaliyet konusu iş ve organizasyon bütünlüğü dikkate alındığında fabrika,

* Gönderen: Av. Ertuğrul Sakaoğlu Kocaeli Barosu

depo ve genel müdürlük olarak ayrı adreslerde faaliyet gösteren işyerlerinde bir işletme bütünlüğü ve ekonomik bağımlılığının söz konusu olduğunu, bu işyerlerinde ayrık ve bağımsız işyerleri olarak değerlendirilmesi ve düşünülmesinin 4857 Sayılı Kanun'u 2. maddesi anlamında mümkün olmadığı, fabrikada yapılan üretimi bir yana bırakıldığında, Genel Müdürlüğün ticari ve ekonomik bir işlevi kalmayacağını, fabrika olmaksızın Genel Müdürlüğün bir imalatı ve hizmet üretmesinin de söz konusu olmadığını, 30.07.2010 başvuru tarihi itibarıyla firmaya ait işletmede toplamda 199 çalışan olmasına rağmen Bakanlık tarafından bu sayının 154 olarak kabul edildiğini, Birleşik Metal İş Sendikasının sayısal çoğunluğu sağlayamadığını belirterek iş kolu itirazının bekletici mesele yapılmasını, Yetki Tespit Belgesinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Birleşik Metal İşçileri Sendikası vekili, davaya bakmaya Kocaeli İş Mahkemeleri'nin olduğunu, davacı tarafın işkolu itirazında bulunmuş olmasının davanın yetkili mahkemeye gönderilmesi yönünden karar verilmesini geciktirmemesi gerektiğini, merkezde yalpan işlerin, fabrika işyerinde yapılan işlere yardımcı işler niteliğinde olduğundan, işyeri düzeyinde yetki itirazının asıl işin yapıldığı fabrika (Düzce) işyerinin bağlı bulunduğu Kocaeli Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki Kocaeli İş Mahkemesi'nin yetkili mahkeme olmasını ortadan kaldırmayacağını, işyeri mevcudunun muvazaalı olarak artırıldığını ve Sendika üye sayısının çoğunluk için yeterli olduğunu, gerçek sendika üye sayısının 96 olduğunu, esas yönünden de davanın reddine karar verilmesini gerektiğini belirtmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili, işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Müdürlüğünün Kocaeli olması nedeniyle davanın Kocaeli İş Mahkemesinde açılması gerektiğini, yapılan incelemede işyerlerinde 154 işçinin çalıştığı, bunlardan 89 işçinin sendikaya üye olduğunun tespit edildiği ve buna ilişkin 06.09.2010 tarihli yetki yazısının taraflara gönderildiği, Ataşehir Bulvarı Ataçarşı Kat.4 No.59 Ataşehir/İSTANBUL adresinde faaliyet gösteren bir işyerinin daha bulunduğu dair kayıtlarında bir bilgi ve belge olmadığını, işveren tarafından 21.09.2010 tarihli yazı ile işkolu tespit başvurusunda bulunulduğunu, incelemenin henüz tamamlanmadığını, belirterek davanın reddine karar verilmesi istemiştir.

Mahkemece 2822 Sayılı Yasa'nın 15. maddesine göre itiraza bakma yetkisinin işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki İş Mahkemelerine ait olduğu, Düzce de bulunan işyerinin Kocaeli Bölge Müdürlüğü'ne bağlı olduğunun tespit edildi gerekçesi ile, dava dilekçesinin yetkisizlik nedeni ile reddine, dosyanın yetkili ve görevli Kocaeli Nöbetçi İş Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde davacı vekili tarafından, firmaya ait olan ve farklı adreslerde kurulu bulunan işyerlerinin tamamının bir işletmesel bütünlük

içinde olduğu, bu nedenle 2822 Sayılı Kanun'un 3/2 maddesi gereğince bir işletme toplu sözleşmesinin yapılması gerektiği, işletme merkezi Düzce olduğundan yetkili / mahkemenin de 2822 Sayılı Kanun'un 15/1 maddesi gereğince Düzce İş Mahkemesi olduğu, 2822 Sayılı Kanunu'nun 3. ve 15. maddeleri dikkate alındığında Mahkemenin yetki konusunda karar vermeden önce iş kolu tespitinin sonucunu beklemesi gerektiği belirtilerek temyiz edilmiştir.

Bakanlık tarafından yapılan Yetki Tespiti ile Mas Daf Mak. San. Ve Tic. A.Ş. (Düzce ve Çekmeköy – İstanbul) işyerlerinde 30.07.20210 başvuru tarihi itibari ile çalışan işçi sayısının 154 sendika üye sayısının 89 olduğu, Birleşik Metal İş Sendikası'nın çoğunluğu sağladığı tespit edilmiştir.

İşveren tarafından 21.09.2010 tarihinden bakanlığa işkolu tespit başvurusu yapılarak, firmanın merkezi Düzce fabrika işyerinin metal işkolunda olduğu, Ataşehir Bulvarı Ataçarşı K: 4 No: 59 Ataşehir/İst. adresinde bulunan işyerinde firmanın idari işlerinin yürütüldüğü merkezde yürütülen iş ve işlemler haricinde bir hizmet veya ürün imalatı söz konusu olmadığı, buna rağmen bu işyerinin “Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkolunda tescil edildiği, asıl işe yardımcı işlerinde asıl işe ait işkoluna tabi olur hükmü uyarınca bu işyerinin de “metal işkolunda” olduğunun tespiti istenmiştir.

Taraflar arasında Ataşehir/İst. adresinde bulunan (genel müdürlük) işyerinin hangi işkoluna girdiği, bu anlamda davacı şirketin, bir işyeri mi, yoksa aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinden oluşan bir işletme mi olduğu, davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olup olmadığı ve davaya bakmaya yetkili mahkeme konularında uyuşmazlık vardır.

Dava dilekçesinden anlaşılacağı şekilde, davacının istekleri arasında yetki tespitinin iptali ile birlikte Ataşehir/İstanbul adresinde bulunan (genel müdürlük) işyerinin İşkolları Tüzüğü'nün hangi sıra numarasına girdiğinin de belirlenmesi yer almaktadır. Bu halde uyuşmazlıkta 2821 s. Sendikalar Yasası'nın 4. maddesi de söz konusu olmaktadır. Bu maddeye göre bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nun Resmi Gazete'de yayınlanan tespit kararına karşı ilgililer 15 gün içerisinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemelerde dava açabilirler. Bu halde öncelikle davacı tarafından işkolunun tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılan başvuru ve bu tespit sonucu ön mesele yapılarak ve işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esasını çözüme kavuşturmak gerekir.

İşkolu tespitinde dairemiz kararlarında belirtildiği üzere aşağıdaki ilkeler dikkate alınmalıdır.

“Türk toplu iş hukukundaki normatif düzenlemelerde iş kolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır. (m.3) İşkolunun

belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir. (m.4) Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazetede yayımlanmasına müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanunu'nun 60. maddede gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede, bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslar arası normlarda göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu tüzükte işkollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı vurgulanmıştır. (Tüz m.3)

2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun (Toplu GLK) 3. maddesinde "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." Tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak fıkrada ayırık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşme yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir ögedir. Birbirine benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İş kolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyerimi yoksa bir birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik" aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin

amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, özellikle “işveren kurulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” Hükmü getirilmiştir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3 Ankara 1978 sh. 83-84; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C1, İstanbul 1987 sh 59; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri Bası 21, İstanbul 2008 sh 56-57; Narmanlıoğlu Ünal: İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh 121; Süzek Sarper: İş Hukuku Bası 4 Ankara 2008 Sh 173-178; Mollamahmutoglu Hamdi İş Hukuku Bası 3 Ankara 2008 sh 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007 sh 23-37)

İşyerinin özelliği veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverenede asıl işin girdiği iş kolunda sendikala muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır. (Doğan, Yenisey: sh 443-447) İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran tem ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletme mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret Hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayırtımında organizasyon kavramıyla birayrıştırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır.

Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 Sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir. İşletme işkolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzükteki 26 sıra numaralı "Milli Savunma" işkollu ve 28 sıra numaralı "Genel İşler" işkolluna ilişkin düzenlemeler sebebi ile Belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığınca işletilen işyerleri, yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir."

Bundan başka, 2822 sayılı TİSGLK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceği bu kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denileceği belirtildikten sonra, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi bu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılacağı hükme bağlanmıştır.

2822 s.y. 3. maddesinde işletme toplu iş sözleşmesinin hangi hallere yapılabileceğinden hareketle işletmenin tanımı yapıldığında aynı gerçek veya tüzel kişiliğe ait aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması halinde söz konusu işyerlerinin bir işletme oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna göre aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması olgusu işletmenin bir unsuru olarak kabul edildiğinde bu işyerlerinin aynı işkolunda kurulu ancak birbirinden bağımsız işyerleri olması gerekir.

Yukarıda açıklandığı şekilde 2821 s. Sendikalar Yasası'nın 4. maddesi prosedürüne uygun olarak yapılacak işkolu tespiti bekletici mesele yapılacaktır. İşkolu tespiti prosedürü tamamlandıktan sonra sonucuna göre; somut olayda çözümlenmesi gereken konu 2822 Sayılı Yasa'nın 3/2 fıkrasında belirtilen "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir." Tanımına uygun aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinden oluşan bir işletme olup olmadığı tespit edilmelidir.

2822 Sayılı Yasa'nın 15. maddesinde gösterilen yetki belirlemesi kamu düzeni ile ilgili olup kesin yetki saptamasıdır.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 15. maddesi “Kendilerine 13 ve 14.maddeler uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren, taraflardan birinin veya her ikisinin gerekli yetkiyi haiz olmadıkları veya kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itirazını sebeplerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye yapabilir. Toplu İş sözleşmesi birden fazla bölge müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsadığı hallerde itiraz Ankaradaki iş mahkemesine yapılır. İşletme toplu iş sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır...” düzenlemesini içermektedir.

Kural olarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tespiti istenen işyeri veya işyerlerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne göre, Bakanlık kararına itiraz edilecek mahkeme belirlenir. Ancak bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin oluşturduğu işletme kapsamında yer alan işyerlerinde çoğunlukla ilgili itirazın yapılacağı yere ilişkin 2822 Sayılı Yasa'daki boşluk, işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılarak doldurulmuştur. (3451 Sayılı Yasa ile değişik TİSGLK. M.15/1)

Öte yandan, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 12/1 fıkrası uyarınca tespiti konu işyeri veya işletmede başvuru tarihi itibarıyla çalışan işçilerin yarısından fazlasının işçi sendikasının kendi üyesi olması toplu iş sözleşmesi yapmak için yeterlidir.

Toplu iş sözleşmesinin yapılacağı işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin –yarıdan fazlasının- başvuruda bulunan sendikanın üyesi olması koşulunda, işçilerin yarıdan bir %50+1 değil, yarıdan fazlasının sendika üyesi olması yeterlidir. Örnek: başvuru tarihinde çalışan işçi sayısı 11 olan işyerinde yarıdan fazlası 6 işçidir. (Yargıtay 9 HD. 15.06.2000 gün ve 2000/8746 E, 2000/8620 K) İşletme sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak nazara alınır ve yarıdan fazla çoğunluk buna göre hesaplanır. (2822 sk. M.12/1)

2822 Sayılı Yasa'nın 15. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir.

O halde, Mahkemece kendiliğinden tespiti konu işyeri veya işletmede çalışan işçi ve üye sayısının başvuru tarihi itibarıyla kesin olarak tespit edilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerekir. Bunun içinde başvuru itibarıyla işyerinde çalışan işçi sayısının SGK prim bordroları, emekli olanların SGK gelir bağlama kararları, ücret bordroları ve işçi giriş çıkış bildirimleri ile işçi listesinin istenmeli, bu işçilerin üyelik durumlarının saptanması içinde, işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda faaliyet gösteren sendikalardan ve ilgi çalışma bölge müdürlüklerinden üye kayıt fişleri ile üyelikten çekilme bildirimleri getirilmeli-

dir. Tüm deliller toplandıktan sonra gerektiğinde uzman bir bilirkişiden rapor alınarak ortaya çıkan sonuca göre karar verilmelidir.

Bu süreçte işverenin muvazaalı işlemleri ile ilgili iddianın bulunması halinde veya taraflarca iler sürülmesi dahi mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Diğer taraftan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu İşkolu esasına göre işçi ve işveren sendikalarının kurulma ve faaliyet bulunma zorunluluğu getirdiğinden, işçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikadan farklı bir işkolunda kurulu sendikaya üye olması halinde bu üyelik geçersizdir.

Somut olayda bu açıklamalar uyarınca sonuca gidilmesi gerekir iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.03.2011 gününde oy-birliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ • HAKLI FESİH



KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: İşçinin üreticinin Kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemiş olması, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı verir.

Böyle bir fesihle işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

Y.9.HD E:2009/13939 K:2011/14401 T:12.05.2011

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 01.02.2000-22.03.2007 tarihleri arasında kesintisiz olarak çalıştığını, çalışma saatlerinin 08.00-20.30 arasında olduğunu, hafta tatillerinde çalıştığını, yıllık izin kullanmadığını, davacının doğum sonrası 22.02.2007 tarihinde istirahatının dolması nedeniyle işe başladığını, ancak işverenin iş verimi düştüğü gerekçesiyle davacının 22.03.2007 tarihinde iş sözleşmesini feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücret alacağı isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili, iş sözleşmesinin davacının 3 gün üst üste işe gelmemesi nedeniyle 10.05.2007 tarihinde haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından devamsızlık nedeni ile haklı nedenle feshedildiği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Karar taraflar taraflarca süresi içinde temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı işveren davacının mazeretsiz devamsızlığı nedeni ile iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini savunmuştur. Davacı işyerinde fazla çalışma yaptığı halde fazla çalışma ücretinin ödenmediğini, son altı aylık ücretinin ödenmediğini iddia ederek altı aylık ücret ve fazla çalışma ücret alacağı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece savunmaya itibarla davacının davalı işyeri muhasebecisi ile görüşerek işyerinden ayrıldığı ve devamında devamsızlık nedeniyle işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiş ise de davacının son altı aylık ücreti ile fazla çalışma ücret alacağının ödenmediği mahkemenin de kabulündedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesi işçinin ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi işçiye iş sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı vermektedir. Dosya içeriğinden iş sözleşmesinin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle davacı tarafından eylemli olarak feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda iş sözleşmesini haklı olarak fesheden davacı kıdem tazminatına hak kazanır.

Yukarıda açıklanan gerekçe ile davacının kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ

ÜCRET VE EKLERİN ÖDENMESİNDE TEMERRÜT NEDENİ İLE İŞ AKDİNİN FESHİ

ÖZET: Davacının istifa dilekçesinin haklı nedenle işten ayrılmaya yönelik olduğu 28.06.2006 tarihli fesih bildiriminden de anlaşılmaktadır. Davacının gerçek ücretinin SGK'ya eksik bildirildiği dosya kapsamından bellidir. Bu nedenle iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiği anlaşıldığından kıdem tazminatı isteğini kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Y.9.HD E:2009/16464 K:2011/17203 T:09.06.2011

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. Başbayraktar Taşkın tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı dayalı işyerinde günde 11 saat çalıştığını, 1080 TL. net ücret aldığı halde SGK'ya asgari ücretle çalıştığını bildirdiğini bunun düzeltilmesini istediği halde düzeltilmeyince iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ve bazı işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı davacının 11.05.2006 tarihinde istifa ettiğini, ihbar öneli kullanırken, süre dolmadan 28.05.2006 günü işe gelmediğini, sigorta primlerinin eksik yatırılmadığını, 500TL. net ücret aldığını savunmuştur.

Mahkemece bant şefi olan davacının 700 TL. net ücret aldığı davacının 11.05.2006 tarihli dilekçe ile istifa ettiği, ihbar süresini tamamlamak için çalışmaya devam ederken işyerini terk ettiği ve ihtarname göndererek istifaya geçerli neden oluşturmaya çalıştığı bu nedenle ikinci feshin geçerli olmadığı gerekçesiyle kıdem tazminatı reddedilip diğer istekler kısmen hüküm altına alınmıştır.

Kararı yasal süresi içinde taraflar temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İşçinin ödenmeyen işçilik hakları sebebiyle iş sözleşmesini haklı olarak feshedip feshetmediği, taraflar arasında uyumsuzluk konusudur.

İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/4. maddesinde ücretin en geç ayda bir ödeneceği kurala bağlanmıştır. Yine İş Kanunu'nun da 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörüldüğü gibi ücretin peşin ödeneceği öngörülmemiştir. Buna göre, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir.

Ücreti ödenmeyen işçinin bu ücretini işverenden dava ya da icra takibi gibi yasal yollardan talep etmesi mümkündür.

1475 Sayılı İş Kanunu döneminde bunun dışında toplu olarak hareket etmemek ve kanun dışı grev kapsamında sayılmamak kaydıyla Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini ifa etmekten, yani çalışmaktan kaçınabileceğini kabul edilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ücret daha fazla güvence altına alınmış ve işçi ücretinin 20 gün içinde ödenmemesi durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği açıkça düzenlenmiş ve bunun toplu bir nitelik kazanması durumunda dahi, kanun dışı grev sayılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverenle bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da tanınmıştır.

İşinin ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi işçiye bu imkanı verir. Ücretin hiç ya da bir kısmının ödenmemiş olması bu konuda önemsizdir.

Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanmış olması gerekir. (Yargıtay 9.HD. 18.01.2010 gün 2008/14546 E 2010/193 K.)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir.(Yargıtay 9.HD. 16.07.2008 gün 2007/22062 E. 2008/16398 K.)

İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güclüğü nedeniyle ödene-memiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur. İşçinin ücretinin bir kısmını İş Kanununun 33. maddesinde öngörülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan aynı yardımların yerine getirilmemesi de (erzak yardımı, kömür yardımı gibi) bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve işçinin haklı fesih imkanı kabul edilmelidir.

İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 Sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır. (Yargıtay 9.HD. 18.01.2010 gün 2009/24286 E. 2010/74 K.)

Somut olayda davacı 11.05.2006 tarihli istifa dilekçesi ile işten ayrılmak istediğini bildirmiştir. Ancak davacının ihbar öneli kullanmak istediğine ilişkin dosyada herhangi bir belge olmadığı gibi davacının istifa dilekçesinin haklı nedenle işten ayrılmaya yönelik olduğu 28.06.2006 tarihli fesih bildiriminden de anlaşılmaktadır. Davacının gerçek ücretinin SGK'ya eksik bildirildiği dosya kapsamından bellidir. Bu nedenle iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiği anlaşıldığından kıdem tazminatı isteğini kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YETERLİ DELİL TOPLANMAMASI



MAHKEMENİN ARAŞTIRMA GÖREVİ

ÖZET: Mahkemece bilirkişi raporuna atıfla akdin işverence feshedildiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle hüküm kurulmasına karşın bu tespitin gerekçeleri açık bir şekilde ortaya konmamıştır.

Y.9.HD E:2009/29770 K:2011/48974 T:21.12.2011

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakimin davayı aydınlatma ödevi başlıklı 31. maddesinde "Hakim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir." Şeklinde düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

Davacı kıdem ve ihbar tazminatı,fazla çalışma,hafta ve genel tatil alacaklarını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan G.A.İnş. ve İnş. Malz.San Ltd.Şti avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla,dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra incelendi,gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek,kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma genel tatil ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti

Davalı G.A.İnş.ve İnş.Malz.San.Tic. Ltd.Şti vekili,dosyaya cevap dilekçesi sunmasına karşın yargılama aşamasında sunduğu devamsızlık tutanakları,fesh bildirimi ile davacının devamsızlık yapması sonucu akdin haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece,toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak , davalının iş sözleşmesinin fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz

Kararı davalı G.A.İnş. ve İnş. Malz.San Ltd.Şti vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

Taraflar arasındaki uyuşmazlık,akdin feshinde işverenin haklı nedenle dayanıp dayanmadığı,bu bağlamda davacı işçinin kıdem ihbar tazminatlarına hak kazanıp kazanmayacağı , yine fesihten bağımsız olarak dava konusu edilen fazla çalışma ,genel tatil ücretlerini hak edip etmediği noktalarında toplanmaktadır.

Somut olayda ,davacı somut bir olgudan bahsetmeksizin akdin davalı tarafça haksız feshedildiğini ileri sürmüştür.

Davalı dosyaya 22-24-25-26-28-29-30.4.2003 ve 1-2-3-5-6-7-8-9-10-11-12-13-5.2003 devamsızlık tutanakları sunmuş ve akdin haklı nedenle feshedildiği savunmuştur.

Davacı tanıkları akdin feshine dair bilgileri olmadığını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da devamsızlığa sebep teşkil edebilecek herhangi bir somut

vakiadan bahsetmeksizin genel ifadelerle davacının işi bıraktığını belirtmekle yetinmişlerdir.

Taraf tanıklarının ifadeleri mesai saatleri, hafta tatilleri ve genel tatillerde çalışma olup olmadığı hususlarında da çalışmaktadır ki bilirkişi de bu beyanlar karşısında tam bir kanaate ulaşamamış ve takdiri Mahkemeye ait olmak üzere hesaplama yapma yoluna gitmiştir.

Mahkemece bilirkişi raporuna atıfla akdin işverence feshedildiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle hüküm kurulmasına karşın bu tespitin gerekçeleri açık bir şekilde ortaya konmamıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakimin davayı aydınlatma ödevi başlıklı 31. maddesinde "Hakim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yapabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir." Şeklinde düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

Yukarıda yapılan tespitler karşısında dosya kapsamındaki delil durumu gerek akdin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı bu bağlamda davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanıp kazanmadığı gerekse de fazla çalışması bulunup bulunmadığı genel tatil ve hafta tatillerinde çalışıp çalışmadığı hususlarında değerlendirme yapılması için yetersiz görülmektedir.

Bu nedenle Mahkemece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yukarıda anılan düzenlemesi de nazara alınarak taraflardan uyuşmazlığı aydınlatacak beyan alınması gerekirse tekrar tanık anlatımlarına başvurulması suretiyle taraflar arasındaki çekişme konusu hususların aydınlatılması sağlanarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

SGK`NİN RÜCU DAVASINDA FAİZ BAŞLANGIÇ TARİHİ

ÖZET: Gerekli belgeler ibraz edilmeksizin başvuruda bulunulmuş veya hiç müracaat edilmemişse sigorta şirketi aleyhine icra takibine girilmişse takip tarihi, dava açılmışsa dava tarihi olarak kabul ve tespiti gerekir.

Y.10.HD E:2010/2932 K:2010/7779 T:01.06.2010

Davacı, trafik kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelir ve yapılan ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının 1479 Sayılı Yasa'nın 63. maddesi gereğince davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan T.G.Ş. A.Ş. 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.

Sigorta Şirketi yönünden faiz başlangıç (Temerrüt) tarihi belirlenirken; ilgililerce gerekli belgeler de ibraz edilerek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. 99 ve 108. maddeleri ile 03.05.1997 gün ve 22978 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Garanti Fonu Yönetmeliği'nin 12,13 ve 14. maddelerinde yazılı şekilde sigorta şirketine başvurulduğu halde gerekli ödeme yapılmamışsa başvuru tarihinden itibaren 8 işgünü geçtikten sonra sigorta şirketinin temerrüde düştüğünün kabulü gerekir. Gerekli belgeler ibraz edilmeksizin başvuruda bulunulmuş veya hiç müracaat edilmemişse sigorta şirketi aleyhine icra takibine girilmişse takip tarihi, dava açılmışsa dava tarihi olarak kabul ve tespiti gerekir.

Davalılardan T.G.Ş. A.Ş.'ye davanın açılmasından önce borç ve ödemeye ilişkin herhangi bir tebliğ yapılarak temerrüde düşürülmediği anlaşılmakta olup; Mahkemece, anılan davalı yönünden faiz başlangıç tarihi olarak dava tarihi yerine masrafların onay ve ödeme tarihinin alınması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne varki, bu aykırılıkların giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden karar bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Hüküm fıkrasının ikinci paragrafında yazılı “sigorta şirketi yönünden” sözcüklerinden sonra gelmek üzere “dava tarihinden itibaren yürütülecek yasal faizle ve” sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalılardan T.G.Ş. A.Ş.'den alınmasına 01.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ZAYİ OLAN ÇEKİN İPTALİ • ZAYİ OLAN ÇEKİN MEŞRU HAMİLİ

ÖZET: Ancak, temyiz eden 3. kişi temyiz itirazında mahkemece iptale karar verilen çeklerden keşidecisinin M.Ç. olduğu Banka Bakırköy Şubesine ait çekin de meşru hamilinin kendisi olduğunu bu nedenle söz konusu çeki yönelik iptal kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür. Temyiz itirazına konu çek hakkında yargılama sırasında yapılmış bir itiraz olmadığından mahkemece 3. kişinin itirazına konu çekin meşru hamili olduğunu iddia eden ve bu konudaki delillerin temyiz dilekçesine eklemiş bulunan 3. kişi H.M. San. ve Tic.A.Ş.'nin bu konudaki iddiasının değerlendirilerek sonucuna göre anılan çek hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden keşidecisi M.Ç. olan çek hakkındaki iptal kararının bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Y.11.HD E:2009/6897 K:2011/821 T:26.01.2011

Hasımsız olarak açılan davada İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 25.12.2008 tarih ve 2008/502 -2008/731 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi üçüncü kişi H.M. San. ve Tic. A.Ş. 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, duruma tutanakları ve tüm belgeler okunup ,incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirketin hamili olduğu çeklerin çalındığını ileri sürerek, dilekçede belirtilen çeklerin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu keşidecisi B.K. olan İş Bankası Paşabahçe Şubesine ait, 348422 hesap nolu, 3128372 çek nolu 31/11.2008 keşide tarihli 2.500.00 YTL bedelli, keşidecisi A.A. olan Halk Bankası Topkapı Şubesi'ne ait 1001345 hesap nolu, 1863338 çek nolu, 31.11.2008 keşide tarihli, 2.500.00 YTL.bedelli, keşidecisi C.K. olan İş Bankası Mercan Şubesine ait 385653 hesap nolu 2028730 çek nolu 31.10.2008 keşide tarihli 3.500.00 YTL. Bedelli, keşidecisi M.Ç. olan Fortisbank Bakırköy-Çarşı şubesine ait 300010108 hesap nolu 13313 çek nolu, 31.12.2008 keşide tarihli, 4.000.00 YTL. Bedelli keşidecisi S.D. olan Ziraat

Bankası Erzurum Şubesine ait 27467449-5002 hesap nolu 0548666 çek nolu 30.10.2008 keşide tarihli 1.400.00 YTL. Bedelli ve 20.09.2008 keşide tarihli, 900.00 YTL. Bedelli ve H.M. A.Ş. tarafından ibraz edilen 30.10.2008 keşide tarihli, 4000.00 YTL. Bedelli çekler hakkında ise konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kararı, 3. kişi H.M.San. ve Tic. A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

Dava, davacının hamili olduğu çeklerin çaldığı iddiasıyla iptalleri istemine ilişkindir. Hasımsız olarak görülen davanın yapılan yargılaması sırasında H.M. San. ve Tic. A.Ş. tarafından iptal edilen çeklerden birinin meşru hamili olduğu iddia olunmuş, mahkemece anılan 3. kişi ve diğer bir 3. kişi tarafından ibraz edilen çekler hakkında iptal kararı verilmemiş, diğer çekler hakkındaki iptal istemi ise kabul edilerek zayı nedeniyle iptallerine karar verilmiştir. Ancak, temyiz eden 3. kişi temyiz itirazında mahkemece iptale karar verilen çeklerden keşidecisinin M.Ç. olduğu Fortisbank Bakırköy Şubesine ait çekin de meşru hamilinin kendisi olduğunu bu nedenle sözkonusu çekte yönelik iptal kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür. Temyiz itirazına konu çek hakkında yargılama sırasında yapılmış bir itiraz olmadığından mahkemece 3.kişinin itirazına konu çekin meşru hamili olduğunu iddia eden ve bu konudaki delillerin temyiz dilekçesine eklemiş bulunan 3. kişi H.M. San. ve Tic. A.Ş'nin bu konudaki iddiasının değerlendirilerek sonucuna göre anılan çek hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden keşdecisi M.Ç. olan çek hakkındaki iptal kararının bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmü temyiz eden 3. kişi H.M. San. ve Tic. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın anılan 3. kişi yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 26.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANIMA VE TENFİZİ

ÖZET: Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkindir. MÖHUK'un 55. maddesi gereğince tenfiz davalarının basit yargılama usulüne göre yargılması yapılarak sonuçlandırılması gerekmekte olup, davanın dosya üzerinde yapılan inceleme ile karara bağlanması konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınmamıştır.

Y.11.HD E:2009/11783 K:2011/4536 T:18.04.2011

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 17.07.2009 tarih ve 2009/215-2009/208 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili tarafından davalı aleyhine açılan Nürnberg-Fürth Eyalet Mahkemesi'nde marka kanunu ihlaline ilişkin davada, mahkemece yargılama giderlerinin tespitine karar verildiğini ileri sürerek, buna ilişkin yabancı mahkeme ilamının tanıma ve tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, duruşma açılmaksızın yapılan inceleme ve dosya kapsamına göre, davanın davalının ikametgahı mahkemesinde açılması gerektiği gerekçeyle mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkindir. MÖHUK'un 55.maddesi gereğince tenfiz davalarının basit yargılama usulüne göre yargılması yapılarak sonuçlandırılması gerekmekte olup, davanın dosya üzerinde yapılan inceleme ile karara bağlanması konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınmamıştır.

Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesinde kanunun gösterdiği istisnalar haricinde mahkemece her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevkiye davet etmedikçe hükmünü veremeyeceği kabul edilmiştir.

Bu itibarla mahkemece, duruşma açılarak, iddia ve savunmalarını bildirmeleri için taraflara davetiye çıkartılması, göstermeleri halinde delillerinin de toplanılması suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın

duruşma açılmaksızın dosya üzerinden görülerek sonuçlandırılması doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 18.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAHKİM İTİRAZI • SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ

ÖZET: Tahkim itirazı teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının rızası ile sonradan da ileri sürülebilir.

Buradaki muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir.

Y.11.HD E:2011/15015 K:2012/178 T:16.01.2012*

Davacı vekili, serbest mimar olarak çalışan müvekkilinin davalı Kooperatif ile akdetmiş olduğu "Mimarlık Hizmetleri Sözleşmesi" ne uygun olarak konut projesini hazırladığını, inşaat ruhsatı verilmesi aşamasına gelmesini sağladığını, ancak sözleşmede öngörülen 30.000 TL. hizmet bedelinin ödenmediğini ileri sürerek, bu bedelin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, bilahare talebini 35.400 TL. olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili, tahkim itirazında bulunmuş, davacının yaptığı projeye inşaat ruhsatı verilmediğini, projenin farklı bir taşınmazda da kullanılmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, süresinde yapılmayan tahkim itirazına karşı savunmanın genişletildiği itirazında bulunduğu, davacının sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen telif hakkı bedelini almadığı, kısmi dava açılmadığı için ıslah talebinin reddinin gerektiği gerekçesi ile, davanın kabulüne, 30.000 TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili ve katılma yoluyla davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, mimarlık hizmetleri sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Davaya konu sözleşmenin 8.maddesinde anlaşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözümlenemediği takdirde taraflardan birinin isteği üzerine Mimarlar Odasının atayacağı hakem tarafından çözümleneceği kararlaştırılmış olup, davalı vekili, 02.12.2008 tarihli dilekçesi ile ayın tarihli celsede tahkim itirazında

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

bulunmuştur. Davalıya dava dilekçesi 20.05.2008 tarihinde tebliğ edildiğinden itirazın cevap süresi içerisinde yapılmadığı hususunda bir çekişme bulunmamaktadır. Ancak, tahkim itirazı, teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakatı ile sonradan da ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Davacı taraf, savunmanın genişletilmesi üzerine buna hemen itiraz etmezse savunmanın genişletilmesine zımni olarak muvafakat etmiş sayılır. Somut olayda tahkim itirazının yapıldığı 02.12.2008 tarihli celsede davacı vekili hazır olmasına rağmen hemen savunmanın genişletilmesi itirazında bulunmamıştır. Bu durumda, sözleşmede tahkim şartı da bulunduğu için, itirazın kabul edilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

2- Bozma sebep ve şekline göre, davalı vekilinin sair ve davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair ve davacı vekilinin temyiz itirazının incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 16.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SAHTE NÜFUS CÜZDANIYLA PARA ÇEKİLMESİ



BANKANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: Sahte nüfus cüzdanı ibraz edilerek bankadaki hesaptan para çekilmesi halinde, hesap sahibinin oluşan zararından bankanın tam kusur esasına göre sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Y.11.HD E:2010/7548 K:2012/160 T:16.01.2012*

Davacı vekili, müvekkilinin davalı nezdindeki hesabından yetkisi bulunmayan 3. kişiye usulsüz ödeme yapıldığını, 03.06.2005 tarihinde davalı bankanın Kadıköy Rihtım Şubesi'nden müvekkilinin Karabağlar İzmir Şubesi'ndeki hesaplarından toplam 10.000.00 TL., 7.700 USD ve 15.500 Euro nun nakden çekildiğini, dekontlarda bulunan imzaların şirket temsilcisi Fuat Gözçana ait olmadığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

10.000.00 TL.nin 03.06.2005 tarihinden itibaren reeskont faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkiline nüfus cüzdanı ibraz edilerek ödeme yaptığını, kusurunun olmadığını, davacının işlem tarihinden sonra defalarca hesaplarında hareketler yapmasının işleme icazet verdiğini gösterdiğini, işlem yapanın davacının çalışanı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporları da dikkate alınarak, dekontlardaki imzaların davacı şirket yetkilisi F.G.'a ait olmadığı, davalı banka şubelerinden çekilen toplam paranın 51.446.75 TL. olduğu, bu eylemin meydana gelmesinde tarafların müterafik kusurlu oldukları, davalı bankanın kusurunun %50, davacının %50 kusurunun olduğu gerekçesiyle davacının talebi de göz önünde bulundurularak davanın kabulüne, 10.000.00 TL.nin dava tarihinden itibaren reeskont faiziyle tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, davalı banka nezdinde bulunan hesaptan davacının bilgisi dışında sahte imza ile para çekildiği iddiasına dayalı alacak istemine ilişkindir.

Bankalar, kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür. (4491 Sayılı Yasa ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 10/4 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 61. maddesi) Bu tanımlamaya göre mevduat, ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Borçlar Kanununun 306. ve 307. maddeleri uyarınca ödünç alan akdin sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iadeye mecburdur.

Aynı Yasa'nın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdide paranın nef'i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanılabilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlemle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir. Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilebilir ve banka bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir.

Somut olayda, grafoloji bilirkişisinin raporuna göre, dekontlardaki imzanın davacı şirket temsilcisine ait olmadığı anlaşılmıştır. Bilirkişi heyeti raporunda da, davalı Bankanın BK. 100. maddesi gereği sorumlu olduğu, ancak zararın meydana gelmesinde sahte nüfus cüzdanı ibraz ederek hesaptan sah-

te imza ile para çeken 3. kişinin de %50 oranında katkısı olduğu belirtildiği halde, mahkemece bu kusur oranının davacıya tahmili ile davacının %50 oranında kusuru olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere sahtecilik işlemi davalıya karşı gerçekleştirildiği ve sahte imza ile çekilen paralar doğrudan doğruya davalının zararı niteliğinde olup davacı tarafından icazet de verilmediğine göre, davalı meydana gelen zarardan tamamen sorumlu olmasına rağmen davacının %50 oranında kusurlu olduğunun kabulü doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

3- Kabule göre de tam kusur esasına göre açılan davada mahkemece davacının %50 oranında kusurlu olduğu kabul edildiği halde, davacı tarafın istemi doğrultusunda davanın tamamen kabulüne karar verilmesi de doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 459.00 TL. temyiz ilam harcının temyiz eden davalı Garanti Bankası A.Ş.'den alınmasına ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 16.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BEŞ YIL KULLANILMAYAN MARKA • HÜKÜMSÜZLÜK İDDİASI

ÖZET: Tescilin hükümsüz olduğu iddia edilen markanın be yıllık süre içerisinde kullanılmamış olması da hükümsüzlük nedeni olup mahkemece bu husus da araştırılmalıdır.

Y.11.HD E:2010/788 K:2012/253 T:17.01.2012*

Davacı vekili, müvekkilin kısaca F1 olarak bilinen dünyaca ünlü FORMULA 1 otomobil yarışları ili ilgili markaların sahibi olan şirket olduğunu, 2003 21831 sayı ile tescilli FORMULA 1, 2003 21831 sayı ile tescilli Fİ FORMULA 1 logo ve 2003 21829 sayı ile tescilli F1 markalarının TPE tarafından tanınmış marka ilan edildiğini, davalının 2001 00206 sayılı FORMUL A-1 markasını 3. ve 5. Sınıfta yer alan mallar üzerinde tescil ettirdiğini, müvekkilinin FORMULA 1 markasının dünyanın en tanınmış markaları arasında yer aldığını, toplumda yüksek tanınmışlık seviyesine ulaşmış olduğunu ve gerek Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi gerek de 556 s. KHK'nın 7/1 (i) ve 8/4 maddeleri anla-

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

mında koruma altında olduğunu, davalının FORMULA 1 markasının toplumda ulaştığı yüksek tanınmışlık seviyesinden haksız yarar elde edebileceğini ve müvekkil markasının itibarı ve ayırt edici karakterini zedeleyebileceğini, davalının dava konusu markayı kullanmamış olması nedeni ile de tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiğini; davalının Formula 1 markasını halihazırda otomobiller için koku verici ve koku gidericiler üzerinde kullandığını, bu markayı tescil kapsamındaki diğer mallar üzerinde kullanmadığını, davalının dava konusu tescili elde etmekte kötü niyetli olduğunu, davalının imal ettiği ve/veya pazarladığı diğer ürünler için farklı markalar kullandığını, ancak otomobiller için ürettiği mallar üzerinde Formula 1 markasını kullandığını, böylelikle bu markanın itibarından faydalanma gayesinde olduğunu ileri sürerek, dava konusu 2001 00206 sayılı marka tescilinin hükümsüzlüğüne ve markalar sicilinden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, Fİ, Formula 1 işaretleri ile tüketiciye sunulan ticari bir değeri haiz mal ve hizmetin bulunmadığını, Formula 1 araba spor yarışının marka olmadığını, kötü niyetle hareket edenin davacı olduğunu, Grand Prix araba yarışının ülkemizde ilk defa 2005 yılında düzenlendiğini, müvekkilinin 2001 tarihinde TPE nezdinde tescil için başvurduğunu, beş yıllık hak düşümü süresi içinde davanın açılmadığını savunarak, davanın yetki ve esas yönünden reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davaya konu markanın tescil tarihinden itibaren dava tarihine kadar 5 yıldan fazla süre geçtiği, davanın 5 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı, davalının başvuru sırasında davacının markasının tanınmış marka statüsünde olduğu, ancak davacının davalının tescil başvurusundan haberdar olduğu, TPE nezdinde yapmış olduğu itirazı davacının 04.04.2002 günü geri çektiği, tescile itirazını geri çekerek zımni de olsa tescile muvafakat gösterdiği, bu nedenle davacının davalının kötü niyetli olduğunu ileri sürmesinin MK'nın 2.maddesine uygun olmadığı, 556 KHK 14, 42/c md. Uyarınca iptal/hükümsüzlük istemi hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğü ve sicilden terkinine ilişkin olup, davacı taraf davasını önceki hak sahipliği, davalının tescilinde kötünietli olması ve ayrıca davalının dava konusu markayı beş yıllık süre içerisinde kullanmaması nedenlerine dayandırmış olmasına rağmen,

mahkemenin de açık kabulünde olduğu üzere, davacı tarafın anılan son hükümsüzlük iddiası ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, takdir olunan 900.00 TL. duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 17.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

REKABET YASAĞI • ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ

ÖZET: Anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğü ilkesine aykırı olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir.

Y.11.HD E:2011/13747 K:2012/356 T:19.01.2002²²

Davacı vekili, davalının müvekkili ile imzaladığı alt imtiyaz sözleşmesine aykırı davrandığı için sözleşmenin müvekkilince feshedildiğini, davalının anılan sözleşmenin 5-5. maddesinde düzenlenen “sözleşmenin sona erdiği tarih itibarıyla bir yıllık süre ile rekabet etmeme yasağına” da aykırı davrandığını ileri sürerek, davalının haksız rekabet oluşturan eylemlerinin tespitini ve önlenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, duruşmalara katılmamış ve savunmada bulunmamıştır.

Mahkemece toplanan kanıtlara dayanılarak, davalının 13.11.2007 tarihli sözleşmeye aykırı davranarak işyerinde davacının ürünlerinden başka ürünler sattığı, davacının da haklı nedenle ve usulüne uygun şekilde sözleşmeyi feshettiği, fesih ihbarının davalıya 20.03.2008 tarihinde tebliğ edildiği, davalının anılan sözleşmenin 5-5. maddesi uyarınca fesih tarihinden itibaren bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde rekabetten kaçınma yükümlülüğüne de aykırı davrandığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının 20.03.2008 tarihinden 20.03.2009 tarihine kadar imtiyaz bölgesinde, sözleşmenin 5.5. maddesinde belirtilen ticari faaliyetleri göstermesinin önlenmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı temyiz etmiştir.

Dava, franchising sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı haksız rekabetin tespit ve önlenmesi istemine ilişkindir.

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 13.11.2007 tarihli sözleşmenin 5.5. maddesinde alt imtiyaz sahibinin bu anlaşmanın sona ermesini veya feshedilmesini takip eden bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde ne kendisinin ne de ilgili olduğu bir şirketinin bu anlaşma ile makul olarak tasarlanmış bulunan iş ile aynı veya benzer olan işlerde, özeld de gıda zinciri ile veya gıda toptan veya perakende satışı yapan Dia ürünlerinin benzerlerini veya aynısını satan rakip bir işletme ile iş yapmaktan ve genel de de D. işletmeleri ile rekabet yaratacak doğrudan veya dolaylı faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı taahhüt ettiği düzenlenmiş olup, davacı tarafından davalının sözleşmenin feshinden sonra anılan maddede yasaklanan işleri yapmaya devam ettiği ileri sürülerek işbu dava açılmış olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK'nın 19. maddesinin ilk fıkrasında bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemekte özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa'nın ve BK'nın anılan hükümleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yaşağını düzenleyen 5.5. maddesi hükmü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olması ve tarafların aralarında imzalayacakları bir sözleşme hükmü ile bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek her hangi bir düzenleme yapmalarının mümkün bulunmaması nedeniyle geçersizdir.

Bu durum karşısında mahkemece, dava konusu 13.11.2007 sözleşmenin 5.5. maddesi hükmünün yukarıda anılan yasal düzenleme ve ilkelere aykırılığından geçersiz bulunduğu kabul edilerek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, yukarıda açıklanan şekilde incelenip değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 19.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KREDİ KARTINDAN DOĞAN DAVADA GÖREV

ÖZET: Kredi kartı veren bankanın kart sahibine karşı açacağı alacak davasına Tüketici mahkemesinde değil Genel Mahkemelerde bakılacaktır.

Y.11.HD E:2011/15635 K:2012/514 T:20.01.2012

İhtiyati haciz kararı talep eden alacaklı vekili, müvekkilinin borçlu ile imzalanmış bulunan bankacılık hizmetleri sözleşmesi hükümleri uyarınca bireysel kredi kartı kullanımı nedeniyle borçludan 3.257.95 TL. alacaklı bulunduğunu, gönderilen ihtarname ile borçlunun temerrüde düşürüldüğünü ve borcun muaccel hale geldiğini, borçlu hakkında Sinop İcra Müdürlüğü'nün 2011/2228 Es. Sayılı dosyası ile yasal takip başlatılmış ise de, borçlunun borcunu ödeyemediğini, mali durumunun bozulduğunu ve mal kaçırma işlemlerine başladığının öğrenildiğini belirterek icra dosyası üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesini istemiştir.

Borçlu adına Tebligat yapılmamıştır.

Mahkemece, dosya kapsamına göre, aynı borca ilişkin olarak Sinop İcra Müdürlüğünde açılmış bulunan bir takip dosyası bulunduğu borçlunun mal kaçırma girişiminde olduğuna dair bir delil bulunmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.

1- Talep, bireysel kredi kartı kullanımından doğan borç dolayısıyla ihtiyati haciz istemine ilişkindir.

İhtiyati haciz talebi tüketici mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesine yapılmış ve mahkemece talep değerlendirilerek aynı sıfatla karar verilmiştir. Oysa taraflar arasındaki uyuşmazlık 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'ndan kaynaklanmakta olup, anılan Kanun'un 44/2. maddesinde kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş bulunmasına göre talebe konu uyuşmazlıkla ilgili görevli mahkeme dava olunan şeyin miktar veya değerine göre sulh veya asliye hukuk mahkemeleridir. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın açıklanan niteliğine göre talebin tüketici mahkemesinin görev alanına girmemesine rağmen yazılı şekilde tüketici mahkemesi sıfatı ile görülmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2- Bozma neden ve şekline göre de, talepte bulunan vekilinin sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarı (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASI-NA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle talepte bulunan vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

NAKLİYAT SİGORTASI • HAVA TAŞIMASI**BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ**

ÖZET: Nakliyat sigortasına dayalı tazminat davasında, acente olduğunu iddia eden davalının taşıyıcı olduğunu gösteren davacı delilleri istenmeli ve sigorta ve hava taşıması konusunda uzman bir bilirkişiden rapor alınarak hüküm kurulmalıdır.*

Y.11.HD E:2010/8730 K:2012/558 T:23.01.2012

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen 18.03.2010 tarih ve 2008/886-2010/247 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı B. Hava ve Deniz Taş. Tic. A.Ş. 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, nakliyat abonman sigorta sözleşmesi ile sigortalı emtianın Türkiye'den İtalya'ya taşınması sırasında 14 kolisinin hasarlandığını ve 58 parçasında kaybolduğunu, A. İtalyan Hava Yolları A.Ş.'ye hasar ve ziyan bildirimini yapıldığını, sigortaliya emtianın bedeli olarak 30.05.2007 tarihinde 6.278 TL'nin ödendiğini ve haklarına halef olunduğunu, bu miktarın tahsili için yapılan takibe itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptalini, takibin devamını %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. Havayolları vekili, taşıma akdinin G. Dış Ticaret A.Ş. ile davalı B. Hava ve Deniz Taş. Tic. A.Ş. arasında düzenlendiğini, usulüne uygun ihbarda bulunulmadığını, zararın nasıl meydana geldiğinin anlaşılamadığını, sınırlı sorumluluklarının bulunduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının sigortalısı G. Dış Ticaret A.Ş. ile davalı B. Hava ve Deniz Taş. Tic. A.Ş. arasında yapılan taşıma akdine dayalı olarak davalı B.'in

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

deri emtiasını diğer davalı A.İ. Hava Yolları ile taşıma işini üstlenerek davalı Alitalia'ya ait uçakla İstanbul –İtalya arasında 14.01.2007 tarihinde taşıdığı, taşınma sırasında 14 kolinin hasarlandığı ve 58 parçanın da kaybolduğu zarardan her iki taşıyıcının müteselsilen sorumlu oldukları, zararın 6.287 TL. olduğu emtiaların faturalı olup her birinin bedellerinin belli olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, itirazların iptali ile bu miktara 30.05.2007 ödeme tarihinden itibaren sigorta ettirenin tacir olması nedeni ile avans faizi yürütülme koşulu ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini teminen bu miktarlar üzerinden takibin devamına, faiz ödeme tarihinden başlatılmış olduğundan mükerrer faiz ödenmesine sebebiyet verilmemesi açısından işlemiş faiz hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına, asıl alacağın %40` ı olan 2.514.8 TL. icra inkar tazminatının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı B. A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, nakliyat sigorta poliçesine dayalı tazminatın rücuen tahsili amacıyla yapılan takibe itirazın iptali istemine ilişkindir. Mümeyyiz davalı B. Hava ve Deniz Taş. Tic. A.Ş. İtalya da bulunan S. B. S.p.A. ile acanetelik anlaşması yaptığını ve acente olduğunu savunduğuna göre, mahkemece davacıdan bu davalının taşıyıcı olduğuna dair delilleri sorulup, özellikle hava yük senetlerinin Türkçeye tercümelerinin yaptırılmasından sonra navlunun kime ödendiği üzerinde durularak davalının taraf sıfatının açıklığa kavuşturulması gerekirken, hava taşıması alanında ne şekilde uzman olduğu anlaşılamayan avukat bilirkişinin raporuna itibar edilerek davalının üst taşıyıcı olduğu sonucuna varılması doğru olmadığı gibi, taşıma havayoluyla yapılan bir taşıma olduğu halde CMR hükümlerine tabi bir taşıma olarak nitelendirilmesi de doğru görülmemiştir. Mahkemece mümeyyiz davalının sınırlı sorumluluğunun bulundurulup Varşova Konvansiyonu hükümleri doğrultusunda sigorta ve hava taşıması konusunda uzman bilirkişiye inceleme yaptırılarak neticesine göre karar verilmesi gerekirken, belirtilen gerekçeyle eksik inceleme sonucu hüküm kurulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.

2- Kabule göre de, davacı vekili sigortalının uğradığı zararın tazmin edildiğini belirterek ödediği miktarın rücuen tahsili amacıyla icra takibi yaptığına ve likit bir alacak bulunmadığı halde, mümeyyiz davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru olmadığı gibi takip tarihindeki avans faiz oranı tesbit edilip %27'den aşağı ise o nisbette, yukarıda ise %27'yi geçmemek üzere avans faizi oranında temerrüt faizine hümedilmek gerekirken, yazılı şekilde avans faizine hükmedilmesi de doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (2) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı B. Hava ve Deniz Taşm. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bu davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 23.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ARAÇ KREDİSİ • BANKANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: Araç kredisi veren bankanın rehni paraya çevirerek tahsil ettiği bedeli aracın satıcısına ödemesi gerekir.*

Y.11.HD E:2010/8017 K:2012/918 T:27.01.2012

Davacı vekili, dava dışı RA Ayakkabı Ltd. Şti. nin davalı bankadan kullanacağı kredi ile araba almak istemesi üzerine davalının verilecek kredi sebebiyle araç üzerine rehin tesisi için proforma fatura istediğini, davalının talebi üzerine 26 ... plakalı araca banka lehine rehin tesis edildiğini, davalının bundan sonra aracın bedeli olan 39.848.39 TL.yi tüm vebibelerini yerine getiren müvekkiline ödemesi gerekirken ödemediğini ileri sürerek 39.848.39 TL'nin 02.06.2008 tarihinden itibaren reeskont faizi ile tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin 26 ... plakalı aracın alınması için RA Şirketine kredi kullandırmadığını, söz konusu şirketin kullandığı başka kredilerden ve R.A. Ltd. Şti.ne kefaletinden dolayı müvekkiline borcu bulunduğunu dava konusu olan aracın kullanılan kredilerin teminatı olarak bankaya rehin edildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre aracın davacı tarafından davalı bankaya borçlu dava dışı şirket adına düzenlenen satış faturasına göre trafiğe kaydedildiği anlaşılınca, davacının, davalının kullandıracağı araç kredisine hazırlık için fatura düzenlediği iddiası sabit görülmediğinden davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı, dava dışı müşterisinin bankadan kullanacağı krediye güvenerek araç satmış ve sattığı araç üzerine de bu kredi nedeni ile rehin tesis edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." Davalı banka, davacının sattığı araç üzerine, araç nedeniyle verdiği krediden dolayı rehin tesis ettiğine ve dava dışı müşterisinden olan alacağına karşılık rehni paraya çevirerek tahsilat yaptığına göre, araç karşılığı ödemesi gereken tutarı davacıya ödemesi ve bilahare bu tutarı müşterisinden istemesi gerekir. Nitekim bilirkişi de aynı yönde mütalaada bulunmuştur. Bu itibarla davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı lehine bozulması gerekmiştir.

* Gönderen: Av. Levent Yaralı

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün yukarıda yazılı nedenle davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 27.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK SİGORTASI • POLİÇE KOŞULLARI

ÖZET: Sigorta sözleşmesinde “Hırsızlık teminatı riziko mahallinde alarm sistemleri ve kepenk/parmaklık olması kaydıyla geçerlidir. Koşulu bulunmakta olup, somut olayda bu şartlar sigortalı tarafından yerine getirilmemiştir. Bu nedenle sigortalı yerde meydana gelen hırsızlıktan sigorta şirketinin sorumlu olduğundan söz edilemez.

Y.11.HD E:2010/1802 K:2012/1208 T:02.02.2012

Davacı vekili, müvekkili şirkete ait işyerinin davalı nezdinde sigortalı olduğu dönemde meydana gelen hırsızlık olayı sonucu uğranılan zararın davalı tarafından karşılanmadığını, müvekkilinin poliçedeki şartları yerine getirdiği halde davalının haklı bir gerekçeye dayanmaksızın tazminat taleplerini reddettiğini ileri sürerek, 41.000.00 TL. zararın fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında yapılan ıslah ile talep edilen alacak miktarının 41.000.00 TL. den 40.910.00 TL.ye düşürülmesi ve talep edilen alacağa avans faizi uygulanması istenmiştir.

Davalı vekili sigortalı işyerinde hırsızlığı önlemek amacıyla poliçe özel şartına göre alınması gereken önlemlerin alınmadığını, hırsızlık olayının da bu nedenle meydana geldiğinden dava konusu talebin poliçe teminatı dışında kaldığını savunarak, davanın reddini istemiş, ıslah dilekçesine karşı verdiği yanıtta ise davayı kabul etmemekle birlikte davacının ıslah ettiği faiz türüyle ilgili olarak faiz başlangıç tarihinin ıslah tarihi olması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında düzenlenen sigorta sözleşmesine “hırsızlık teminatı riziko mahallinde alarm sistemleri ve kepenk/parmaklık olması kaydıyla geçerlidir.” Şeklinde bir kloz konulduğu, riziko mahallinde depo hariç alarm sisteminin mevcut olduğu, işyerinin arka bölümündeki iki küçük pencerenin demir raflarla muhafaza edildiği, salt bir pencerenin açıkta kaldığı, sigortalı işyerine ait deponun küçük bir penceresinden riziko mahalline girildiği ancak sigortalı değerlerin çalınma fiilinin ancak deponun içerden kapanan ve kilit-

lerinin de içeri doğru bulunduğu kapının kırılması sonucu gerçekleştirildiği, penceredeki açıklığın sigortalının tazminat haklarını kaldırmayacağı, davacının tazminat talebinde bulunabileceği, aktif güvenlik önlemlerini alan davacı sigortalının olayda kusurundan söz edilemeyeceği, davacının dava değerinin indirimine ilişkin ıslah talebinin yasal olmadığı sonucuna varılarak, davanın kısmen kabulü ile 40.910.00 TL. tazminatın dava tarihinden itibaren değişen ve değişecek olan yasal faiz oranı uygulanmak suretiyle hesaplanacak faiziyle birlikte davalıdan alınmasına aşan istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava, davalı şirkete sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık rizikosu nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Taraflar arasında akdedilen sigorta poliçesi incelendiğinde hırsızlık rizikosuna karşı verilen sigorta teminatının geçerliliği bazı özel koşullara bağlanmış olup, poliçeye konulan bu özel koşullar yasa ve genel şartların emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla geçerli bulunup, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Söz konusu poliçede hırsızlık rizikosunun sigortalı mahalde güvenlik şirketine veya emniyete veya sahiplerinin telefonlarına bağlı alarm veya tüm pencere, kapı ve vitrinlerde kepenk veya parmaklık bulunması halinde geçerli olacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Bu durumda, işyeri poliçede belirtilen şekilde koruma altına alınmasına rağmen bir hırsızlık eyleminin meydana gelmesi halinde sigorta şirketi poliçe uyarınca sorumlu olacaktır.

Somut olayda, rizikonun meydana geldiği sırada mevcut alarm sisteminin hırsızlık eyleminin işlendiği bodrum kattaki depo kısmını kapsamadığı, hırsızlık eyleminin deponun camsız ve kilitsiz pencere kanadının açılarak depoya girilmesi sonucu dıştan uğraşılmasına rağmen açılmayan depo kapısının içeriden açılmak suretiyle gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Buna göre, hırsızlık eyleminin işlendiği depo kısmında riziko tarihinde aktif bir alarm sisteminin mevcut olmadığı, kepenk veya parmaklık gibi hırsızlığı engelleyici uğraşılmasına rağmen açılmayan depo kapısının içeriden açılmak suretiyle depodaki malların dışarıya çıkarılarak hırsızlık eyleminin gerçekleştirildiği olayda eylemin işlendiği depo kısmında poliçede kararlaştırılan koruma önlemlerine uyulmaması arasında uygun nedensellik bağı bulunduğundan davaya konu hırsızlık eyleminin poliçe teminatı dışında kaldığının kabulü gerekir. O halde, poliçede kararlaştırılan koruma önlemlerinin yerine getirilmediği depo kısmında işlenen hırsızlık eylemi sonucu ortaya çıkan zararın poliçe teminatı dışında kalması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi taraflar arasındaki akdi ilişki uyarınca doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince, bozma neden ve şekline göre, davacı vekilinin temiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gerek olmadığına, takdir olunan 900.00 TL. duruşma vekalet ücretinin davadan alınarak davalıya verilmesine ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 02.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

KIDEM TAZMİNATI FAİZİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Kıdem tazminatı faizi hesaplanırken, tarafların bildireceği bankalardan piyasada uygulanan en yüksek mevduat faizinin öğrenilip, o faize göre birer yıllık dönemler halinde hesap yapılmalıdır.

Yalnız kamu bankalarının bildirdiği faize itibar edilmesi doğru olmamıştır.

Y.12.HD E:2011/5337 K:2011/22110 T:15.11.2011

Takip dayanağı Hatay İş Mahkemesi'nin 22.04.2009 tarih ve 2006/724 E. 2009/79 K. Sayılı ilamında 10.993.15 TL. kıdem tazminatının dava tarihi olan 12.052006 tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek banka faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir. İcra emri tebliğinden sonra borçlu vekili icra mahkemesine başvurarak kıdem tazminatı alacağına uygulanması gereken en yüksek banka mevduat faiz oranlarının kamu bankalarından sorulup faiz hesabı yapılarak, kıdem tazminatına işlemiş faiz yönünden icra emrinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

HGK'nın 20.09.2006 tarih, 12-594/534 sayılı kararında da vurgulandığı üzere bu durumda mahkemece yapılacak iş, tarafların bildirdikleri bankalardan hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının sorulması ve hakkın doğum tarihinden itibaren takip tarihine kadar istenebilecek faiz miktarının bilirkişiye hesaplatılması şeklinde olmalıdır. Bu ilkeye uygun olmayan yalnızca kamu bankaları faiz oranlarına göre hesaplama yapan bilirkişi raporu ile sonuç gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 15.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞTİRAK NAFAKASI

RÜŞT YAŞININ GELMESİYLE NAFAKANIN SONA ERMESİ

ÖZET: Babanın çocuğuna bakma yükümlülüğü çocuğun reşit olmasıyla sona erer, küçüğün reşit olduğu tarihte iştirak nafakası da kendiliğinden sona erer.

Küçük reşit olduktan sonra eğitimine devam ediyorsa, kendisi yeni bir dava açarak nafaka isteyebilir.

Küçüğün reşit olduğu tarihten sonraki dönemler için nafaka istenemez.

Y.12.HD E:2011/17148 K:2012/3500 T:14.02.2012

Büyükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (Aile Mahkemesi sıfatıyla) 26.03.2009 tarih ve 2008/406 – 2009/341 karar sayılı ilamı ile “ tarafların boşanmalarına” (alacaklı) eşi için 18.06.2008 tarihli oturumda hükmedilen ve dava tarihinden geçerli olmak üzere aylık 200 TL. tedbir nafakasının borçludan alınıp alacaklıya verilmesine yönelik ara kararının aynen devamına hüküm kesinleştikten sonra iştirak nafakası adı altında devamına” karar verildiği, anılan bu kararın 22.04.2009 tarihinde kesinleşerek 05.11.2010 tarihinde ilamlı icra takibine konu edildiği, takip alacaklısı S.D.E. Tarafından işlemiş tedbir nafakası ile faizin ve takip sonrasında müşterek çocuklar için 16.04.2008 tarihinden itibaren 450 TL. (toplam) ve kendisi için yine aynı tarihten itibaren 200 TL. tedbir nafakasının tahsilinin talep edildiği görülmektedir.

Borçlunun mahkemeye başvurusu, tedbir nafakasının ilamlı takibe konu edilemeyeceği tedbir nafakasının ilamsız takibe konu edilmesi gerekmekte olup, hüküm kesinleştikten sonra ise kesinleşen ilamla birlikte yoksulluk ve iştirak nafakası adı altında istenmesi gerektiğini, çocuklardan M. ve K.'in takipten önce reşit olduklarını, çocuklar için ne zamana kadar tedbir ve iştirak nafakasının devam edeceğinin açıklanmadığını, istenen faizin başlangıcı ve talep edilen nafakaların hangi aylara ilişkin olduğunun belirtilmediği gerekçeleriyle takibin iptali istemi ilişkindir.

Medeni Kanun'un “Geçici Önlemler” başlığını taşıyan 169. maddesinde, “boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır” düzenlemesine yer verilmiştir. Sözü edilen tedbir nafakası boşanma kararının kesinleşmesi ile sona erer. Takip dayanağı ilamda yer alan davacı ve müşterek çocuklar için aylık toplam 650.00 TL.de bu madde hükmüne göre verilmiş ted-

bir nafakası niteliğinde olup, boşanma kararının kesinleşmesine kadar devam eder. Kesinleşme tarihinden sonra ise iştirak nafakası işlemeye başlar.

Boşanma veya ayrılık vukuunda, çocuk kendisine tevdi edilmemiş taraf, gücüne göre onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür. (TMK. Md.182)Bu madde uyarınca, ilamda hüküm altına alınan iştirak nafakasının alacaklısı, müşterek çocuk olmayıp, velayet hakkı kendisine verilen eştir. Velayet hakkı küçüğün reşit olması ile sona ereceğinden, bu tarihte iştirak nafakasının da sona ereceği tabidir. Ancak çocuğun reşit olduğu tarihe kadar ödenmeyerek biriken nafaka alacağı bulunduğu takdirde, velayet hakkı kendisine verilmiş olan eş tarafından çocuğun reşit olduğu tarihten sonra da bu alacak takibe konu edilerek ödenmesi istenebilir. Zira nafaka, velayet hakkı kendisine verilen eşe çocuğun bakım ve eğitimine harcaması için verilmiştir ve onun tarafından istenilmesinde usul ve yasaya uymayan bir yön bulunmamaktadır.

TMK'nın 328. maddesine göre de, babanın çocuğuna bakma mükellefiyeti onun reşit olmasıyla sona erer. Küçük reşit olduktan sonrada eğitimine devam ediyorsa bu takdirde, kendisi yeni bir dava açarak yardım nafakası talebinde bulunabilir. Küçük reşit olduğu tarihte, hükmedilen iştirak nafakası kendiliğinden sona erer.

Bu durumda mahkemece alacaklı annenin müşterek çocuk için hüküm altına alınan ve reşit olduğu tarihe kadar devam eden iştirak nafakası birikmiş alacağını takibe koyma hakkı ve sıfatının bulunduğu nazara alınarak, borçlunun şikayeti bu ilkeler doğrultusunda değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken dayanak ilamın kesinleşmiş olduğundan bahisle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366. ve HUMK.428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 14.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NA YAPILAN TAKİPLER

ÖZET: Sosyal Güvenlik Kurumunun malları haczedilemez. Buna karşın kurum aleyhine icra takibi yapılmasını engelleyen bir hüküm yoktur. Bu nedenle Kurum'a karşı yapılan takibin iptali doğru olmamıştır.*

Y.12.HD E:2012/4237 K:2012/11607 T:09.04.2012

Kişi ve kurumlar hakkında takip yapma hakkının varlığı ile yapılan takip sonucunda haczin uygulanıp uygulanamayacağı farklı iki konudur. Örneğin; İİK.nun 82/1 maddesi gereğince devlet malı haczedilemez ise de İcra ve İflas Kanununda, devlet aleyhine takip yapılmasını yasaklayan herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Somut olayda,alacaklının 17.05.2006 tarihinden itibaren emekli aylığı bağlanmasına ilişkin iş mahkemesince verilen ilama dayalı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı aleyhine ilamsız icra takibine geçtiği anlaşılmaktadır. Borçlunun.5502 Sayılı Yasa'nın 35/3. maddesini gerekçe göstererek icra mahkemesi nezdinde yaptığı şikayet kabul edilmiş ise de,anılan maddede,takip hukuku açısından takibi engelleyen bir hüküm bulunmayıp,bu madde sadece kurumun mallarının,hak ve alacaklarının haczinin mümkün olmadığına ilişkindir.Aksinin düşünülmesi,anılan kurumdaki hiçbir hak sahibinin hakkını alamayacağı gibi ağır bir sonuç doğuracağından mahkemece,hacze yönelik bir şikayet bulunmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekirken,yazılı gerekçe ile kabulü isabetsiz olup,mahkeme kararının bozulması gerekirken Dairemizce sehven onandığı anlaşılmakta alacaklının karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 2011/15648 Esas - 2011/26077 Karar sayılı ve 02.12.2011 tarihli onama kararının kaldırılmasına,mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366. Ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 09/04/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı
Dergimizin 2012/2 sayısının 399. sayfasında yayımlanan Yargıtay 12.Hukuk Dairesi kararına bakınız.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

PİLOTUN HAKSIZ FESİH TAZMİNATI



GEREKÇELİ KARAR İLE KISA KARARIN ÇELİŞKİSİ

ÖZET: HUMK'un 388. maddesine uygun olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini açıkça gösteren kısa karar ile daha sonra yazılan gerekçeli kararın birbirine uygun olması zorunludur.

Y.13.HD E:2010/8515 K:2011/4077 T:17.03.2011

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde taraflardan gelen olmadığından incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı pilotun sözleşmeyi haksız olarak feshettiğini ileri sürerek, 27.000 euronun faizi ile ödetilmesi istemiştir.

Davalı,davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş:hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- HUMK'un 381. maddesi gereğince mahkeme,hazır olan tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi en az, aynı yasanın 388. maddesinde belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. HUMK'un 388/son maddesi gereğince de istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenilen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Yine aynı kanunun 389. maddesinde de hüküm kısmında iki tarafa yükletilen hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi zorunluluğu tekrarlanmıştır. Aynı maddenin son fıkrası gereğince de zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın sonradan belli bir süre içinde yazılması mümkündür. Bu gibi hallerde HUMK'un 388. maddesine uygun olarak tarafla-

rın hak ve yükümlülüklerini açıkça gösteren kısa karar ile daha sonra yazılan gerekçeli kararın birbirine uygun olması zorunludur. Öte yandan kısa kararla gerekçeli kararın birbirinden farklı olması yargılamanın aleniyeti, kararların alenen tefhim olunmasına ilişkin Anayasa'nın 141. maddesi ile alenen tefhim olunmasına ilişkin Anayasa'nın 141. maddesi ile HUMK'un yukarıda değinilen buyurucu nitelikteki maddelerine de aykırı bir durum yaratır. Ayrıca bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yasa ile hakime yükletilmiş bir görevdir.

Temyize konu kısa kararda 34.330 euronun fiili ödeme tarihindeki kur karşılığı TL'nin davalıdan tahsiline hükmedilirken, gerekçeli kararda davanın kısmen kabulü ile 24.830 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kaldı ki gerekçede 24.830 euro üzerinden davanın kısmen kabul edildiği açıklandığı halde hükümde TL. olarak davanın kabul edildiği açıklanmıştır. Bu husus, az yukarıda açıklanan kısa kararla gerekçeli kararın birbirine uygun olması gerektiğine ilişkin ilke ve yasa hükümlerine aykırı olup, mahkemece 10.04.1992 tarih ve 1991/7 Esas 1992/4 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı'nda da benimsendiği gibi kısa karar ile bağlı kalınmadan, ancak kısa karar ile gerekçeli karar arasındaki çelişki giderilecek şekilde yeniden bir karar verilmesi için çelişkili ve infazda tereddüt yaratacak mahiyette kurulan hükmün bozulması gerekmiştir.

2- Bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1.bent gereğince hükmün **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine 17.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÜRETİM HATASI OLAN SANAYİ MALLARI • TÜKETİCİNİN HAKLARI

ÖZET: Sanayi malının tüketiciye tesliminden sonra garanti süresi içinde, bir yıl içinde aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla ortaya çıkması sonucu maldan yararlanmamanın devamlılık kazanması veya tamir için gerekli sürenin aşılması ya da arızanın tamirinin mümkün olmadığı raporla saptanması durumlarında tüketici malın ücretsiz olarak değiştirilmesini bedel iadesini veya ücret indirimini talep edebilir.

Y.13.HD E:2010/18868 K:2011/7869 T:13.05.2011

Davacı, davalıdan 15.02.2007 tarihinde satın aldığı cep telefonunun garanti süresi içinde arızalanması nedeniyle tamiri için 02.02.2009 tarihinde teslim ettiğini ancak 30 İş günü içinde tamir edilmediğini, bunun üzerine malın bedelinin iadesi için Elazığ Tüketici Sorunları İl Hakem Heyetine başvurduğunu, ancak cihazın tamir edilerek tüketiciye teslimine karar verildiğini, verilen kararın yasaya aykırı olduğunu belirterek Elazığ Tüketici Sorunları İl Hakem Heyeti kararının iptali ile fatura bedelinin faizi ile istirdadına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, yargılamaya katılmamıştır.

Mahkemece, Tüketici Sorunları Hakem Heyetince verilen karardan sonra ürünündeki arızanın giderildiği ancak davacı tarafca telefonun teslim alınmadığı bu durumda davacı talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle talebin reddine ilişkin kesin olarak verilen karar yürürlükteki mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz edilmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 13/2 maddesi uyarınca;satıcı, garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde gerek malzeme ve işçilik, gerekse montaj hatalarından dolayı arızalanması halinde malı, işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür. Aynı Kanun'un 13/3. madde ve fıkrası gereğince;garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması sonucu maldan yararlanmamanın süreklilik arzemesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması hallerinde, tüketici aynı Yasa'nın 4. maddesindeki diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasına göre, sanayi malının tamir süresi en fazla 30 iş günüdür. Bu süre malın servis istasyonuna servis istasyonunun olmaması durumunda, malın

satıcısı, bayii, acentesi, temsilcisi, ithalatçısı veya imalatçısından birine bildirim tarihinden itibaren başlar.

Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca; sanayi malının,tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydı ile, bir yıl içerisinde;a yıl arızayı ikiden fazla tekrarlaması veya farklı arızaların dörtten fazla ortaya çıkması sonucu, maldan yararlanamamanın süreklilik kazanması veya tamiri için gereken sürenin aşılması ya da arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının raporla belirlenmesi durumlarında, tüketici malın ücretsiz olarak değiştirilmesini bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir. Satıcı bu talebi reddedemez.

Dava konusu üründe kullanıcı hatası olduğuna dair servis raporunun bulunmayışı yasada ön görülen tamir süresinin aşılmış olduğu halen ürünün davacıya teslim edilmemiş olması nedeniyle davacının davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma isteminin bu nedenle kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın HUMK. 427/6 maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin kabulü ile mahkeme kararının sonuca etkili olmamak üzere kanun yararına (**BOZULMASINA**), oybirliğiyle karar verildi.

MENKUL SATIŞI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Davacı, kiraladığı taşınmazın 1 Ocak 2002 – 31 Aralık 2008 dönemine ilişkin kira bedellerine, sahibi olduğu 65 adet kooperatif hissesini ve 1699 Lot hisse senedini mal sahibine devretmesine rağmen, onun kira alacağı için icra takibi yaptığını; itirazı üzerine mal sahibinin açtığı itirazın iptali davasında savunmasının kabul edilmediğini; 37 aylık kirayı faiziyle birlikte yeniden ödemek zorunda kaldığını beyanla; devredilen hisse senetlerinin tüm semereleri ile birlikte aynen iadesine, olmadığı takdirde 320.000 TL'nin yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesini istemiş; mahkemece, ispat külfetinin davalıda olduğu kabul edilerek ödeme savunması ispat edilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

B.K'nın 182/2. maddesi gereğince menkul satımında kural olarak tarafların edimlerini aynı anda yerine getirdikleri varsayıldığından, satışın veresiye yapıldığını davacının kanıtlaması gerekir.

Y.13.HD E:2011/13353 K:2011/12995 T:22.09.2011

Taraflar arasındaki istirdat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat H. ile davacı vekili gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konulup düşünüldü.

KARAR

Davacı,davaliya ait taşınmazı kiraladığını ve 2002 yılı Ocak ile 2008 yılı Aralık ayına kadar geçecek kira bedellerini sahibi olduğu 65 adet kooperatif hissesini ve 1699 Lot hisse senedini davalıya devrederek ödemede bulunduğunu,ne var ki hisse devirlerinin kira bedeli karşılığı yapılmasına rağmen davalı kiralaayan tarafından kira alacağı için icra takibi başlatıldığını, takibe itiraz üzerine itirazın iptali davası açıldığını, bu dava neticesinde yapılan hisse devirlerinin kira bedeli olarak ödendiğinin ispat edilemediğine karar verildiğini,kira bedelleri karşılığı olarak davalıya bu günkü değeri 320.000 TL tutarında olan hisse ve hisse senetlerini devretmesine rağmen, mahkeme kararı uyarınca 37 aylık kira bedelini faizi ile birlikte tekrar ödemek zorunda kaldığını, davalının söz konusu hisse ve hisse senetlerini iade etmediği gibi bedelini de ödemediğini,

davalıya gönderilen ihtarnamenin de sonuçsuz kaldığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, davalıya devredilen kooperatif hisseleriyle, hisse senetlerinin tüm semereleri ile birlikte aynen iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde bedeli olan 320.000 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, hisselerin bedelini peşin ödeyerek satın aldığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, ispat külfetinin davalıda olduğu kabul edilerek ödeme savunması ispat edilemediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, devredilen hisse senetleri bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davalı, hisse senedi bedellerinin peşinen ödendiğini savunmuştur. Davalıya devredilen hisse senetleri menkul mal niteliğindedir. BK.'nın 182/2. maddesi gereğince menkul satımında kural olarak tarafların edimlerini aynı anda yerine getirdikleri varsayılır. Başka bir anlatımla, mal teslimi anında bedelin ödendiğinde dolayısıyla satışın peşin yapıldığı karine olarak benimsenmelidir. Bu durumda satışın veresiye yapıldığını davacının kanıtlaması gerekir. Davacı ibraz ettiği delillerle devrin veresiye olduğunu ve satış bedelinin ödenmediğini kanıtlamamıştır. Ne var ki, davacı dava dilekçesinde "sair delil" demek suretiyle yemin deliline de dayandığı anlaşıldığından, davacıya iddiasını ispat için yemin teklif hakkı hatırlatılarak, soncuna uygun bir karar verilmelidir. Aksine düşünce ile ispat yükü ters çevrilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, 825,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan 4.752.00 TL temyiz harcının istek halinde iadesine, 22.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TIBBİ HATA • HATADAN DOLAYI İNCELEME YÖNTEMİ**USULİ EKSİKLİĞİN YARGILAMAYA ETKİSİ**

ÖZET: Kesin mehil verilen işlemin yapılmaması, bir hakkın ortadan kalkması sonucunu doğurduğundan bu konudaki kararın yasaya uygun olması zorunludur.

Mahkemece, dosyada mevcut olan tüm bilgi ve belgeler, çekilen MR'lar ve Adli Tıp Raporu birlikte gönderilerek, tercihan Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıya yapılan enjeksiyonun usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı ve olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Y.13.HD E:2011/16474 K:2012/1556 T:31.01.2012

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi ve gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı, bel kısmında oluşan sorunları sebebiyle 03/05/2003 tarihinde davalı D. Sağlık Hizmetleri Limited Şirketine ait kliniğe başvurduğunu, yapılan muayenesi sonunda bazı ilaçlarla birlikte 8 adet iğne yapılması gerektiğinin belirtildiğinin, iğnelerin enjektisi için kliniğe gitmeye devam ettiğini, yedinci günde klinikte enjekte edilen iğne sonrasında bir süre ayağa kalkamadığını, aradan geçen zaman içinde de her hangi bir iyileşme olmadığı gibi ağrılarının daha da arttığını, bunun üzerine Bağcılar Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunduğunu, sevk edildiği Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'ndan alınan 17/12/2004 tarihli raporda, mevcut olan lezyonun, yapılan enjeksiyonlardan kaynaklandığının belirtildiğini, tedavisinin halen devam ettiğini, olay nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 5.000.00 TL. maddi ve 40.000.00 TL. manevi tazminat olmak üzere toplam 45.000.00 TL. tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar olayda herhangi bir kusurları bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davalılardan D. aleyhine açılan davanın atıye terk edilmesi nedeniyle adı geçen davalı yönünden karar verilmesine yer olmadığına, davacının diğer davalılar aleyhine açmış olduğu davanın ise, davacının verilen kesin süre içinde Adli Tıp kurumuna giderek rapor almaması nedeniyle ispat edilemediği, kaldı ki davacının iğneyi yapan D.A.'Ya karşı açmış olduğu davasını atıye terk ettiği, 25.02.2011 tarihinden itibaren de davayı takip etmediği belirtilerek, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Tarafların bazı usuli işlemleri belli bir süre içinde yapmaları için hakimın bir tarafa kesin mehil verebileceği HUMK'un 163. maddesinde düzenlenmiştir. Kesin mehil, davanın en az masrafla ve sürüncemede bırakılmadan bir an evvel sonuçlanmasını temin için hakime tanınan yasal takdir yetkisidir. Ancak kesin mehil verilen işlemin yapılmaması, bir hakkın ortadan kalkması sonucunu doğurduğundan bu konudaki kararın yasaya uygun olması zorunludur. Bu nedenle HUMK'un 163. maddesi uyarınca ilgili tarafa verilecek kesin süreye ilişkin ara kararında, yapılması gereken işlerin neler olduğunun açıklıkla belirtilmesi, tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması, süreye uyulmamasının doğuracağı sonuçların açıklanması ve tarafın uyarılması gereklidir. Aksi takdirde kesin mehle uymama, hukuki sonuç doğurmaz. (Bkz. 21.09.1983 T. 14/3447-825 sayılı kararı)

Somut olayda mahkemece 22.10.2009 tarihli celsede, davacıya gelecek celseye kadar, Adli Tıp Kurumu'nun istemiş olduğu MR'ları çektirip hazır etmesi için kesin süre verildiği, aksi halde mevcut duruma göre karar verileceğinin ihtar edildiği, davacının 06.11.2009 tarihinde istenilen MR'ları çekmediği, ancak Adli Tıp Kurumu tarafından belirtilen günde muayeneye gitmediği, 29.04.2010 tarihli celseye bizzat gelerek, "eksiklikleri tamamlayıp tamamlamayacağı" konusunda mahkemeye bilgi vereceğini"ni bildirdiği, bundan sonraki celseye mazeret bildirerek katılmadığı, daha sonraki celseye ise mazeret bildirmeden gelmediği, davalı tarafın davayı takip etmesi nedeniyle yargılamaya devam edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, davacıya verilen kesin mehil, usul ve yasaya uygun olmadığı gibi, olay nedeniyle gerek ceza yargılaması sırasında alınan 17.12.2004 tarihli Adli Tıp Raporu, gerekse idari soruşturma nedeniyle alınan tıbbi bilgi ve belgeler ile konu ile ilgili doktor raporları ve davacı tarafından çekilen MR'lar dosyada mevcut olup, mahkemece mevcut delil durumuna göre bilirkişi incelemesi yaptırarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği de göz ardı edilmiştir. O halde Mahkemece, dosyada mevcut olan tüm bilgi ve belgeler, çekilen MR'lar ve Adli Tıp Raporu birlikte gönderilerek, tercihan Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman, akademik kariyere

sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıya yapılan enjeksiyonun usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığı ve olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 18.40 TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 31.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI • AVUKATLIK ÜCRETİ

ÖZET: Borçlu yalnız başına borcun miktarını tespit edebiliyor ise o alacak likittir ve de itiraz halinde tazminat gerektirir.*

Y.13.HD E:2011/13019 K:2012/3580 T:22.02.2012

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, önceleri dava dışı U. şirketinin vekilliğini yaptığını, dava dışı bu şirketin 01.05.2003 tarihli temlik sözleşmesi ile davalı şirkete devredildiğini, davalı şirket tarafından kendisine 23.07.2003 tarihinde 31.12.2004 tarihine kadar geçerli olan süreli vekaletname verildiğini, dava dışı U. şirketi aleyhine açılan menfi tespit davasının davalı şirkete ihbar edilmesi üzerine davalı yanında katılmak üzere dilekçe verdiklerini ve davalı şirketin dava dışı şirketinin yanında davaya katıldığını, vekillik süresi bitinceye kadar davada vekil olarak davalıyı temsil ettiğini, Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2003/313 Esas sayılı dava dosyasında açılan menfi tespit davasında 2005 yılında davanın reddine karar verildiğini ve verilen bu kararın 29.06.2007 tarihinde kesinleştiğini, davalı ile aralarında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığını, davalının vekalet ücreti ödememesi üzerine 32.340.00 TL. asıl alacağın işlemiş faizi ile birlikte tahsili için icra takibi yaptığını ancak davalının haksız yere itiraz ettiğini ileri sürerek vaki itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

* Gönderen: Av. Mehmet Kamil Turan

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporları da dikkate alınarak davanın kısmen kabulü ile Şişli 5. İcra Müdürlüğü'nün 2008/8799 Esas sayılı dosyasında 14.640.00 TL. asıl alacak, 422.35 TL. işlemiş faize yönelik itirazın iptaline, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının bent, davalının 3. bent dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacının temyiz itirazı yönünden, İİK'in 67. maddesinin 2. fıkrası hükümünce, icra – inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi ve alacağını mahkeme dava ederek haklı çıkması yasal koşullardandır. Burada borçlunun kötüniyetli itiraz etmiş bulunması yasal koşullardan değildir. İnkâr tazminatı, aleyhinde yapılan icra kovuşturmasına itiraz edip duran ve işin itirazla çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır. Bunlardan ayrı, alacağın likit ve belli olması gerekir. Daha geniş bir açıklama ile borçlu tarafından alacağın gerçek miktarı belli sabit ve belirlenmek için bütün unsurlar bilinmesi mümkün nitelikte olması yeterlidir. Borçlu yalnız başına ne kaar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise, alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur. Öte yandan, alacağın muhakkak bir belgeye bağlı olması da şart değildir. Açıklanan yasal kuralların ışığında takip konusu alacak değerlendirildiğinde, borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilecek konumda bulunması nedeniyle alacağın likit ve muayyen nitelikte olduğunun kabulü ile icra – inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir. Mahkemece, davacının bu istemi hakkında kabul kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde icra inkar tazminatı talebinin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.

3- Mahkemece, davacının 32.340.00TL. asıl alacak ve faizi ile birlikte tahsili yönünde yaptığı icra takibine davalının vaki itirazın iptali istemi ile ilgili olarak davanın kısmen kabulü ile icra takibinin 14.640.00 TL. asıl alacak e 422.35 TL. işlemiş faiz yönünden takibin devamına karar verilmesi nedeniyle, reddedilen miktar yönünden kendisini vekil ile temsil ettiren davalı yararına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, vekalet ücreti hususunda bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, kararın düzeltilerek onanması, HUMK'un 438/7. maddesi hükmü gereğidir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenlerle davacı ile davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle mahkeme kararının hüküm bölümündeki “icra ve inkar tazminatı talebinin” cümlesinin çıkarılmasına ve hüküm fıkrasına yeni bir bent eklenerek “Asıl alacak olan 14.640.00 TL.nin %40`ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine” cümlesinin yazılmasına, üçüncü bentte açıklanan nedenlerle mahkeme kararının hüküm bölümüne yeni bir bent eklenerek “Davalı bu davada kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden red ve kabul miktarı da dikkate alınarak karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden hesap ve takdir olunan 2.188.00 TL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine” yazılmasına, kararın değiştirilmiş ve düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA**, peşin alınan 224.00 TL. temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, peşin alınan 18.40 TL. temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 22.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

TAPU KAYDINDAKİ YANLIŞLIĞIN DÜZELTİLMESİ • DAVADA HASIM

ÖZET: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da benimsediği uygulamaya göre, tapu sicilindeki yanlışlıktan doğan davada yasal hasım tapu sicil müdürlüğüdür.

Y.14.HD E:2011/7046 K:2011/8152 T:21.06.2011

Dava, tapu kaydında yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi istemi-ne ilişkindir.

Davacı, davayı yasal hasım olan tapu sicil müdürlüğünü hasım göstermek-sizin açmış, davanın kabulüne ilişkin kesinleşen hüküm Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca “tapu sicilindeki yanlışlıklardan kaynaklanan davalarda yasal hasım bunları fiilen tutmakla görevli ve sorumlu tapu sicil muhafızlıkları veya tapu sicil müdürlükleridir. Bu nedenle davanın tapu sicil müdürlüğüne yönel-tilerek açılması gerektiği halde, ilgili tapu sicil müdürlüğüne dilekçe tebliği ile taraf teşkili sağlanmadan hüküm kurulmasının doğru bulunmadığı” gerekçe-siyle HUMK'un 427/6. maddesi uyarınca kanun yararına bozulması istemiyle temyiz edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17/03.1999 tarihli ve 1999/14-165-149 sayılı kararında da belirtildiği gibi, tapu sicilindeki yanlışlıklardan kaynak-lanan davalarda yasal hasım bunları tutmakla görevli ve sorumlu tapu sicil müdürlükleridi. Bu nedenle tapu sicil müdürlüğü hasım gösterilerek dava açıl-ması gerekir.

Somut olayda; dava tapu sicil müdürlüğüne yöneltilmemiş,taraf teşkili sağlanmadan karar verilmiştir. Bu durum yasaya aykırılık teşkil ettiğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının HUMK'un 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin yukarıda açıklanan nedenle kabulü ile hük-mün sonuca etkili olmamak üzere **(BOZULMASINA)** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na **(GÖNDE-RİLMESİNE)** oybirliğiyle karar verildi.

ARAÇ SATIM SÖZLEŞMESİ • ŞEKİL KOŞULU

ÖZET: Resmi şekilde yapılmayan araç satım sözleşmesi geçersizdir.

Y.14.HD E:2012/4134 K:2012/9205 T:05.04.2012

Davacı, trafikte davalı adına kayıtlı aracı 2007 mayıs ayında 11.500 TL. bedelle satın ve teslim aldığını, aracın devrinin verilmediği gibi 03.04.2010 tarihli hacizli yakalama çıkması nedeniyle polis marifetiyle zaptolunduğunu, aracın üzerinde satış tarihinde pek çok takyidatın bulunduğunu, satışın resmi olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğunu bildirerek ödediği satış bedeli 11.500 TL.nin faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece halen araç üzerinde takyidat bulunmaması ve davalının devir için vekaletname vermesi nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının davalı adına trafikte kayıtlı aracı haricen satın ve teslim aldığı, satış tarihinde araç üzerinde bir rehin iki haciz bulunduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Taraflar arasında yapılan satış sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığından 2918 Sayılı Kanun'un 20/d maddesi uyarınca geçersizdir. Geçersiz sözleşmelerde taraflar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre aldıklarını aynı anda iade etmekle yükümlüdür. Davacı aracın hacizli yakalamalı olarak elinden alındığını bildirmiştir. Davacının aracın harici satış bedelini ödediği de ihtilafli değildir. Buna göre aracın halen kimde bulunduğu satıcının borcu için davacı elinden alınıp alınmadığı hususları da araştırılarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle kararın davacı yararına **BOZULMASINA** oy-birliğiyle karar verildi.

ESER SÖZLEŞMESİ • ESERDEKİ GİZLİ AYIP • AÇIK AYIP

ÖZET: Fason imalat üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak, imal edilen kumaşların ayıplı olup olmadığını tespit etmek, ayıplı ise bunun niteliğini bilirkişiye tespit ettirmek, davalının ayıp ihbarını ne zaman yaptığı hususunda dinlenen tanığı tekrar çağırarak dinlemek, kumaşlarda ayıp bulunmakta ise Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince davalının hangi seçenekten yararlanabileceğini keza bilirkişiye inceletmek ve böylelikle oluşacak sonucu uygun hüküm kurmak olmalıdır.

Y.14.HD E:2011/9068 K:2011/11860 T:11.10.2011

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 20.07.2006 gününde verilen dilekçe ile itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 09.02.2010 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içeri-sindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan cari hesap alacağının tahsili için girişilen icra takibine itirazın iptali ve icra inkar tazminatı tahsili istemleriyle açılmıştır.

Davalı, davacıya cari hesap ilişkisi nedeniyle borcu bulunmadığını, kaldı ki teslim edilen eserde ayıplar bulunduğunu, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacıya ayıp ihbarı Türk Ticaret Kanunu'nun 20. ve 25.mad-deleri uyarınca yöntemine uygun yapılmadığından ve ayıp ihbar süresi anlaşıl-madığından bahisle dava kabul edilmiştir.

Hükmü, davalı temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın özünde çözülmesi gereken sorun, dava-cının yapımını üstlendiği fason kumaş boyalarının ayıplı imal edilip edilme-diği, ayıplı imal edilmişse ayıp ihbarının bulunup bulunmadığı ve süresinde yapılıp yapılmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşıl-an (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük ku-

rallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır. Açık ayıp, eserin iş sahibine teslimi anında kolaylıkla görülebilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan söz edebilmek için diğer şartların dışında eserin ayıplı meydana getirilmesi ve bu haliyle iş sahibine teslim edilmesi, eserdeki ayıbın yükleniciden kaynaklanması, iş sahibinin de eserin muayene ederek varsa ayıpları yükleniciye ihbar etmiş olması gerekir. Burada yeri gelmişken belirtmelidir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesindeki ayıp ihbarı ve o maddede öngörülen süreler ticari satımla ilgilidir. Başka bir anlatımla, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama yeri yoktur. Eser sözleşmelerinde ise, meydana getirilen eserde açık ayıp varsa ihbarın Borçlar Kanunu'nun 359. maddesine göre eserin tesliminden sonra işlerin mutat cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yapılması, eser gizli ayıplar taşıyorsa buna ilişkin ihbarın da aynı yasanın 362. maddesine göre ayıpların ortaya çıktığına vakıf olduğunda ihbar edilmesi gerekir. Ayıp ihbarı yazılı yapılabileceği gibi, sözlü de yapılabilir. Sözlü yapılan ayıp ihbarının ise tanık sözleriyle ispat edilmesi olanaklıdır. Önemli olan ihbarın herhangi bir şekilde yapıldığının kanıtlanmasıdır. Ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı halinde, yapıldığının kanıtlanmasıdır. Ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı halinde, alacaklıya tanınan haklar ise Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde gösterilmiştir.

Ayıbın hukuken ne olduğuna ve ayıp ihbarı ile ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, somut olaya gelince;

Davalı iş sahibi, fason boyanan kumaşların ayıplı olduğunu ve bunlar nedeniyle bedel ödenmemesi gerektiğini savunmuş, ayıp ihbarının yapıldığını dinlettiği tanık ifadesiyle kanıtlamıştır. Şayet mahkemece, ayıp ihbarının süresi hakkında duraksama varsa, ihbarın ne zaman yapıldığı konusunda tanığın yeniden çarılarak dinlenmesi ve süresi hakkında bir kanata varılması mümkündür. Ancak burada önemli olan ve öncelikle üzerinde durulması gereken husus, fason imalatta ayıp bulunup bulunmadığının, bulunmakta ise bunun gizli ya da açık ayıp olup olmadığının saptanmasıdır. Bunun içinde kuşkusuz 6100 sayılı HMK'nın 266. maddesi gereğince bilirkişi incelemesi yapılması gerekir.

Bütün bu anlatılanlardan sonra, Fason imalat üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak, imal edilen kumaşların ayıplı olup olmadığını tespit etmek, ayıplı ise bunun niteliğini bilirkişiye tespit ettirmek, davalının ayıp ihbarını ne zaman yaptığı hususunda dinlenen tanığı tekrar çağırarak dinlemek, kumaşlarda ayıp bulunmakta ise Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince davalının hangi seçenekten yararlanabileceğini keza bilirkişiye inceletmek ve böylelikle oluşacak sonuca uygun hüküm kurmak olmalıdır.

Eksik inceleme ve araştırmaya dayalı karar, açıklanan nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde iadesine, 11.10.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUSTA KAYDI OLMAYAN KİŞİ • KİMLİK BİLGİLERİ**TESPİT DAVASI**

ÖZET: Nüfusa kaydedilmeden önce ölmüş veya herhangi bir nedenle nüfusta kaydı bulunmayan kişilerin tapu kaydındaki kimlik bilgilerinin düzeltilmesi mümkün değil ise de bu gibi durumlarda tapu malikinin davacıların murisi ile aynı kişi olduğunun ispatlanması halinde “çoğun içinde az da vardır” kuralı gereğince bir tespit kararı verilmelidir.*

Y.14.HD E:2011/12054 K:2011/13056 T:31.10.2011

Dava, tapu kaydında yanlış yazılı kimlik bilgilerinin düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalı idare vekili temyiz etmiştir.

Tapuda isim düzeltilmesi davalarında amaç, tapu kayıtlarının nüfus kayıtlarına uygun hale getirilmesidir. Bunun için de kaydın düzeltilmesi istenmektedir. Nüfusta kayıtlı olmayan kişiler adına kayıtlı taşınmazların idari yoldan tapu kayıtlarında intikal yaptırılmadığından zorunlu olarak açılan bu tür davalarda düzeltme kararı verilemeyen hallerde tespit kararı verilmesi gerekli ve zorunludur.

Nüfusa kaydedilmeden ölmüş veya herhangi bir nedenle nüfusta kaydı bulunmayan kişilerin tapu kaydındaki kimlik bilgilerinin düzeltilmesi mümkün değil ise de bu gibi durumlarda tapu malikinin davacıların murisi ile aynı kişi olduğunun ispatlanması halinde “çoğun içerisinde az da vardır.” Kuralı gereğince bu yönde bir “tespit kararı” verilmelidir.

* Gönderen: Av. Vasfi Kırgız

Somut olayda; tapuda malik görünen “Ligor oğlu Yasif in” yapılan tüm araştırmalara rağmen nufusta kaydı bulunamamıştır. Tapu kaydında düzeltme yapılabilmesi için malikin nüfusa kayıtlı olması gerekir. Muris “Ligor oğlu Yasif in” nüfusta kaydı bulunmadığına göre adının ve baba adının düzeltilmesi ve soyisminin eklenmesi doğru değildir. Mahkemece, tapu maliki hakkında yapılan inceleme ve araştırmada malikin, davacının murisi olduğu sonucuna varıldığından tespit hükmü kurmakla yetinilmesi gerekirken ayrıca düzeltme hükmü kurulması doğru değil ise de, bu husus bozmayı ve yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK'un 438/VII. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda yazılı nedenlerle hüküm fıkrasının 1.bendini üçüncü ve dördüncü satırlarında yazılı “tapudaki ½ pay sahibi Ligor oğlu Yasir'in adının Giregor oğlu Yosif Zahari olarak **DÜZELTİLMESİNE**” cümlesi çıkartılarak hükmün bu şekilde HUMK'un 438/VII maddesi uyarınca **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, 31.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TAPU KAYDINDAKİ YANLIşLIğIN DÜZELTİLMESİ



DAVADA GÖREV

ÖZET: Tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerini düzeltilmesi amacıyla açılan davalar çekişmesiz yargı işi olup, bu davalara Sulh Hukuk Mahkemeleri'nde bakılması gerekir.

Bu tür davalarda Tapu Sicil Müdürlüğu yasal hasım olup, aslında taraf değil ilgilidir. Bu nedenle taraflar arasında gerçek bir çekişmenin varlığından söz edilemez.

Y.14.HD E:2012/2846 K:2012/3570 T:12.3.2012

Davacılar vekili, 17 sayılı parselde murisin tapuda...olarak yazılı isminin nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesini istemiştir.

Mahkemece,tensip ile birlikte HMK'nın 382. maddesinde gösterilen hasımsız işlerden olmadığı gerekçesi ile mahkemenin görevsizliğine,asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Hükmü,davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava,tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi isteğine ilişkindir.

Bu tür davalarda Tapu Sicil Tüzüğü'nün 25. maddesinde belirtilen ve kütükte bulunması zorunlu olan kimlik bilgilerinden tapu malikinin adı ile soyadı, baba adındaki yanlışlıkların düzeltilmesi istenebilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/1. maddesinde; "Çekişmesiz yargı, hukukun mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır." hükmüne yer verilmiş; bu ölçütler ise ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ve hakim in re'sen harekete geçtiği haller olarak ifade edilmiştir.

Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından yasa maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargının ölçütlerini taşıyan diğer işlerin de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir.

Tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarında, davacı taraf tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun hale getirilmesini talep etmekte olup bu tür davalarda hasım gösterilen Tapu Sicil Müdürlüğü ile aralarında bir uyuşmazlık yoktur. Tapu Sicil Müdürlüğü davada sadece yasal hasım olarak yer almaktadır. Gerçekte davada taraf değil, sadece ilgilidir. İlgililerin uzlaşması halinde çekişmenin ortadan kalktığından söz edilemez veya bu davalarda ilgili tarafın davayı kabulü sonuç doğurmaz. Taraflar arasında bu anlamda gerçek bir çekişmenin varlığı söz konusu değildir.

Davacıların yukarıda belirtildiği gibi davada tapu kayıtlarının malik hanesindeki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun biçimde düzeltilmesi dışında ileri sürebilecekleri herhangi bir hakları da bulunmamaktadır.

Yine bu tür davalarda, kimlik bilgilerinde düzeltme yapılması istenen tapu maliki ile ilgili araştırmada mülkiyet nakline neden olunmaması için, taraf delilleri dışında gerekli görülen hususlarda re'sen araştırma yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu davaların sonucunda verilen kararlar kesin hüküm sayılmamaktadır. Kararın haksız veya hatalı görülmesi halinde ileri sürülen delillere göre yeniden düzeltme talebinde bulunulabilmesi, hükmün değiştirilebilmesi mümkündür. Bunların yanında, uygulamada davanın kabulüne karar verilmesi halinde dahi yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmakta, Tapu Sicil Müdürlüğü yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmamaktadır.

Bütün bu değerlendirmelere göre; tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davaları da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382.

maddenin 2-ç/1 fıkrasında “ Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması” çekişmesiz yargı işi sayılmış olup,niteliği itibariyle tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarından başka bu tarife uyacak bir dava türü de bulunmamaktadır.

Halen yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre de, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemelerdir. Bu itibarla, çekişmesiz yargı işi olan tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarına sulh hukuk mahkemelerince bakılması gerekir.

Anılan Yasa'nın 114/1-c ve 115. maddeleri gereğince, görev dava şartlarından olup mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılmalıdır. Bu tür davaların asliye hukuk mahkemesinde görülmesi mümkün olmadığından, mahkemece davanın esastan sonuçlandırılması gerekir. Bu sebeple sulh hukuk mahkemesince verilen görevsizlik kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz isteminin kabulü ile hükmün **(BOZULMASINA)**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırırlara iadesine,oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

TİCARETİ USULÜNE AYKIRI TERK ETMEK

ÖZET: İİK'in 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan eylem, yalnızca ticareti terk keyfiyetinin ticaret sicili memurluğuna bildirilmemesi değil, bununla birlikte İİK'nin 44. maddesine uygun olarak bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerinin bulunduğu bir mal beyanında bulunulmamasıdır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde sayılan ticaret şirketlerinde ticaretin terki söz konusu olmayıp, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesi ile getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik olduğu yukarıda sayılan ticaret şirketlerini kapsamadığı, eş anlatımla ticaret şirketlerinin müdür veya yetkililerinin İcra ve İflas Kanunu'nun 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan ticareti terk suçunu işlemeleri yasal olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca sanıkların beraatleri yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi isabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün kısmen istem gibi BOZULMASINA, 17.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Y.16.HD E:2010/3041 K:2011/5927 T:17.10.2011

İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesinin 1. fıkrasında "Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicil memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır." Hükmü ile ticareti terk eden tacirin yapması gereken yükümlülüğü belirlenmiş, aynı Yasa'nın 337/a maddesinin birinci fıkrasında ise 44. maddedeki yükümlülüğe aykırı davranılması da, "Ticareti terk edenlerin cezası" başlığı altında "44. maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

lr. Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez.” Şeklinde düzenleme ile yaptırıma bağlanmıştır. Maddeden anlaşılacağı üzere ticareti terk suçunun oluşabilmesi için ticareti terk eden tacirin bu durumu onbeş gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret sicil memurluğuna bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaması gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesindeki mükellefiyet münhasıran tacirler için öngörülmüş olup, ticaret sicil memurluğuna kayıtlı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin tacir oldukları hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, ticaret şirketlerinin ticareti terk edip edemeyeceklerine eş anlamıyla ticareti terk etmesi durumunda şirket yetkilisi / müdürünün İİK'in 44. maddesindeki keyfiyeti kayıtlı olduğu ticaret sicili memurluğuna bildirme ve mal beyanında bulunma yükümlülüğü bulunup bulunmadığına yöneliktir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde ticaret şirketlerinin nev`ilerinin, kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibaret olduğu belirtilmiştir. Yukarıda sayılan ticaret şirketleri yönünden Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme incelendiğinde, bunlar için “ticareti terk” değil, bunun yerine infisah ve tasfiyelerinin öngörüldüğü, diğer bir anlamıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde sayılan şirketlerde ticareti terk değil, ortaklık ilişkisinin sona erdirildiği kabul edilmektedir.

Anılan şirketlerin her biri için infisah ve tasfiye yolu ayrı ayrı gösterilmiştir. “İnfisah” ortaklıklar hukukunda iki manada kullanılmaktadır. Geniş manada; irade etmektedir. TTK'nın 439. maddesinde infisah eden şirketin tasfiyeye gireceği hükme bağlanmıştır. Tasfiye sürecinde ticaret şirketinin alacak ve borçları belirlenir, alacakları tahsil edilip, borçları ödendikten sonra varsa kalan mevcudu esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, pay sahipleri arasında ödedikleri sermaye ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları nispetinde dağıtılır, tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret ünvanının sicilden terkin tasfiye memurları tarafından sicil memurluğundan talep olunur. İş bu talep üzerine terkin keyfiyeti tescil ve ilan olunmakla ticaret şirketinin tüzel kişiliği sona ermiş olur. Terkin işlemi için tasfiye bilançosu ile birlikte başvurulduğundan ve zaten tasfiye sonucu ticaret şirketinin herhangi bir mal varlığı da kalmadığından tasfiye memurunun ya da şirket yetkilisinin İİK'in 44. maddesine göre mal beyanında da bulunması söz konusu olmayacaktır. Terkin işleminden sonra ticaret şirketinden alacağı bulunduğu iddia eden bir alacaklı bu alacağını ancak terkin edilen ticaret şirketini yasaya göre ihyasını sağlamak suretiyle tahsil edebilecektir.

Ticaret şirketlerinin vergi hukuku açısından mükellefiyetinin sona erdirilmesi de, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yapılması gereken işlemlere göre getirilen tasfiye ve iflasın sona erdiğinin tescil ve ilanına bağlıdır. Başka bir anlatımla, ticaret şirketinin işi bırakması ancak tüzel kişiliğinin ortadan

kaldırılması ile mümkündür. Bu nedenle tüzel kişiliği sona erdiğinin tescil ve ilanına bağlıdır. Başka bir anlatımla, ticaret şirketinin işi bırakması ancak tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılması ile mümkündür. Bu nedenle tüzel kişiliği sona erdirilmemiş bir ticaret şirketinin ticari işletmeyi kapattığından, dağıttığından (terk ettiği) söz edilemeyecektir. Nitekim Danıştay 4. Dairesi'nin 2004/602-2021 sayılı kararında da tüzel kişiliği sona erdirilmemiş şirketin mükellefiyetinin sona erdirilemeyeceği belirtilmiştir.

Öte yandan, İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesinin ikinci fıkrası, mal beyanının ticaret sicili gazetesinde ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabileceğini içermektedir. Buradaki tacirden maksat, gerçek kişi olan tacirlerdir. Yani tüzel kişi tacirler (ticaret şirketleri) hakkında 44. maddenin 2. fıkrasının uygulama kabiliyeti yoktur. Ticaret şirketleri, ticareti terk edince tasfiyeye gireceklerinden ve tasfiye sonunda şirketin ticaret sicilindeki kaydının silinmesinden sonra tüzel kişiliği son bulacağından, artık, ticaret şirketlerini sicilden silindikten sonra iflas yolu ile takip etmeye imkan yoktur. Esasen, ticaret şirketleri bakımından buna lüzum da yoktur. Zira, tasfiyede şirketin bütün malları tasfiye edilmiştir. (Prof.Dr. Baki Kuru, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XXVII, 1970, Sayı 1-2) Bu açıklama ile İİK'in 44. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, ticareti terk suçunun gerçek kişi tacirler içingeçerli olduğunun, ticaret şirketleri yönünden geçerliliği bulunmadığının net olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar İİK'in 44. maddesinin gerekçesinde, ticareti terk eden kötü niyetli boçluların işyerlerini terk ederek ve ellerindeki mallarını başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğratmaları nedeniyle İİK'in 337/a maddesindeki yaptırım düzenlendiği belirtilmekte ise de, ticaret şirketleri yönünden ticareti terk değil ortaklık ilişkisinin sona erdirilebileceğinden, buradaki borçlu ifadesiyle gerçek kişi tacirin kastedildiğinin kabulü zorunludur. Kaldı ki, Kanunun 345. maddesi uyarınca sorumlu tutulması gereken ticaret şirketlerinin müdür/yetkilileri tarafından alacaklıları zarara uğratmaya yönelik eylemlerinin cezasız bırakılmadığı, nitekim Kanun'un 331,333/a, 345/a maddelerinde gerekli yaptırımlar düzenlendiği gibi, unsurları bulunduğu takdirde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müeyyideye bağlanan hileli iflas veya dolandırıcılık suçlarından da cezalandırılabilmeleri mümkün olduğundan, diğer bir deyişle ticaret şirketlerinin müdür/yetkililerinin alacaklıyı zarara uğratan bu tür davranışlarının yaptırımsız kaldığından söz edilemeyecektir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İİK'in 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan eylem, yalnızca ticareti terk keyfiyetinin ticaret sicili memurluğuna bildirilmemesi değil, bununla birlikte İİK'in 44. maddesine uygun olarak bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerinin bulunduğu bir mal beyanında bulunulmamasıdır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 136.

maddesinde sayılan ticaret şirketlerinde ticaretin terki söz konusu olmayıp, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesi ile getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi taccirlere yönelik olduğu yukarıda sayılan ticaret şirketlerini kapsamadığı, eş anlamıyla ticaret şirketlerinin müdür veya yetkililerinin İcra ve İflas Kanunu'nun 337/a maddesinde yaptırma bağlanan ticareti terk suçunu işlemeleri yasal olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca sanıkların beraatleri yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi isabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün kısmen istem gibi **BOZULMASINA**, 17.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

SİGORTA POLİÇESİ TARİHİ • RİZİKONUN ÖNCEDEN OLUŞMASI

ÖZET: Riziko, poliçenin düzenlenme tarihinden önce gerçekleşmişse sigorta sözleşmesi geçersizdir.*

Y.17.HD E:2011/5648 K:2012/810 T:31.01.2012

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda verilen hükmün duruşmalı olarak temyizden tetkiki davalı vekilince istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen 31.01.2012 Salı günü davacı S. Mad. Dem. Çel.İnş.Tem. San. Tic. Ltd. Şti. vekili geldiler. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar vekilleri dinledikten sonra dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın davalı şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, aracın meydana gelen kazada ağır hasar gördüğünü, hasar bedelinin sigortalıya ödenmediğini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 45.000 TL. tazminatın dava tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, poliçenin kaza tarihinden sonra düzenlendiğini, poliçenin hükümsüz olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kabulü ile; 45.000 TL. tazminatın dava tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm, davalı vekili tarafınadn temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Taraflar arasında düzenlenmiş poliçe 17.12.2009 tarihinde düzenlenmiş, poliçenin 01.12.2009-01.12.2010 tarihlerini kapsadığı belirtilmiş, poliçe prim peşinatı ise poliçede 16.01.2010 tarihinde ödeneceği belirlenmiş olmasına rağmen 17.12.2009 tanzim tarihinde ödenmiştir. Dava konusu riziko ise kaza tespit tutanağına göre 10.12.2009 tarihinde meydana gelmiştir. Davalı sigorta şirketi poliçenin riziko meydana geldikten sonra düzenlendiğini savunmuştur.

TTK'nın 1279. maddesine göre, sigorta sözleşmesinin yapıldığı sırada sigorta ettiren kimse, rizikonun gerçekleşmiş olduğunu bilmekte ise sigorta söz-

* Gönderen: Av. Turan Taşkiran

leşmesi hükümsüzdür. Somut olayda sigorta sözleşmesi kazadan 7 gün sonra düzenlenmiş olup, rizikodan sonra düzenlenen poliçe dava konusu riziko açısından hükümsüz olup, teminatın daha önceki bir tarihten başlatılmış olması da sonucu değiştirmez. Açıklanan nedenlerle mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, 900.00 TL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalıya verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 31.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİ • ESKİ HALE GETİRME

ÖZET: Ana taşınmazdaki, ortak yerlerde yapılan projeye aykırı eylemler hakkında eski hale getirme kararı verilmelidir.*

Y.18.HD E:2011/11939 K:2012/815 T:31.01.2012

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalının anataşınmazda ortak yer bahçe ve merdiven altına el attığını, mimari projeye aykırı olarak değişiklikler yaptığını ileri sürerek projesine uygun eski hale getirilmesini, yapılan tesislerin yıkılmasını istemiş, mahkemece mimari projeye aykırılık veprojeyle aykırı elatma durumunun söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kat maliklerinden biri bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anataşınmazın ortak yerlerinde onarım, tesis ve değişiklik yaptıramaz. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, özellikle yerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporundan onaylı mimari projede pencere olarak gösterilen yerin kapıya dönüştürüldüğü ve birinci bodrum katın merdiven altına isabet eden kısımda davalıya ait eşyaların bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınarak toplanan delillere göre davanın kabulüne, kapıya dönüştürülen pencerenin projeye uygun eski hale getirilmesine ve merdiven altına vaki elatmanın önlenmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 31.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. İsmail Çelik

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞARTLARI • İHTİRAZİ KAYIT

ÖZET: İkale sözleşmesinin şartları gerçekleşmiş ise, sözleşme altına yasal hakların saklı tutulduğu şekilde yazılan ihtirazi kayıt ikale sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.*

Y.22.HD E:2011/1351 K:2011/3574 T:28.10.2011

Davacı, elektrik elektronik mühendisi olup davalı işverene verdiği 22.12.2009 tarihli dilekçesinde özel nedenlerinden dolayı iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile sona erdirilmesini talep etmiş, talebi işverence kabul edilerek iş sözleşmesi tarafların anlaşmasına dayalı olarak ihbar ve kıdem tazminatına ilaveten ek ödemede yapılmak sureti ile sona erdirilmiş ve 23.12.2009 tarihli ibraname ile de işvereni ibra etmiştir. Davacının işe iade isteği mahkemece davacının talep dilekçesi ve ibraname altına düştüğü yasal haklarının saklı tutulduğuna yönelik ihtirazi kayıt beyanı sözleşmenin sonlandırılmasına yönelik anlaşmadan kaynaklanan akçalı hakların korunmasına yönelik olup anlaşmayı hükümden düşürecek nitelikte değildir. İhtirazi kayıt beyanı dışında ikale sözleşmesinin geçerli olmadığı hakkında başlıca delil sunulmadığına göre davanın reddine karar verilmesi gerekir iken ilamda yazılı gerekçelerle kabulü yerinde bulunmamış ve hükmün bozulması gerekmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM, Yukarıda anılan nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın **REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30.00 TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 1.100.00 TL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 28.10.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

* Gönderen: Kazım Güzelgün Kadıköy I. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

İNSAN ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS



HAREKETE SON VERME

ÖZET: Yaralayıcı hareketlere kendileri son vermeyen kişilerin eylemleri öldürmeye teşebbüs suçuna girer.

Y.1.CD E: 2009/6476 K: 2010/108 T:19.01.2010

M.U'yu kasten öldürmeye teşebbüsten sanıklar Ü.A., V.K. ile C.K.'nin yapılan yargılanmaları sonunda, Ü. ve V.'nin hükümlülüklerine, C.K'un beraatine ilişkin BAKIRKÖY 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 15.01.2009 gün ve 173/6 sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar Ü. ve V. müdafii ile müdahil vekili taraflarından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle, incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

1- Gerekçeli karar başlığında sanık V.'nin tutuklama tarihinin 13.10.2007 yerine 03.11.2007 olarak yazılması mahallinde tamamlanabilir eksiklik olarak kabul edilmiştir.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar Ü. ve V.'nin suçlarının sübutu kabul, cezayı azaltıcı takdiri indirim sebeplerinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık Ü. müdafininin meşru savunma haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine, sanık V. müdafininin sübuta yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

ANCAK,

Dosya kapsamına göre, sanıkların eğlenmek amacıyla gittikleri barda fotoğrafçılık yapan mağdur M.'dan fotoğraflarını çekmesini istedikleri, M.'nin fotoğrafları çekip tabettirdikten sonra sanıklara getirdiği, sanıkların mağdura eksik ücret vermeleri üzerine tartışma çıktığı, bar görevlisi C.'in araya girmeyle mağdurun fotoğrafları alıp barı terk ettiği, sanıkların bir süre daha oturduktan sonra C.'e mağduru nerede bulabileceklerini sordukları, hep birlikte mağduru aramaya başladıkları, C. mağduru fark etmesi üzerine V. ve Ü. "işte orada" diyerek mağduru gösterdiği, V'nin mağduru yakalayarak ellerini tuttuğu, Ü'in mağduru bıçaklayarak, sol el üçüncü parmak, sağ üst kol ve hayati

önemi haiz sağ göğüs bölgesinden yaraladığı, göğse giren darbenin akciğeri kaplayan ve göğsü çevreleyen zar arasında sıvı birikintisine, akciğerdeki hava keselerinin büzülmesine ve hayati tehlikeye neden olduğu, mağdurun kaçıp bara sığındığı, sanıkların içeri girerek mağdura ulaşmalarını ve eylemlerini sürdürmelerine bar görevlilerinin engel olduğu olayda,

a- Sanıklar Ü. ve V'nin eylem üzerinde doğrudan hakimiyet kurarak, mağduru Adli Tıp raporunda yazılı şekilde yaraladıkları engel hal nedeni ile eylemlerini tamamlayamadıkları dikkate alındığında kasıtlarının öldürmeye yönelik olduğu anlaşıldığı halde, ayrı ayrı öldürmeye teşebbüs suçundan TCK'nın 37/1, 81/1, 35. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılığa düşülerek, yazılı biçimde hükümler kurulması,

b- Sanık C. diğer sanıklarla birlikte hareket ederek mağduru aradığı, mağdurun bulunduğu yeri gösterdiği, olay sonrasında da yine diğer sanıklarla birlikte mağduru kovalayarak diğer sanıklara destek verdiği anlaşılmalı, "öldürmeye teşebbüs suçuna yardım" suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, delillerin yanlış değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu sebeple yerinde görüldüğünden, hükümlerin kısmen tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, ceza miktarı, tutuklulukta geçirilen süre ve bozma nedenine göre sanık Ü. müdafinin tahliye talebinin reddine, 19.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

TAKSİRLE İNSAN ÖLDÜRME



CEZANIN ÜST SINIRDAN TAYİNİ

ÖZET: Gerekli donanımları olmadan araç kullanmak suretiyle ölüme sebebiyet vermek üst sınırdan ceza tayinini gerektirir.

Y.1.CD E:2009/4979 K:2010/2250 T:12.04.2010

Bilinçli taksirle R.B.'in ölümüne sebebiyet vermektan sanık E.Ö.'in yapılan yargılanması sonunda: Hükümlülüğüne ilişkin Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 12.11.2008 gün ve 407/352 sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık müdafii ile müdahil vekili taraflarından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle, incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluŖa ve kovuŖturma sonuçlarına uygun Ŗekilde suç niteliği tayin cezayı azaltıcı takdiri indirim sebebinin niteliği takdir kılınmıŖ, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiŖ, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedeni dıŖında isabetsizlik grlmemiŖ olduğundan, sanık müdafinin bir nedene dayanmayan katılan vekilinin suç niteliğine eksik incelemeye, tanık ve sanık beyanlarının çeliŖkili olduğuna yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

ANCAK,

Sanığın, bakımı yapılması için kendisine bırakılan tekne ile yanına arkadaŖı olan leni ve tanıkları alarak sahilinden 150-200 metre kadar açıldığı, burada denize girdikleri, ölenin belden aŖađısı denizin içinde olmak üzere teknenin merdivenlerine tutunduğu sırada sanığın, ani bir hareketle motoru alıŖtırarak tekneyi hareket ettirmesi üzerine meydana gelen basıncın etkisiyle ölenin teknenin altında kalarak sağ bacağıının diz altından olmak üzere koptuğu ve bilahare tedavi gördüğü hastanede genel beden travmasına bağlı sağ alt ekstremite diz altı otoamputasyonu ve kot kırıkları ile müterafik iç organ yaralanmasına bağlı i kanama ve büyük damar yaralanmasına bağlı dıŖ kanama ile bunlara bağlı geliŖen komplikasyonlar sonucu öldüğü olayda; sanığın, 261 promil alkollü olarak amatör yat kaptanlığı belgesi olmadan tekneyi kullanması, suçun iŖleniŖ Ŗekli ve sanığın taksire dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak taksire ölüme neden olma suçunda üst sınırdan ceza tayini yerine yazılı Ŗekilde hüküm kurularak eksik ceza tayini,

Bozmayı gerektirmiŖ, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki dŖnce gibi **BOZULMASINA**, 12.04.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU • ZİMMET

ÖZET: Görevi nedeniyle almadığı ücreti üzerinde tutan serbest muhasebecinin zimmet suçunu işlediği düşünülemez.*

Y.4.CD E:2009/22065 K:2011/22880 T:30.01.2011

Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

ANCAK,

Meslek odasına kayıtlı olarak faaliyet gösteren serbest muhasebeci sanığın, yakınanın müdürü olduğu şirketin tasfiye işlemlerini yapmak için herhangi bir yazılı sözleşme imzalanmadan anlaştığı yakınandan farklı tarihlerde şirketin ilgili kurumlara olan borcunu ödemek amacıyla para aldığı, paranın bir kısmını talimata uygun olarak kullanmasına karşın bir kısmını üzerinde tuttuğu ve tasfiyeyi gerçekleştirmediği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda sanığın şirketin tasfiyesiyle ilgili olarak yapması gereken ve yaptığı işlerin neler olduğu ve yakınandan tasfiye işlerinde kullanılmak üzere aldığı paranın kendisinde kalan kısmını ne yaptığına gerektiğinde uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak araştırılması ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre;

a- Sanığın, tasfiye işlemleri nedeniyle yapılması gereken tüm işlemleri mesleğinin ve şirketle yaptığı anlaşmanın gereklerine uygun olarak yerine getirdiği ve savunmasındaki gibi kendisinde kalan para üzerinde kullanım amacı dışında tasarrufta bulunmadığı saptanın ise beraatine karar verilmesi,

b- Sanığın (a) bendinde belirtilen biçimde davranmadığı ve eylemin suç oluşturduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde ise sanığın 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası'nın 33. maddesine dayanarak Türmob Genel Kurulu'nda alınan 26.10.1996 tarih ve 1996/1 sayılı mecburi meslek kararlarına ilişkin genelde belirtilen yasağa uymadan vergi dairesi, SSK ve benzeri kurumlara öde-

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Baro Başkanı

me yapmak üzere aldığı para, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya gözetimiyle yükümlü olduğu mal olarak değerlendirilemeyeceğinden zimmet suçunun unsurlarının oluşmayacağı ancak mesleki hizmet ilişkisine dayalı olarak sözü edilen paranın alınmasının TCY'nın 155/2. maddesindeki suçu oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması,

Yasaya aykırı ve katılan OK'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden **HÜKMÜN BOZULMASINA**, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 30/11/2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ

ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK

ÖZET: Belge üzerinde yapılan değişikliklerden emin olmak için konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınmalıdır.

Y.11.CD E:2010/10311 K:2012/3587 T:15.03.2012

Katılan ile akraba olan sanığın, katılana ait limon bahçesindeki ürünleri satın alarak karşılığında 3000 TL.'yi nakit olarak verdiği, ayrıca suça konu 04.03.2005 tarihinde toplayacağı limonlara karşılık 2000 TL. tutarındaki tediye makbuzu karşılığı parayı vererek, katılana imzalatıldığı ancak sanığın daha sonra 2000 TL. tutarındaki tediye makbuzunun üzerinde oynama yapıp, 102.000 TL. ye dönüştürerek makbuzun altına sonradan 04.04.2005 tarihine kadar yatak limon bedeli olarak verilmiş olan mal teslim edilmezse bedeli iade edilecektir şerhini ekleyerek, bu makbuzu Mersin 6. İcra Müdürlüğü'nün 2005/2541 esas sayılı dosyası ile takibe koyduğu iddiasıyla özel belgede sahtecilik suçundan açılan kamu davasında sanığın suçu inkar etmesi ve hazırlık aşamasında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nca Adana Kriminal Polis Laboratuvarı'ndan alınan 15.08.2006 tarihli raporda "İncelemeye konu Tediye Makbuzu'nun yazıyla ve rakamla değer gösteren hanelerinde mikroskobik ve Infrared Spektrum incelemeleri sonucunda; en başta belirtilenler gibi kesin belirleyici bulguların, (kalem kalibresi, kalem mürekkebi, fulaj izi farkları gibi) tespiti mümkün olmamıştır." Şeklinde bilimsel görüş bildirilmesine karşın, hükme esas alınan Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/48 Esas sayılı dosyası için Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nce düzenlenen 10.12.2007 günlü raporda da "inceleme konusu senette miktarın rakamla belirtildiği bölümdeki "102.000.000.000" rakamlarının baş tarafındaki "10" rakamları ve miktarın yazıyla belirtildiği bölümdeki "yüz iki milyar" yazılarının baş tarafındaki "yüz" yazılarının kendilerinden sonra gelen rakamlardan; ebat, konum,

satır hizası, mürekkep renk tonu, kalem ucu kalibresi ve baskı derecesi bakımından farklılıklar gösterdiği saptandığından, söz konusu “10” rakamları ve “Yüz” yazılarının buldukları yere farklı fiziki evsafa bir kalemle sonradan eklenmiş olduğu” yönünde görüş belirtilmesi karşısında; gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde açığa çıkartılması ve anılan raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla, grafoloji ve sahtecilik alanında uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile yeni bir rapor aldırılmadan, eksik soruşturma ile mahkumiyete hükmolunması, yasaya aykırı, sanık müdafileri ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca istem gibi **BOZULMASINA**, 15.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

CİNSEL SALDIRI SUÇU

ÖZET: Fiile ruhsal yönden karşı koyamayan mağdureye karşı işlenen suçta, beraat verilemez.

Y.14.CD E:2011/589 K:2011/4624 T:06.12.2011

Irza geçmek suçundan sanık FG'nin yapılan yargılaması sununda; atılı suçtan beraatine dair Mersin 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 27.12.2005 gün ve 2005/16 Esas, 2005/468 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelemeye gereği düşünüldü:

Sanığın savunması, mağdurenin anlatımları, tanık NB'nin beyanı, mahkemenin 07.10.2005 tarihli duruşmadaki gözlemi ve tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin kronik şizofreni hastası olup İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 23.11.2011 tarihli raporundan suç tarihinde olayın ahlaki redactini idrak edip fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmadığı, 2003 yılından itibaren mağdurenin kapı komşusu olan sanığın da mağduredeki bu akıl hastalığını bilerek eylimini gerçekleştirdiği anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'un 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 06.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA - I

T.C. İSTANBUL 1. TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Davalı şirketçe “Her yöne sınırsız Tarife” kapsamına alınan tüketicinin, reklam ve ilanlarda belirtilen sabit ücret aşılarak borçlandırılması doğru olmamıştır.

Satıcı şirketin reklam ve ilanla sağladığı sabit ücrete ilişkin taahhüdü karşısında tüketicinin kötüniyetli olmasının önemi bulunmamaktadır.*

E: 2009/307 K:2010/354 T:22.06.2010

Taraflar arasındaki iş bu davanın mahkememizde yapılan açık yargılaması sonunda:

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Dava dilekçesinde, 20/02/2009 Tarihinde 0507 218 .. numaralı telefon hattı ile dava şirkete “Her Yöne Sınırsız Tarifeli” hattına abone olduğunu, aylık abonelik ücretinin 66.70 TL. olduğu belirtilmiş olmasına ve ayrıca reklam ve ilanların da da taahhüt edilmiş olmasına rağmen davalı şirketçe bu taahhütlere aykırı olarak, telefon hattından fazla görüşme yapıldığından bahisle 7576.91 TL.lik fatura gönderildiğini, şirketi telefonla arayıp durumu sorduğunda 10000 dakikalık limitin aşılmış olduğunu söylediklerini, oysa davalının ilanlarında böyle bir limit konulmamış olduğunu, tüketici olarak kendisinin yanıldığını davalı şirketin taahhütlerine uygun hareket etmediğini öne sürerek faturanın 66.70 TL.den fazla kısmının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirket reklamlarının yanıltıcı nitelikte olmadığını, davacı iddialarının haksız olduğunu, her yöne sınırsız tarifenin esasen 10000 dakika ile sınırlı olduğunu, davacının 10000 dakika sınırını aşması nedeniyle fazla yapılan görüşmelerin ücretlendirildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosyaya sunulan delillere göre davacının her yöne sınırsız tarifesine abone olduğu tartışmasızdır. Davacı tarafından sunulan o tarihe ait reklam ve ilamlardan anlaşıldığı üzere davalı şirketin her yöne sınırsız tarifesinin aylık ücretinin 66.70 TL. olarak ilan ettiği kampanyanın isminden anlaşıldığı üzere o tarih itibariyle herhangi bir üst limit konulmadığı açıkça görülmektedir. Davacı tüketicinin bir kampanya kapsamında abone olarak telefonu ile sürekli görüşmeler yaptığı görülmektedir. Bir aylık sürenin büyük bölümü telefonla görüşme yapılarak geçirilmiştir. Her ne kadar tüketicinin bu kampanyayı kö-

* Gönderen: Av. İsmail Petek

tüye kullandığı anlaşılmakta ise de, her şeyden önce davalı şirketin bir kampanya başlatmış ve bununla ilgili reklam ve ilanlar yapmış ise bu taahhütlerini yerine getirmesi gerekir. Satıcı şirketin açık taahhütleri karşısında tüketicinin kötüniyetli hareket etmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira davalı şirketin reklam ve ilanları tüketiciye bu hattı sınırsız şekilde kullanma olanağı sağlamıştır. Bu durum karşısında tüketicinin talebi haklı olup, davacıya gönderilen 10.06.2009 son ödeme tarihli 7576.91 TL.lik faturanın 66.70 TL.den fazla kısmının iptaline karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davanın **KABULÜNE**, davacı tüketicinin davalı şirketçe “Her Yöne Sınırsız Tarifesi” kapsamına alınmasına rağmen, reklam ve ilanlarında belirtilen 66.70 TL.den daha fazla fatura gönderildiği anlaşılmakla; 10.06.2009 son ödeme tarihli 7576.91 TL.lik faturanın 66.70 TL.den fazla kısmının **İPTALİNE**,

2- Harçlar kanunu gereğince alınması gerekli 446.10 TL. karar harcının davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına,

3- Davacının yaptığı tebliğat ve dosya gideri 9.60 TL.nin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davacıdan tahsil edilen ancak harcanmayan 350 TL.bilirkişi ücretinin talebi halinde iadesine,

4- Av. Asg. Ücrt.Trf. Gereğince hesap ve taktir olunan 901.22 TL. nispi vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

Taraf vekillerinin yüzlerine karşı, gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2011/11832 K:2011/14236 T: 11.10.2011

O.K. vekili ile A. İletişim Hiz. A.Ş. vekili aralarındaki dava hakkında İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi'nden verilen 22.06.2010 tarih ve 307-354 sayılı hükmün Dairenin 23.03.2011 tarih ve 15012-4321 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiştir. Süresi içinde davalı avukatınca kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

14.07.2004 günlü ve 5219 Sayılı Yasa ile HUMK'un 440/III-1. maddesindeki karar düzeltme ile ilgili parasal sınır 6.000.000.000 TL. ye 5236 Sayılı Yasa'nın 19. maddesi uyarınca 1.1.2011 tarihinden itibaren 9.350.00 TL. ye çıkarılmıştır. Anılan yasalarda derdest davalar yönünden ne şekilde uygulan-

cağı yönünde açık bir uygulama hükmü bulunmamakta ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.02.2005 gün ve esas 2005/13-32 karar 2005/85 sayılı kararı uyarınca yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay Daireleri tarafından verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi durumunda karar yürürlükte bulunan kanun hükmünün esas alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda 1.1.2011 tarihinden sonra verilen ve 9.350.00 YTL. Den az olan hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararları hakkında karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Mahkemece davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verilen fatura miktarı 9.350.00 YTL.den az olduğundan Dairemizin 23.03.2011 günlü kararına yönelik davalının karar düzeltme dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle karar düzeltme dilekçesinin **REDDİNE**, peşin alınan 38.20 TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 11.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA - II

EVLAT EDİNME • ANA BABANIN RIZASI

ÖZET: Evlat edinmede kural ana babanın rızasının bulunmasıdır. Ancak bazı hallerde rıza aranmaz. Tıpkı özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumlarında olduğu gibi...

Y.HGK. E:2012/2-302 K:2012/287 T:11.04.2012

Dava; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 306. maddesine dayalı, koruyucu aile olan evli çiftin, küçüğü birlikte evlat edinmesi istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; müvekkillerinin bebeği 13.01.2004 tarihinde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ile aralarında imzalanan Evlat Edinme Öncesi Bakım Sözleşmesi ile evlat edinmek üzere himayelerine aldıklarını; küçüğün annesi tarafından sokağa bırakıldığını ve polisler tarafından koruma altına alındığını; henüz bir aylık bebekken müvekkilleri tarafından koruyucu aile olarak aldıkları çocuğa büyük bir itina ile bakıldığını; müvekkillerinin yasal süreyi doldurup nüfuslarına geçirmeyi beklerken, davalının anneliğinin tespiti davası açtığını; o davada davalının, küçüğün annesi olduğunun tespitine karar verilip kararın kesinleştiğini; küçüğün kurum tarafından kendilerine teslim edildiği tarihten bu yana yanlarında olduğunu; müvekkillerine annesini baba dediğini, aralarında güçlü ve duygusal bir bağ oluştuğunu, evlat edinmenin küçüğün yararına olduğunu, TMK'nın 311. maddesinin 2. fıkrasına göre gerçek anne babası tarafından küçüğe karşı özen yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, annenin evlat edinmede rızasının aranmamasına ve müvekkilleri tarafından evlat edinilmesine karar verilmesini, talep ve dava etmiştir.

Mahkemece; küçüğün davacılar tarafından bir yıldan fazla bakıldığı ve 13.01.2004 tarihli bakım sözleşmesine göre dava tarihi itibarıyla TMK'nın 305.maddesinde öngörülen bir yıllık sürenin dolduğu, davalı annenin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu nedenle karşı koymasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, ayrıca küçüğün neredeyse doğduğu tarihe çok yakın bir tarih olan 13.01.2004 tarihinde bakım sözleşmesi ile davacılar teslim edildiği tarihten itibaren davacılar ile bir aile halinde yaşantısını sürdürüp, bu aileyi kendi ailesi olarak benimsediği; küçüğün davacılarından ayrılmasının, kişilik gelişimine olumsuz etkisinin olabileceği de göz önünde tutularak evlat edinmenin küçüğün yararına olduğu gerekçeleri ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece; davalının küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediğinin söylenemeyeceği, evlat edinme de asıl olanın anne-babanın rızasının aranması olduğu, küçüğün evlat edinilmesinde davalı annenin rızasının bulunmadığı, Türk Medeni Kanunu'nun 311. maddesindeki koşulların da oluşmadığı, gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar verilmesi gerektiği ..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; önceki kararda direnilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine, Hukuk Genel Kurulunca:

"Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere somut olayın özelliğine ve dosya kapsamına göre, TMK'nın 311/2. maddesindeki koşulların oluşmadığı, davalı annenin çocuğuna karşı özen yükümlülüğünü yerine getirdiği, TMK'nın 309/1 maddesinde belirtildiği gibi, davalı annenin küçüğün evlat edinilmesine de rızasının bulunmadığı anlaşılınca Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmadır." gerekçesiyle, direnme kararı bozulmuştur.

Davacılar vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Uyuşmazlık; davalı annenin, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirip-getirmediği ve küçüğün evlat edinilmesine rızasının aranmasına gerek olup-olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır:

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun:

309. maddesinde;

"Evlat edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir.

Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir."

Denilmekte;

311. maddesinde ise:

"...Aşağıdaki hallerde ana ve babadan birinin rızası aranmaz:

1. Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa,

2. Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa."

hükmü yer almaktadır.

Görülmektedir ki, kural olarak küçüğün evlat edinilmesinde anne ve babanın rızasının aranması asıldır. Ne var ki, kanunda sayılan hallerde rıza aranmaz. Bu hallerden birisi de anne ve babadan birisinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan tartışmalar sonrasında; somut olayda, sokağa bırakılan ve kurumca koruyucu aile olarak davacılara verilen küçüğün davacılar ile duygusal bağının oluştuğu; evlilik dışı ilişkisi sonucu küçüğü dünyaya getiren davalı annenin, küçüğün babasının kim olduğu yönünde herhangi bir açıklamada bulunmadığı; babanın kim olduğunun dosyaya yansımadağı ve davanın hiçbir safahatına da katılmadığı, davalı anne yönünden yapılan değerlendirmede de çocuğa karşı özen yükümlülüğünü yerine getiremediğinin anlaşıldığı ve buna bağlı olarak da davalı annenin evlat edinmeye rızasının alınmasına gerek olmadığı, gerekçesiyle, direnme bu yönüyle oyçokluğu ile olmak üzere uygun bulunmuştur.

Ne var ki; davalı anne gerek yargılama sırasında ve gerek davadan sonraki dönem için küçük ile şahsi ilişki kurulması yönünde karar verilmesi isteminde bulunmuş; bu istem bozma nedenine göre Özel Dairece incelenmemiştir.

Bu nedenlerle, davacıların karar düzeltme istemlerinin kabulü ile Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 gün ve 2011/2-431 E. ,2011/533 K.sayılı bozma ilamının kaldırılması ve davalı annenin evlat edinmede rızasının aranmayacağına ilişkin direnme uygun olmakla, başta davalı anne ile küçük arasında şahsi ilişki kurulması istemine ilişkin hükme yönelik olmak üzere davalı vekilinin, daha önce incelenmeyen diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi gereğince yapılan karar düzeltme incelemesi sonunda davacılar vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile, Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 tarih ve 2011/2-431 E., 553 K.sayılı kararın kaldırılmasına; yerel mahkemenin direnmeye ilişkin kararının **UYGUN BULUNARAK**, başta davalı anne ile küçük arasında şahsi ilişki kurulması istemine ilişkin hükme yönelik olmak üzere davalı vekilinin, daha önce incelenmeyen diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK İDARESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 11.04.2012 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2011/2-431 K:2011/553 T: 21.09.2011

Taraflar arasındaki “evlat edinme” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 2. Aile Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 21.04.2009 gün ve 2006/630 E. 2009/328 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı vekilince istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 01.03.2010 gün ve 2009/12895 – 2010/3777 sayılı ilamı ile;

(“...Toplanan delillerden davalı annenin 20.12.2003 tarihinde evlilik dışı ilişkisinden dünyaya getirdiği küçük G.’i aile ve çevresinden gelebilecek tepkiler dolayısıyla 22.12.2003 tarihinde çanta içerisinde bir apartmanın merdiven boşluğuna bıraktığı, polisi arayarak çocuğun alınmasını sağladığı kısa süre sonra ise pişmanlık duyarak çocuğu teslim almak için girişimlerde bulunduğu, bu bağlamda 21.01.2004 tarihinde anneliğin tespiti için dava açtığı ve aynı zamanda çocuğun kendisine teslimini istediği, İstanbul 2. Aile Mahkemesi’nin 2004/82-2006/262 esas ve karar sayılı dosyası ile davalının küçük G.’in annesi olduğunun tespitine karar verildiği anlaşılmaktadır. Davalının benzer şekilde, İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi 2006/37 D.İş dosyası ile de çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılmasını istediği anlaşılmıştır. Davalının küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği söylenemez. Evlat edinmede asıl olan anne – babanın rızasının aranmasıdır. (TM.md.309/1) Küçüğün evlat edinilmesinde davalı annenin rızası bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanun’unun 311. madde koşulları da oluşmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere somut olayın özelliğine ve dosya kapsamına göre, TMK.nın 311/2. maddesindeki koşulların oluşmadığı, davalı annenin çocuğuna karşı özen yükümlülüğünü yerine getirdiği, TMK.nın 309/1 maddesinde belirtildiği gibi, davalı annenin küçüğün evlat edinilmesine

de rızasının bulunmadığı anlaşılacakla Hukuk Genel Kurulu'nca da benimse- nen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnil- mesi ,,.....,yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Da- ire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 21.09.2011 gününde ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Dava, TMK.m.306.ya dayanılarak evlat edinilmesine ilişkindir.

Davacılar, bebeğin 13.01.2004 tarihinde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ile aralarında imzalanmış Evlat Edinme Öncesi Geçici Bakım Sözleşmesi doğrultusunda koruma altına alınmıştır. Yasal süre dolduğunu küçüğün annesinin çocuğu sokağa terk etmiş olduğunu TMK.m.311'e göre annesinin özen yükümlülüğüne uymadığından söz ederek anne-baba rızası olmadan evlat edinme sisteminde bulunmuştur.

Mahkemece istek kabul edilmiş, davalı tarafın temyizi üzerine Yüksek Dairece davanın anne- ninin rızası olmayışı nedeniyle davanın reddine hükümlenmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca Daire Kararı oy çokluğu ile benmsenmiştir.

Uyuşmazlık, davalı annenin, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince getirip – getirmediği davalının küçüğün evlat edinmede rızasının aranmasına gerek olup-olmadığı noktasında toplan- maktadır.

Davalı Anne bebek terki nedeniyle mahkum olmuştur. (Üsküdar Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/87 E, 2004/366 K.)

Evlat edinme değerlendirme raporu (28.05.2008) Pedagog- Psikolog – Sosyal Hizmet Uzmanı tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu raporda, küçüğün davacılar yanında olumlu bir şekilde gelişim geçireceği ifade edilmiştir.

12.04.2007 tarihli pedogog raporunda çocuğun mevcut durumunun değişmesinin çocukta onarılamaz travma yaratma tehlikesinin bulunduğu vurgulanmıştır. (Karşı oy yazısında belirtil- miş.)

Somut olayı çözecek normlar TMK'nın 309, 311 ve 316. maddeleridir. Evlat edinmede bir ta- raftan küçüğün anne babasının rızasını gerektirmekte (m.309/F.1), m.311/f-2 de de küçüğe karşı özen yükümlülüğü yeterince yerine getirilmiyor ise anne ve babadan birinin rızası aranmamakta olduğu vurgulanmıştır. O halde somut olayda hangi norma üstünlük tanınacaktır.

Davalı annenin bebeği terkten ceza mahkemesinde mahkum olması tek başına özen yüküm- lülüğünü yerine getirmemede karine gücünde bir kanıt oluşturur. Doğan çocuğu yetiştirmede özen ile başlangıçta özen yükümüne uymama farkı oluşturmaz. Aksine başlangıçta bu daha ağır kusur oluşturur. Bebek evlilik dışıdır. Sosyal bakıların bebeği terk etmede önemli unsur olduğu bir gerçektir. Bu tür oluşmasında ve günümüz Türkiye'sinde tartışılmasında toplumun başta aydınlar olmak üzere herkesin ortak sorumluluğu bulunmaktadır. Baskıya teslim olandan çok toplumun baskısına karşı koyan düşünceye üstünlük tanımak gerekir. Kısa bir zaman önce basında yansı- yan bir haberde kendisini okula göndermeyen babasını ihbar eden çocuğu düşünelim. Gerçekte bu çocuk bir çocuk kahramanıdır. Cesurca babasını karşısına almıştır. Baba baskısına direnmiş- tir. Artık bu tür davranışları alkışlamak gerekir.

Somut olaya çocuk açısından bakıldığında söz sahibi olacak kurum veya kişi pedogogudur. Pedogog çocuğun travma geçireceğinden söz etmektedir.

Davanın red olunması ile bir anlamda çocuğun travma geçirmesine yargının onay vermesi sonucu doğmaktadır.

Bu anlamda bu sonuç uyuşmazlığın temel sujesi olan çocuğun geleceğini belirsiz hale getirir.

Emekle oluşan annelik biyolojik annelikten daha üstündür.

Yukarıda sayılan gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu'nun değerli çoğunluk görüşüne katılamı- yorum.

T.C. İSTANBUL 2. AİLE MAHKEMESİ

E: 2010/899 K:2011/17 T:19.01.2011

Taraflar arasındaki davanın Bozmadan önce yapılan açık yargılaması sonunda:

TALEP

Davacılar vekili, 28.09.2006 tarihli dava dilekçesinde, müvekkillerinin isimli bebeği 13.01.2004 tarihinde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ile aralarında imzalanan Evlat Edinme Öncesi Bakım Sözleşmesi ile küçüğü evlat edinmek üzere himayelerine aldıklarını, küçüğün annesi tarafından sokağa bırakıldığını, polisler tarafından koruma altına alındığını ve henüz bir aylık bebekken müvekkillerinin yasal süreyi doldurup küçük G.yi nüfuslarına geçirmeyi beklerken davalının anneliğin tespiti davası açtığını, küçüğün kurum tarafından kendilerine teslim edildiği tarihten bu yana yanlarında olduğunu, müvekkillerine anne baba dediğini, aralarında güçlü ve duygusal bir bağ oluştuğunu, evlat edinmenin küçüğün yararına olduğunu, TMK'nın 311. maddesinin 2. fıkrasına göre anne baba tarafından küçüğe karşı özen yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, annenin evlat edinmede rızasının aranmamasına ve küçük G'nin müvekkilleri tarafından evlat edinilmesine karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

CEVAP

Davalı vekili cevap dilekçesinde, müvekkilinin evlilik dışı bir beraberlik sonucu hamile kaldığını, aile ve çevresinden gelebilecek tepkilerden dolayı ayrıca babası ve kardeşleri ile birlikte kalması nedeniyle hamileliğini ailesinden gizlediğini, hamileliğine kısa bir süre kala arkadaşlarında kalacağını söyleyerek ailesinin yanından ayrıldığını, 22.12.2003 tarihinde Gültepe Ensar Hastanesi'nde çocuğu dünyaya getirdiğini, hastaneden taburcu olup, çocuğuyla yola çıktığında kalp hastası babasına, ailesine ve akrabalarına bu durum açıklayamayacağını, çıkacak kötü sözlerden dolayı ailesinin zarar göreceğini düşünerek, ne yapacağını şaşırılmış bir halde bindiği taksiden inerek bebeğini bırakacağı uygun bir yer aradığını, kapısı açık ve içerisi sıcak bir apartmanın içine korunaklı bir çanta içerisine kalın giysiler giydirerek bıraktığını, daha sonra polis merkezini aradığını, polisin gelip almasına kadar orada beklediğini, 31.12.2003 tarihinde polis tarafından takılan G. adıyla Darülacezeye teslim edildiğini, olayın akabinde müvekkilinin Üsküdar Cumhuriyet Savcılığı'na ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na başvurarak çocuğu geri almak istediğini, İstanbul 2. Aile Mahkemesi'nin 2004/80 E.sayılı dosyası ile Anneliğin Tespiti davası açtığını ve bu dosyada müvekkilinin küçük G. annesi olduğunun tespitine karar verildiğini, müvekkilinin evlilik yapmış olup, eşi ve ailesinin çocuğu alması için kendisini destekledikleri, her türlü iyi koşulları

ona hazırladığını, bakabilecek durumda olduğunu, çocuğun anneye teslimine ve evlatlık verilmemesine karar verilmesini istemiştir.

Dahili davalı kurum vekili ise, davaya bir diyeceği olmadığını, evlat edinmenin çocuğun menfaatine olduğunu ve davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.

DELİLLER VE GEREKÇE

Dava, TMK'nın 306. maddesine dayanılarak evli çiftin birlikte evlat edinilmesine ilişkindir.

Tarafların nüfus kayıtları, dava ile ilgili delilleri ilgili yerlerden getirilmiş sosyal ekonomik durumları araştırılmış, mahkememizin 2004/80 E. Sayılı dosyası incelenmiş, mahkememizde görevli Psikolog, Sosyal Hizmet Uzmanı ve Pedagogtan Evlat Edinme Değerlendirme raporu alınmış, tarafların tanıkları da dinlenmişlerdir.

Davacılar küçük G.'yi evlat edinilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

TMK'nın 305. maddesi, bir küçüğün evlat edinilebilmesi için, evlat edinen taraflardan bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olmalarının gerektiğini, evlat edinmede küçüğün yararının bulunmasının şart olduğunu, 309. maddesinde ise evlat edinilebilmesi için küçüğün anne – babasının rızasının alınmasını zorunlu olduğunu 311/son maddesinde ise, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne babanın rızasının aranmayacağını 316. maddesinde ise evlat edinmeye ancak esaslı sayılan durum ve koşulların kapsamlı bir şekilde araştırılmadan, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verileceği öngörülmektedir. 13.01.2004 tarihli bakım sözleşmesine göre dava tarihi itibarıyla TMK'nın 305. maddesinde öngörülen bir yıllık sürenin dolduğu, küçüğün davacılar tarafından bir yıldan fazla bakıldığı anlaşılmıştır.

Küçük evlilik dışı doğduğundan, bu nedenle karar tarihine kadar babalık, evlenme ve tanıma yolu ile baba belirlenmediğinden babanın rızasının alınması söz konusu olamamıştır.

Davacıardan Ayhanın alt soyu olduğu saptandığından TMK'nın 316/son maddesine göre altsoy Sena evlat edinmeye ilişkin beyanı alınmıştır.

Mahkememizce evlat edinenler ile evlatlığa alınmak istenilen ve davalı anenin kişisel özellikleri, öğrenim durumları geçmiş meslek ve iş yaşantıları, halen yaptıkları işler çocuğa sağlayacakları sosyal güvenceler, ailelerin gelir durumları, sahip oldukları mal varlıkları, sağlık durumları evlilik yaşantıları, evlat edinmeye ne kadar hazır oldukları, yaşanan evin niteliği, yaşam biçimleri, beklentileri, etraflı bir şekilde araştırılmış. Bu konuda davacılar ve davalı yönünden Sosyal Hizmetler Uzmanı, Psikolog ve Pedagog raporu alınmış, tarafların gösterdikleri deliller toplanmış tanıkları dinlenmiştir.

Evlat edinilmek istenen 20.12.2003 tarihinde doğan küçük G. Davalı anne tarafından 23.12.2003 tarihinde bir apartmanın içine terk edilmiş, daha sonra küçüğü aramaya başlayan davalı 21.01.2004 tarihinde anneliğin tespiti bakımından mahkememizin 2004/80 Esas sayılı dosyasında dava açmıştır.

Mahkememizce öncelikle davalı annenin rızasının olmaması nedeniyle annenin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve bu karşı koymanın dürüstlük kuralı ile bağdaşır bağdaşmadığı konusu toplanan delillere göre değerlendirilmiştir.

Davalının yeni doğmuş ve doğum belgesine göre 20.12.2003 tarihinde doğan küçüğü 22.12.2003 tarihinde henüz 3 günlük iken ve anne ilgi, şevkat ve de en önemlisi anne sütüne ihtiyacının olduğu, en korunmasız halinde bir apartmana terk ederek bir ay sonra ailesinin küçük ile ilgili rızasını sağladıktan sonra aramaya başlaması nedeniyle mahkememizce davalı annenin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu nedenle karşı koymasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı yönünde kanaat oluşmuştur.

Öte yandan, küçüğün neredeyse doğduğu tarihe çok yakın bir tarih olan 13.01.2004 tarihinde bakım sözleşmesi ile davacılarına teslim edildiği tarihten itibaren davacılar ile bir aile halinde yaşantısını sürdürmesi, bu aileyi kendi ailesi olarak benimsemesi, küçüğün davacılardan ayrılmasının, kişilik gelişimine olumsuz etkisinin olabileceği de göz önünde tutularak evlat edinmenin küçük G.nin yararına olduğu anlaşıldığından, davanın kabulüne dair karar verilmiş, verilen bu karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 01.03.2010 tarih 2009/12895 E. 2010/3777 K. Sayılı bozma kararında “toplanan delillerden davalı annenin 20.12.2003 tarihinde evlilik dışı ilişkisinden dünyaya getirdiği küçük G.'i aile ve çevresinden gelebilecek tepkiler dolayısıyla 22.12.2003 tarihinde çanta içerisinde bir apartmanın merdiven boşluğuna bıraktığı, polisi arayarak çocuğun alınmasını sağladığı kısa süre sonra ise pişmanlık duyarak çocuğu teslim almak için girişimlerde bulunduğu; bu bağlamda 21.01.2004 tarihinde anneliğin tesbiti için dava açtığı ve aynı zamanda çocuğun kendisine teslimini istediği, İstanbul 2. Aile Mahkemesi'nin 2004/82 – 2006/262 Esas ve Karar sayılı dosyası ile davalının küçük G.nin annesi olduğunun tesbitine karar verildiği anlaşılmaktadır. Davalının benzer şekilde İstanbul 3.Çocuk Mahkemesinin 2006/37 D.İş sayılı dosyası ile de çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılmasını istediği anlaşılmıştır. Davalının küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getiremediği söylenemez. Evlat edinmede asıl olan ana ve babanın rızasının aranmasıdır. (TMK. Md. 309/1) Küçüğün evlat edinilmesinde davalı annenin rızası bulunmamaktadır. TMK.nun 311. madde koşulları da oluşmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Gereğesi ile mahkememiz kararı bozulmuştur.

Bozmaya müteakip yapılan yargılama Yargıtay bozma ilamına, mahkememiz kararının usul ve yasaya uygun olması sebebi ile **UYULMASINA** karar verilmiş olup yeniden yapılan yargılama sonunda;

Evlat edinilmek istenen küçük çocuk G.'nin annesi N.'nin 1968 İstanbul doğumlu olup, Ortaokul mezunu olduğu, Ortaokul bitirince daktilo, bilgisayar, muhasebe kurslarına gittiği ve daha sonra da babası ve dayısının ortak olduğu Kıbrıstaki bir otelde altı yıl yaşadığı, daha sonra İstanbul'a dönerek 1986 yılında evlendiği ve iki buçuk ay sonra eşinden boşandığı ve tekrar Kıbrıs'a döndüğü, üç yıl orada kaldıktan sonra yeniden Türkiye'ye dönüp 2004 yılında şimdiki eşi ile evlendiği, çocuğunun babası ile iki yıla yakın birliktelik yaşadığı ve bu sırada yedi aylık hamile iken hamile olduğunu anladığı kardeşleri ile birlikte yaşadığı eve gitmeyip arkadaşına gittiği ve hamileliğini sakladığı, geri kalan hamilelik sürecini arkadaşının yanında geçirdiği ve çocuğunun öz babasının yardımı ile Gültepe de Hastanede sezaryan ile çocuğunu dünyaya getirdiği vebu sırada otuz dört yaşında olduğu ve başından bir evlilik geçmiş, çocuğunun babası ile ikinci birlikteliğini yaşadığı, Kıbrısta altı yıldan fazla kalıp yaşadığı babasının bulunduğu evde ablaları birlikte yaşadığı, ablalarından birinin İnşaat Mühendisi, diğerinin Lise mezunu olduğu, annesinin daha önce öldüğü ve doğumdan önce bir arkadaşının yanında kaldığı anlaşılmıştır.

Davalı N. Hastaneden çıktıktan sonra taksiye binip Gültepe'den Üsküdar'a kadar gidip 22.Aralık.2003 günü gecesi akşam 21.00 sıralarında çocuğu İhsaniye Mh. Bestekar Selahattin Pınar Sok. girişine bırakmış ve daha sonra da telefonda polisi arayarak bebeği ihbar etmiştir.

Bebeğin annesi bu hareketi yaptığında otuz dört yaşında olup başından daha önce yasal bir evlilik geçmiş ve daha sonra da çocuğunun babası ile birlikte iki yıla yakın da birliktelik yaşamış, maddi durumu ve yaşama şartları olarak fakruzaruret içinde olmayıp kendi üzerine kayıtlı dairesi olan ve geliri olan bir kişidir, çaresiz bir durumda değildir. Doğumdan önce arkadaşında yaklaşık iki ay kalan anne doğumdan sonra durumu babasına anlattığında babasının keşke çocuğu bırakmasaydın şeklinde tepki gösterdiği ve kız kardeşlerinin de buna benzer tepki verdikleri anlaşılmıştır.

Annenin üç günlük bebeği kış günü apartman girişine bırakmasının gerek bu dava dosyasında gerek anneliğinin tespiti davasında ve gerekse koruma kararının kaldırılması talepli davada ve gerekse bebek terki suçundan yargılandığı Ceza davasındaki belirttiği mazeretler ve gerekçeler annenin yaşı, yaşadıkları ve aile ortamı, sosyal ve maddi durumu değerlendirildiğinde inandırıcı olmayıp ilk başta otuz dört yaşındaki ve başından evlilik geçmiş bi bayanın hamileliğinin yedinci ayına kadar hamileliğini fark etmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir.

Küçük çocuk G.'nin 22.12.2003 günü apartman boşluğuna bırakılmasından itibaren olan gelişmeler ise şöyledir. 22.12.2003 saat 21.15 de bebeğin bulunduğu tutanak tutulmuş olup aynı gün 21.30 da isimlendirilme tutanağı tutulmuş ve bebek aynı gün Zeynep Kamil Hastanesi'nde muayene edilmiş, 31.12.2003 tarihinde polis tarafından Darülaceze Müessesesi Müdürlüğü'ne bebek teslim edilmiştir. Küçük çocuk ve çocuk bu tarihte davacılara verilmiştir. İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü'nce Darülaceze Müessesesi Müdürlüğü'ne 13.01.2004 tarihinde çocuğun N.nin ailesine gösterilmesi talep edilmiş ve 13.01.2004 tarihinde de çocuk bu aileye teslim edilmiştir. Çocuğun tesliminden sonra 21.01.2004 tarihinde anne Anneliğin Tespiti davası açmış ve dava dilekçesinde bebeğin evlatlık verilmesinin tedbiren durdurulması için talepte bulunmuş ve mahkemece de 21.04.2004 tarihinde G adlı çocuğun evlatlık verilmemesi yönünde İhtiyati Tedbir kararı verilmiş ve bu karar annenin vekili tarafından dosyadan alınmış ve bu karar Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na hemen gönderilmemiştir. Anne bu kararı mahkemeden alıp ilgili kuruma götürüp vermemiş ya da gönderilmesi için gerekli masrafa dosyaya yatırmamıştır. Daha sonra İstanbul 2. Çocuk Mahkemesi'nce 06.02.2004 tarihinde koruma talep edilmiş ve küçük çocuğun koruma altına alınmasına karar verilmiş ve çocuk koruma altına alınmıştır. Çocuk N.'e verildikten sonra Zatürre teşhisi üzerine tedavi olmuş ve on dört gün hastanede yatmıştır. Anneliğin tespiti davasında Sosyal Hizmet Uzmanı'nın raporu bulunmakta olup davacı annenin ve biyolojik annenin incelemesi yapılmış ve G.'nin annesine verilmesi aşamasında yaşı nedeniyle uyum güçlüğü çekebileceği, travmatik bir anne yoksunluğu yaşayabileceği bu unsurların fizyolojik ve psikolojik olarak çocuk gelişiminde aksaklıklara ve duraksamalara neden olabileceği ve A. ve N.'nin G.'nin gelişimi açısından olumlu bir hayat sundukları belirtilmiştir.

Anne çocuğun doğumundan yaklaşık üç ay sonra Mart 2004 yılında tanıştığı C.Ç. ile evlenmiş olup C. Taksi şoförü olarak çalışmakta ve kendisine ait bir arabası ve evi olduğu anlaşılmaktadır. Anne N.Ç. C. ile olan evliliğinden hamile kalıp hamileliğini sonlandırmış olup C.Ç.'den çocuğu yoktur. Anneliğin tespitinde en önemli unsur Adli Tıp raporudur. Adli Tıp raporunda N.G.'nin annesi olabileceğine dair verilen rapor üzerine anneliğin tespiti talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki Psikolog, Pedagog ve Sosyal Hizmet Uzmanı'nın raporları ayrı ayrı incelendiğinde N.'nin eşi C. İle de hukuk mücadelesi için para harcaması gerektiğini düşünerek evlendiği, daha sonra onu sevdiği ve mutlu olduğu ancak koruma kararının kaldırılması ile ilgili 3. Çocuk Mahkemesi'nin 2006/37 D.İş sayılı dosyasındaki 22.06.2005 tarihli görüşmede N.'nin hem çocuğun öz babasının hem de kendi öz babasının durumu bildiklerini, her ikisinin de aşiret mensubu olduklarını ve bu çocuğu alamadıkları takdirde artık yasaların değil aşiretlerin konuşacağını, anne ve babasının Erzincan ve Tunceli Ovacıklı çocuğun öz babasının ise Urfalı aşiret ailelerinden geldiklerini, çocuğu kimseye

bırakmayacaklarını, çocuğu evlat edinmek isteyen aile hakkında çok fazla şey bildiğini, hatta evlerinin yakınına giderek komşularıyla dahi konuştuğunu beyan etmiş, mahkememizdeki son raporda N.'nin aşiret olayının aslının olmadığını ve kendisinin zaten İstanbullu olduğunu, küçüğün biyolojik babasının var olduğunu, gerekirse onu ortaya çıkaracağını beyan etmiştir.

Anne N.Ç'in 28.05.2004 tarihinde şimdiki eşi ile evlendiği ve eşinin de ilk evliliği olduğu, çocuğu nüfusuna geçirmek istediği anlaşılmıştır.

Davacıardan A. 1952 Bursa Doğumlu olup Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi mezunu, emekli ve kendisine ait işyeri bulunan, matbaacılık ile uğraşan abisinin birinin Kaymakamıktan diğerinin Sağlık Bakanlığı Başmüfettişliği'nden emekli olduğu, ilk evliliğinden 1979 doğumlu bir kızının olduğu anlaşılmıştır.

Davacı N'nin 1961 İstanbul doğumlu Lise mezunu ve SSK emeklisi olduğu, emekli olmasına rağmen kendi işinde muhasebe üzerine çalışmaya devam ettiği, ilk evliliğinden çocuğu olmadığı ve A. İle ikinci evliliğini yaptığı anlaşılmıştır.

Davacılar N. ve A.'nın , biyolojik sebeplerden dolayı hamile kalamadığı için 2001 yılında evlat edinmek üzere başvurdukları evlat edinmek istediği çocuğun özellikle 0-1 yaş grubunda olması, özellikle N.'nin doğum yapmamış olması nedeniyle bebek sahibi olmas duygusunu tatmak istediği evlat edinebilmek için üç yıl bekledikleri ve 2003 yılının Aralık ayında ilk olarak küçük G.'i gördükleri ve çocuk seçmek itemedikleri için hiç tereddüt etmeden onu evlat edinmek istedikleri, yasal işlemleri yerine getirerek küçük çocuğu teslim aldıkları, ancak iki gün sonra çocuğun hastalandığı ve hastaneye götürdükleri, çocuğun Zatürre olduğunun anlaşıldığı ve hastanede bir ay tedavi olduğu, küçüğü aldıktan yirmi bir gün sonra İstanbul İl Sosyal Hizmetler Kurumu'ndan arandıkları küçüğün biyolojik annesinin ortaya çıktığı ve onu geri almak istediğini öğrendikleri isterlerse onu geri verebileceklerini ve yerine 0-1 yaş grubunda başka bir çocuğun kendilerini verilebileceğinin söylendiği, ancak onu kuruma geri verseler bile biyolojik annesine hemen teslim edilemeyeceğini, uzun bir süre kurumda kalacağını öğrendikleri için ve küçük hasta olduğundan bu teklifi kabul etmediklerini, davalıya hemen teslim edilecek olsa bile kararda zorlanacaklarını, ona bağlanmış olduklarını anlatmışlardır.

Davacı A.'nın ilk evliliğinden olan kızının küçük çocuğa başta olumsuz olduğu fakat zamanla bu durumu kabullendiği ve küçüğün ona abla diye hitap ettiği anlaşılmıştır.

Küçük ile olan ilişkilerinin normal bir ebeveynden farklı olmadığı, küçüğün sevecen duygularını anlatan, akıllı bir çocuk olduğu, insanlar ile sıcak ilişki kurduğu, davacıların herhangi bir sağlık problemi olmadığı, küçüğün kalp kapakçığında üfleme olduğu, ergenlik dönemine yaklaştıkça geçeceği, başka sağlık problemi olmadığı anlaşılmıştır.

Davacılar, Dava süresince çok yıprandıklarını ancak küçüğün kendilerine her şeyi unutturduğunu, ona emek verdiklerini, mahkeme onu kendilerine vermezse akıllarının hep onda kalacağını belirtmişlerdir.

Davacıların evinin güvenli ve bahçeli bir sitede dört oda bir salon bir ev olduğu, küçüğün üç yıldır her sabah 09.00'dan 15.00'e kadar yuvaya gittiği, resim yapmayı, müzik dinlemeyi, bilgisayar ve müziği sevdiği anlaşılmıştır.

Küçüğün yapılan gözlemlerde bulunduğu ortama kısa sürede uyum sağladığı, yeni karşılaştığı kişiler ile rahatlıkla iletişim kurduğu, davacılarından öz bakım becerilerine kazandığı, küçüğün davacı N. ye anne ve davacı A.'a baba diye hitap ettiği ve iletişimlerinin iyi olduğu anlaşılmıştır.

Davacıların sağlıklı bir çift ilişkisi yaşadıkları, bunun küçüğün sağlıklı yetişmesine de etki ettiği, küçüğü iyi tanıdıkları buna bağlı olarak da onu yeteneklerine ve ihtiyaçlarına göre yetiştirdikleri küçükle sağlıklı bağlanma ilişkisi kurdukları, küçüğün doğduktan sonraki ilk ayda hasta olması yakın ve özel ilgiyi muhtaç olmasının davacıları küçüğe daha yakınlaştırdığı, tek endişeli olup olmayacağı ve bu nedenle de uzmanlar tarafından önerilen ve psikolojik açıdan uygun olan yedi yaşında gerçeği açıklayacaklarını belirtmişlerdir.

Küçük birkaç günlük iken davacılar koruyucu aile olarak verilmiş ve halen onların yanındadır. Çocuğun kişiliğinin temelleri ilk beş-altı yıl içinde atılmaktadır. Çocuğun sağlıklı bir kişilik oluşturabilmesi için bu yıllar içindeki gelişim dönemlerini sağlıklı geçirmesi gerekmektedir. Bu dönemde yaşanacak çocuğun hayatında büyük değişiklikler oluşturacak, gelişimini olumsuz etkileyebilecek olaylar gelişim dönemlerinde elde edilmesi gereken kazanımların elde edilememesine, gelişim dönemleri arası geçişin sağlıklı olmamasına bunun sonucunda da kişilik gelişiminin olumsuz etkilenmesine neden olabilmektedir. Yaşının gerektirdiği gelişime sahip olan küçüğün durumu göz önüne alındığında anne ve baba olarak bildiği davacılar ile ebeveyn çocuk bağı kurmuştur ve davacılar onun için anne baba olarak değişmez iki unsur konumundadır. Onların etrafında kişiliğini oluşturma ve geliştirme aşamasındadır. Bu dönemde davacılarından ayrılma durumunda kalması, kaygı ve panik oluşturarak travmatize olmasına neden olabilir. Davacıların yanında yaşamaya devam ederken onların anne babası olmadığını, biyolojik anne ve babasının farklı kişiler olduğunu öğrenmesi bile gelişimini olumsuz etkileyebilecek bir durumdur.

Davalı N.'nin biyolojik babanın kimliğini açıklamaması küçük çocuk için olumsuz bir durumdur. Ayrıca davalının evlilik yapmış olması ve küçük çocuğun biyolojik anneye verilmesi durumunda üvey baba yanında yaşayacak olması da çocuk yönünden kabul edilebilir bir durum değildir. Davacının gerçekten çocuğu istemesi durumunda biyolojik babayı da ikna edip baba ile birlikte mücadeleyi vermesi gerekmektedir.

Biyolojik anne yapılan duruşmalarda 31.01.2008 tarihli duruşmaya gelmiş diğer duruşmalara gelmemiştir. Bozmadan sonra yapılan yargılamada 29.12.2010 tarihli ve 19.01.2011 tarihli duruşmaya da gelmemiştir.

HUMK. Göre vekili olan tarafın duruşmaya gelmesi gerekmez. Ancak evlat edinmeye izin davasında biyolojik annenin duruşmaya gelmemesi, buna karşılık davacı annenin duruşmaların çoğuna gelmiş olması tarafların çocuğu ne derecede istediklerine ve bu davayı ne derecede önemsediklerine bir ölçüdür.

Davalının Üsküdar 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/87 Esas, 2004/366 Karar sayılı dosyasında bebek terki suçundan yargılandığı ve ceza aldığı, cezasının tecil edildiği anlaşılmıştır.

İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi'nin 2006/37 D.İş sayılı dosyasında da davalının küçük çocuk ile ilgili koruma kararının kaldırılarak kendisine teslimine ilişkin dava açtığı ve bu talebin reddine karar verildiği, bu dosyadaki görevli Psikolog, Pedagog ve Sosyal Hizmet Uzmanı tarafından düzenlenen 08.01.2010 tarihli raporun mahkemenin gerekçesine esas teşkil ettiği ve burada toplanan deliller değerlendirildiğinde mahkemenin öncelikle tarafların değil çocuğun menfaatinin esas alması gerektiği, hem davacı tarafın hem de çocuğu evlat edinmek isteyen tarafın çocuğa iyi bakacak aileler olduğu kabul edilmiş ancak çocuğun üç yaşına kadar anne baba olarak bildiği davaya katılan N.ve A. Ö. çiftinin yanından alındığında mahkeme uzmanlarının açıkladığı şekilde çocuğun normal olan psikolojik, sosyal ve kişisel durumunun bozulacağı, kendini anne ve babasından yoksun kalmış hissedeceği, ne kadar iyi bakılsa da bu durumun onda ileriye dönük olumsuz psikolojik etkiler yaratacağı kanısına varıldığından davacının talebinin çocuğun yararı gözetilerek reddine karar verilmiştir.

Dosyalardaki tüm psikolog, Pedagog ve Sosyal Hizmet Uzmanları raporlarında çocuğun menfaatinin davacı ailede kalması yönünde olduğu ve asıl olanın çocuğun menfaati olduğu, davacı ve davalının çocuğun menfaatine göre verilecek karara razı olmaları gerektiği ve anneliğin fedakarlık gerektirdiği ve davalının annelik duygusunun önemli olduğu ancak anne olmanın sadece çocuğu doğurmak değil onu büyütmek, sevmek, sevgi ve emek getirdiği, sevginin karşılığının emek olduğu ve bu düşünce ile değerlendirildiğinde davacı annenin emeğinin davalı anneden daha üstün olduğu ve anneliğin bu emek karşılığı olduğu, davalının emeğinin davacıya göre üstün olmadığı, davacının anneliğin çocuk için daha önemli olduğu ve çocuğun menfaatinin de bunu gerektirdiği ve davacının dosyada ve yargılama sırasında edinilen kanaat sonucu yapmış olduğu anneliğin ve sarf ettiği emeğin davalıya göre daha ağırlıklı olduğu ve davacının bu emeğinin karşılığının çocuğun kendisinde bırakılması ve çocuğun evlat olarak davacılara verilmesi gerektiği;

Çocuğun gelişimi ve bilirkşi raporları doğrultusunda davalı annenin şahsi münasebet tesisi ile ilgili talebinin reddine karar vermek gerektiği, ilerde ço-

cuğa gerçek anlatıldıktan sonra öz anne ile şahsi münasebet tesisi konusunda karar verilmesinin daha uygun olacağı düşünülerek şahsi münasebet tesisi talebinin reddine karar vermek gerektiği,

Dava dilekçesi, İstanbul 2. Aile Mahkemesi'nin 2004/80 Esas sayılı, İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi'nin 2006/37 sayılı, Üsküdar 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/87 Esas sayılı dosyaları, taraf ve tanık beyanları, Pedagog ve Psikolog uzman raporları, dosyadaki tüm bilgi ve belgeler ve yargılamada edinilen kanaat ve tüm dosya kapsamı sonucu anlaşılmış olmakla,

Belirtilen nedenlerle;

HÜKÜM

1- Yargıtay bozma ilanına mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olamaması sebebiyle **UYULMAMASINA**, mahkememizin 21.04.2009 tarihli kararında **DİRENİLMESİNE**,

2- Davanın **KABULÜ** ile, İstanbul ili, Üsküdar ilçesi, İhsaniye Mahallesi nüfusunda, N.S.Ö. tarafından **EVLAT EDİNİLMESİNE**

3- Davalının küçük çocukla şahsi münasebet tesisinin dosya kapsamı itibari ile reddine,

4- 176,90 TL davacı yargılama giderlerinin davalı N.Ç.'den alınarak, davalılara ödenmesine,

5- Yürürlükte bulunan Avukatlık Ücret Tarifesine göre 1.100 TL maktu vekalet ücretinin davalı N.Ç.'den alınarak,davalılara verilmesine,

6- Peşin alınan 15,60 TL harcın mahsubu ile geri kalan 3,40 TL bakiye karar harcının davalıdan tahsiline,

Dair verilen karar özeti Davada asil ve Davacı vekili ve davalı Hazine vekili ile davalı N.Ç. vekilinin yüzlerine karşı HUMK'un 432/1 maddesi gereğince kararın taraflara tebliğinden itibaren 15 günlük yasal sürede temyizi kabul olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.19.01.2011

***TBB DİSİPLİN
KURULU KARARLARI***

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI

ÖZET: Kurulumuzun yerleşmiş kararları ile de kabul edildiği gibi meslekten çıkarma cezasının bir alt cezası olan üç yıl süre ile işten çıkarma cezası verilmesi gerekirken üç ay süre ile işten çıkarma cezası tayininde hukuksal isabet bulunmamış, şikayetli avukatın üç yıl süre ile işten yasaklanmasına karar verilmesi gerekmiştir.*

TBB.D.K. E: 2011/655 K: 2012/150 T:23.03.2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İtiraz Olunan Karar ve Özeti: İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "Üç Ay Süre ile İşten Çıkarma" cezası verilmesine ilişkin 18.07.2011 günlü 2010/D. 665 Esas, 2011/338 Karar sayılı kararı

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin vekili olarak Kadıköy 5. İcra Müdürlüğü'nün 2006/13957 Esas sayılı takip dosyasından tahsil ettiği 3.133.00 TL. sını uhdesiyle tuttuğu, bu olay sonrasında azledilmesine rağmen Kadıköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/14688 Esas sayılı takip dosyasında borçludan haricen 500.00 TL.sı tahsil ettiği, bakiye alacaktan da feragat ettiği, böylece şikayetçinin zararına sebebiyet verdiği, iddiaları ile yapılan şikayet üzerine, aynı iddialar ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan şikayet üzerine açılan kamu davasının sonucu da beklendikten sonra Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturduğu kanaati ile disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat disiplin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma vermemiş, hakkında hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma iddiası ile açılan kamu davasında, müvekkiline işlerinin bozulması ve eşinden ayrılması nedeniyle geç ödeme yapacağını bildirdiğini, parayı müvekkilinin rızasını alarak kullandığını, sonrasında adresini değiştirip telefonlarını kapatması nedeniyle kendine ulaşamayan müvekkilinin hakkında şikayetçi olduğunu, ancak dava aşamasında tahsil ettiği paranın tamamını ödediğini savunduğu ve belgelerini mahkeme dosyasına sunduğu görülmüştür.

Baro Disiplin Kurulu kararına, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 5/a-1 maddesine giren bir suçtan mahkum olduğunu ve Yasa gereği meslekten çıkarma cezası verilmesi gerektiğini ileri sürerek itiraz etmiştir.

* Gönderen: Av. Cengiz YAKA

Şikayetli avukat hakkında aynı iddialarla yapılan şikayet üzerine Adalet Bakanlığının 05.07.2007 tarihli oluru ile kovuşturma izni verilmiş, açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/124 Esas, 2009/141 Karar sayılı ve 16.06.2009 tarihli kararı ile şikayetli avukat hakkında "... sanığın mağdur tarafından vekil olarak tayin edilerek Kadıköy 5. İcra Müdürlüğü'nün 2006 /13957 sayılı takip dosyasından tahsil etmiş olduğu parayı mağdura vermediği ve uhdesine bırakarak güveni kötüye kullanma suçunu işlediği sabit görüldüğünden TCK 155/2 gereğince bir yıl hapis ve 60 gün karşılığı adli para cezası ile cezalandırılması, sanığın hüküm kurulmadan önce zararı karşılımış bulunması nedeni ile TCK.168/2. maddesine göre cezasının ½ oranında indirilmesine, TCK.62. maddesinin de uygulanması ile sonuç olarak beş ay hapis ve 500.00 TL. sı Adli para cezası ile cezalandırılmasına, CMK 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verildiği, şikayete konu diğer eylemi ile ilgili olarak da "... sanık, vekillikten azledilmiş olmasına rağmen müşteki vekili sıfatıyla hareket ederek Kadıköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/14688 sayılı takip dosyasıyla ilgili müracaatta bulunarak borçludan haricen 500.00 TL.sı tahsil ederek bakiye alacaktan feragat ettiğini bildirip mağdurun zararına sebebiyet verdiği ve böylece görevi kötüye kullandığı sabit görüldüğünden 5237 sayılı TCK. 257/1. maddesi uyarınca bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına TCK.62.maddesi uyarınca 1/6 indirim uygulanarak 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına CMK. 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verildiği kararın 09.09.2009 tarihinde kesinleştiği şikayetli avukatın 6008 Sayılı Yasa uyarınca ilgili Mahkemeye bir başvurusunun olmadığı, dosya içindeki karar ve ekindeki kesinleşme ile Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.12.2010 tarihli yazısından anlaşılmıştır.

Şikayetli avukat hakkında, Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin özetlenen kararı, kesinleşmiş mahkumiyet açısından Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesinde beirtilen biçimde verilmiş ve meslekten çıkarma cezasının uygulanmasına neden olabilecek kesin hüküm oluşturan bir karar niteliğinde değil ise de, mahkemenin oluşa ilişkin tespitleri ve ceza yargılaması sırasında toplanan deliller ile şikayetli avukatın tevilli ikrarı ve ceza dosyasına sunduğu ödeme belgelerine göre hakkındaki kamu davasının açılmasından sonra şikayetçiye ödemeler yapmış olması karşısında, şikayetli avukatın eylemini tam olarak tespite yeterli olmaktadır.

Şikayetli avukat hakkında, açılan ceza davasında kesinleşmemiş ve açıklanması ertelenmiş bir kararın bulunması, tespit edilen eylemin disiplin kovuşturmasında değerlendirilmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür." 4. maddesine göre "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun, eylemlerin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin kabulünde hukuksal isabetsizlik bulunmamakta ise de, kesin hükümlerle mahkumiyet halinde aynı eylemin Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezasını gerektirebileceği, eylemlerin niteliği ve ağırlığı karşısında Avukatlık Yasası'nın 158. maddesi gereğince eylemle ceza arasında uygun dengenin sağlanması gereği de dikkate alındığında Kurulumuzun yerleşmiş kararları ile de kabul edildiği gibi meslekten çıkarma cezasının bir alt cezası olan üç yıl süre ile işten çıkarma cezası verilmesi gerekirken üç ay süre ile işten çıkarma cezası tayininde hukuksal isabet bulunmamış, şikayetli avukatın üç yıl süre ile işten yasaklanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Üç Ay Süre İle İşten Çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "Üç Yıl Süre İle İşten Çıkarma" cezasına çevrilmesi suretiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, şikayetli avukat C.K'nin "**ÜÇ YIL SÜRE İLE İŞTEN ÇIKARILMASINA**" katılanların oy birliği ile karar verildi.

ÖZET: Avukat, müvekkilinin kullandığı ya da kullanılmasını istediği tarz ve uslubu aynen benimsemek zorunda olmayıp, tartışma ve yazışmalarını yasa ve meslek kurallarına uygun hale getirmekle yükümlüdür. Müvekkili ısrarlı olduğu takdirde yasanın kendisine tanıdığı hakkı kullanarak işi red etmelidir.

TBB.D.K. E: 2011/653 K: 2012/148 T:24.03.2012

İtiraz Olunan Karar ve Özeti: İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "Uyarma cezası verilmesine" ilişkin 20.06.2011 günlü 2011/D. 58 Esas, 2011/279 Karar sayılı kararız.

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetli avukatın, şikayetçilerden S.Y'nin imtiyaz sahibi, B.P'nin sorumlulu müdürü olduğu www.odatv.com. İsimli internet sitesinde 08.04.2010 tarihinde yayınlanan "Habertürk Atatürk'ü sansürledi" başlıklı haber ile ilgili olarak düzeltme metni olarak gönderdiği 09.04.2010 tarihli yazıda "... yayınlanan haber aşşağılık bir iftira niteliğinde olup, ancak hastalıklı bir ruh halinin

ürünü olabilir..” ifadesini kullandığı, aynı ifadenin Beyoğlu 15. Noterliği'nin 29.04.2010 tarih 651 sayılı ihtarnamesi ile gönderilen düzeltme metninde de yer aldığı, bu ibarelerin Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. ve 6. maddelerine aykırı olduğu iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçilerin yetkilisi bulunduğu www.odatv.com bilimli internet sitesinde yayınlanan “Habertürk Atatürk`ü sansürledi” başlıklı yazı ile ilgili olarak www.habertürk .com internet sitesinde, “Habertürk tv.den aşağılık iftiraya dava... Ancak hastalıklı bir ruh halinin ürünü olabilecek bir haber yayınladı...” ifadelerini de içeren bir açıklama yayınladığını, kendisinin de önce faksla daha sonra da Beyoğlu 15. Noterliği'nin 29.04.2010 tarih 6551 sayılı ihtarnamesi ile gönderdiği düzeltme metninde daha sonra müvekkiline ait bu ifadelere yer verdiğini, haksız ve asılsız yayın sebebiyle düzeltme ve tezkip metni göndermenin ve bununla ilgili hukuki işlemleri yerine getirmesinin vekillik görevine dahil olduğunu, yasal taleplerine rağmen düzeltme metninin usulüne uygun olarak yayınlanmaması nedeni ile Sulh Ceza Mahkemesinden düzeltme metninin yayınlanmasına karar verilmesini talep ettiğini ve işlemlerin devam etmekte bulunduğunu, düzeltme konusu habere yazılan okuyucu yorumlarında kendisine ve müvekkili gazete ve internet sitesine ağır hakaretlerde bulunulduğunu, düzeltme metnindeki şikayet konusu ifadelerin, yayınlanan haber ve yapılan yorumlarda söylenen sözlere karşılık olarak kullanılmasının yasal bir hak ve haber ile orantılı olduğunu, başka haberler için yayınlanan düzeltme metinlerinde çok daha ağır ifadelerin kullanıldığını ve mahkemelerin bunların yayınlanmasına izin verdiğini, asıl kendisinin mesleki görevini yerine getirmesi sebebiyle ağır saldırı ve hakaretlere maruz kaldığını, Baro Yönetim Kurulu'nun mesleğe ve meslektaşlara yapılan saldırıları önlemek ve haklarını savunmak görevinde olduğunu, bunun yerine cezalandırılmasının haksızlık olduğunu bildirmiştir.

Şikayetli avukatın, 09.04.2010 tarihli düzeltme metni ile Beyoğlu 15. Noterliği'nin 29.04.2010 tarih 6551 sayılı ihtarnamesi ekindeki aynı düzeltme metninde kullandığı ibareler ile yazının bütünü incelendiğinde, asıl düzeltilmesi istenen haber konusunun dışına çıkılarak, haberi yayınlayan internet sitesinin veya haberi kaleme alana yönelik olarak”...yayınlanan haber aşağılık bir iftira niteliğinde olup, ancak hastalıklı bir ruh halinin ürünü olabilir...” şeklindeki sözleri ile habere karşı açıklamaların dışına çıkılarak kişilere yönelik beyanlarda bulunmaktadır.

Bu beyanların düzeltme talebinin amacı için zaruri, esasa etkili ve hatta yararlı olmadığı açıktır. Bu sözler ancak, karşı tarafın veya okuyucularının kullandığı iddia edilen ifade ve ibarelere benzer bir üslupla cevap vermeye yönelik, sonuç almak için katkısı olmayacak yersiz, icapsız ve gereksiz sözlerdir.

Kurulumuzun önceki kararlarında da yer alan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1974/1160 Esas, 1975/5782 Karar sayılı kararında “Avukatın temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırlarını aşan, yersiz, icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef alan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeğe yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Davanın amacı haklı gösterdiği savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilemez.” Denilmektedir.

Kurulumuzun önceki kararlarında da belirtildiği gibi, avukat, dilekçelerinde kullandığı ifadelerinde ve her türlü hukuki girişiminde, mesleğin onuruna uygun ve kullandığı ifadeleri titizlikle seçme becerisini göstermeli, tartışmaya yol açmayacak ifadeleri kullanmalıdır. Avukat, müvekkilinin kullandığı ya da kullanılmasını istediği tarz ve uslubu aynen benimsemek zorunda olmayıp, tartışma ve yazışmalarını yasa ve meslek kurallarına uygun hale getirmekle yükümlüdür. Müvekkili ısrarlı olduğu takdirde yasanın kendisine tanıdığı hakkı kullanarak işi red etmelidir.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinin göndermesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddeleri, avukatın yazarken de görüşlerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması gerektiğini, konunun ancak hukuki yönü ile ilgili kalmak zorunda bulunduğunu düzenlemiş olup, şikayetli avukatın şikayetçiler hakkında kullandığı ifadeler Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. ve 6. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve eylemin karşılığı tayin ettiği uyarma cezasında hukuksal isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Şikayetli avukatın itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun “Uyarma Cezası Verilmesine” ilişkin kararının **ONANMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Avukatlar yazdıkları dilekçelerinde kullandıkları ifadeleri titizlikle seçme becerisini göstermeli, tartışmaya yol açmayacak ifadeler kullanılmalıdır.*

TBB.D.K. E: 2011/665 K: 2012/156 T:23.03.2012

İtiraz Olunan Karar ve Özeti: İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına"

İtirazın süresinden olduğu anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikayetçi Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, şikayetli avukatın mahkemelerinde görülmekte olan 2004/336 Esas sayılı dosyada Volkan Vekili olduğunu, tutuklama kararına itiraz dilekçesinde *"beş dakikalık duruşma listesinde dosyanın son sıralarında görülmesi nedeniyle yemek arasına kurban gitmiştir. Duruşmadan bir gün evvel vermiş olduğum dilekçenin okunmadığı duruşmadaki heyetin hal ve hareketinden gayet iyi bir şekilde anlaşılakta savunmaya ilişkin taleplerim dinlenmemiştir, toplanacak tüm deliller toplanmıştır, dosya olabildiğince kalınlaştırılmıştır, ürkütücü bir hal almıştır, oysa gayet açık ve net bir davadır buna rağmen mahkeme dosyayı inceleme hususunda hala ısrar etmektedir."* diyerek mahkeme heyetine hakaret edildiğini ileri sürerek şikayetçi olması üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturmadığı kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturmadığı kaanati ile şikayetli avukat hakkında "Disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar vermiş, karara İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak şikayetli avukat hakkında Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/13 esasına kayıtlı olarak "Kamu görevlilerine görevinden dolayı hareket" suçundan dolayı açılan kamu davası sonunda Mahkemece şikayetli avukatın 7. Ağır Ceza Mahkemesi heyetine karşı hakaret suçunu işlediği kabul edilerek TCK.'nın 125/3-a, 125/5, 62. maddeleri uyarınca 1 yıl 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın şeklen 31.03.2010 tarihinde kesinleşme olduğu, şikayetli avukatın 6008 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için başvuruda bulunmadığı, dosya içindeki mahkeme kararından ve yazısından anlaşılmıştır.

* Gönderen: Av. Cengiz YAKA

Disiplin kovuşturmasının konusu şikayetli avukatın dilekçesinde ki ifadelerinin disiplin suçunu oluşturup, oluşturmadığına ilişkindir.

Dosya içindeki şikayetli avukat tarafından Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı'na hitaben verdiği ve İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/336 Esas sayılı davasında verilen tutuklama kararına karşı itirazlarını içeren dilekçede kovuşturmaya konu ifadelere yer vermiş olduğu sabittir.

Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin şikayetli avukat hakkında "kamu görevlilerine görevinden dolayı hakaret" suçundan dolayı tayin ettiği hapis cezası ve CMK 231. maddesine göre "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" ilişkin kararı 231/8. maddesine göre mahkûmiyet açısından kesin hüküm niteliğinde değil ise de, Mahkemenin oluşa ilişkin tespitleri, dosyada bulunan diğer deliller, şikayetli avukatın dilekçesinde Mahkemece "hakaret" olarak nitelenen eylemini tam olarak tespiti yeterli olmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5.maddesine göre "Avukat yazarken ve konuşurken düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınılmalıdır". 17. maddesine göre de, "Hâkim ve savcılarla ilişkisinde avukat hizmetin özelliklerinden gelen ölçüde uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır."

Avukatlar yazdıkları dilekçelerinde kullandıkları ifadeleri titizlikle seçme becerisini göstermeli, tartışmaya yol açmayacak ifadeler kullanmalıdır. Şikayetli avukatın kovuşturmaya konu dilekçesinde kullandığı ifadeler icapsız sözler olarak kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, şikayetli avukatın şikayete konu dilekçesindeki ifadelerinin icapsız maksadı aşar nitelikte olduğu, bu sebeble özensiz davranışının kabulü gerekmektedir. Şikayetli avukatın Mahkemece suç olarak kabul edilen eylemleri aynı zamanda Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 17. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu da oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun "Disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş, kararın kaldırılarak şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının **KALDIRILMASINA**, Şikayetli Avukat M.Y.'ın **UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, katılanların oy birliği ile karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

SÜRÜCÜ BELGESİNE SÜRESİZ EL KONULAMAZ

ÖZET: İtiraz konusu kuralın, toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu etkileyen trafik kazalarının önlenmesini sağlamak, dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Ancak itiraz konusu kuralda, sürücü belgesinin geri alınmasının düzenlendiği diğer kuralların aksine muayene ve tedavi tedbirine yer verilmemesi, kişinin tedavi ve ıslah olması halinde sürücü belgesi almasına imkan tanınmaması, güvenli sürüş yeteneğini kaybetme ölçütüne yer verilmemesi ve belirli sürelerle kademelendirilmenin de yapılmaması nedeniyle kuralın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açıktır. Ayrıca, yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

E: 2010/104 **K:** 2011/180 **T:** 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tokat 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "...sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 23. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Uyuşturucu madde olarak araç kullanan kişinin sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasının talep edildiği davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Tokat Asayiş Şube Müdürlüğüne bağlı ekiplerce 13/11/2009 tarihinde şüphe üzerine otomobil sürücüsü ..'in araçtan sağa sola yalpalayarak indiği ve elinde, içerisinde bally ile doldurulmuş bir poşet görülmesi üzerine aldırılan doktor raporunda bally kullandığı ve bu haliyle araç kullanımının tehlike doğuracağı belirtilmekle; 2918 sayılı KYTK'nun 48/6. maddesi uyarınca sürücü ehliyetinin geri alınması talep edilmiştir.

Dosyamıza sunulan bilgi ve belgelerden sanığın trafik görevlileri tarafından bir şey içerken ve zik-zag yaparak gitmesi sonucunda ve nihayetinde alınan raporunda balley kullandığının belirtildiği, buna ilişkin hakkında ehliyeti süresiz alınması talep edilenle ilgili 13/11/2009 tarih ve F 748741 numaralı 2918 Sayılı Yasa'nın 48/6. maddesine muhalefetten suç duyurusunda bulunulduğu ve mahkememize de anılan şahsın ehliyetinin sürekli alınması talebiyle başvurulduğu, mahkememizce yapılan yargılama ve alınan 17/05/2010 tarihli Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunun sonuç kısmında anılan maddenin uyarıcı ve uyuşturucu nitelikte olduğu, suiistimalinin yaygın olduğu, üretim ve ithalatının yaygın olduğu, üretim ve izninin resmi izinlere tabi olduğu, illegal kullanımı halinde TCK. 188/6. madde kapsamında değerlendirileceği rapor edilmiş ve ayrıca balley kullanımının tedavisine ilişkin bunun mümkün bulunup bulunmadığına ilişkin Tokat Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nden görüş sorulmuş ve anılan Şube Müdürlüğü'nün 27/09/2010 tarihli yazısında uyuşturucu madde bağımlılılarıyla ilgili ülke genelinde AMATEM Birimlerinin görevli olduğu, tedavi süresinin etkisinin tedavi programına ve kişinin buna uyup devam edip etmemesine bağlı olduğu bildirilmiştir.

Mahkememizce yargılama yapılırken söz konusu kabahat eylemi nedeniyle sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınması Anayasa hükümlerine ciddi oranda aykırı olduğu, aşağıdaki gerekçelerle değerlendirilmiştir.

Öncelikle 2918 Sayılı Yasa'nın 48/6. maddesi "Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri olarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532.600.000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." hükmü mevcuttur, ayrıca bu maddenin başında başka suç hükümleri saklı kalmak üzere ibaresi de mevcuttur.

Öncelikle anılan uyuşmazlığa bakmayan mahkememizin görevli ve yetkili olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09/06/2009 tarihli ve 2009/7-119 Esas ve 2009/158 Karar sayılı ilamına göre; "buna göre 2918 Sayılı Yasa'nın 48/5, 5252 Sayılı Yasa'nın 7, 5326 Sayılı Yasa'nın 19. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; kabahat nedeniyle sürücü belgesinin geri alınmasına veya alınmamasına ilişkin olarak verilen karar 5237 sayılı TCY. kapsamında güvenlik tedbirine ilişkin olarak verilmiş bir karar ve bu anlamda 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesi anlamında hüküm sayılamayacağından somut olayda alkollü araç kullanma kabahati nedeniyle, hükmedilecek idari tedbir nedeniyle yaptırıma karşı sadece hükümlere karşı başvurulabilecek bir yasa yolu olan temyiz yasa yoluna başvurulamaz," daha önceden 2918 Sayılı Yasa'nın 48. maddesindeki hafif para cezaları ve hafif hapis cezalarını mahkememiz baktığından 5252 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ve Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 19. maddeleri dikkate alındığında artık para cezası vermeye Cumhuriyet Başsavcılıkları ve tedbir niteliğinde ehli-

yetin geri alınması taleplerine ise mahkememiz bakmaktadır, ayrıca dosyanın niteliği dikkate alınarak mahkememizce duruşma açılmak suretiyle yargılama yapılması yolu tercih edilmiştir.

Bilindiği üzere 01/06/2005 tarihinden sonra yeni Türk Ceza Sistemi yürürlüğe girmiş ve burada da eski mülga 765 sayılı TCK. 121, 122 ve 123. maddelerinde belirtilen cezanın infazından sonra 3 yıl iyi halli olduğuna kanaat getirilmesi şartıyla 3 yıl sonunda memnu hakların iadesi sistemi mevcuttu, fakat yeni ceza sisteminde TCK 53. maddesi uyarınca suçla ilgili ceza ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde cezanın infazıyla birlikte biten hak mahrumiyetleri düzenlemesi getirilmiştir, yani yeni sistemde infazdan sonra tedbir niteliğindeki hak mahrumiyeti söz konusu değildir. Bu bağlamda Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin "Uyuşturucu suçlarından 5237 sayılı TCK'nın 5. ve 53. maddeleri ile 5252 sayılı TCK'nın uygulama Kanunu'nun geçici 1. maddesi hükmü gereğince sanık hakkında 2918 Sayılı Yasa'nın 119. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmaması" (10. Ceza Dairesi 2008/14735 Esas, 2009/429 Karar) hükmü de dikkate alındığında artık suçlarda 2918 Sayılı Yasa'nın 119. maddesindeki uyuşturucu ve benzeri suçlardan mahkûmiyet halinde sürücü belgesinin süresiz alınması da artık mümkün değildir.

Hal böyleyken daha ağır nitelikte olan suçlar için yeni Türk Ceza sisteminde infazdan sonra hak mahrumiyeti söz konusu olmazken Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/6. maddesindeki sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınması Anayasamıza aykırıdır. Şöyle ki;

Sürücü belgesi bir kimse için bu çağımızda araçların çoğaldığı, bireysel araç kullanımının arttığı bu devirde kanaatimize göre seyahat hürriyeti açısından son derece önemlidir. Yani bir kimsenin sürücü belgesinin olmaması seyahat hürriyetini ciddi oranda kısıtlama getirmektedir. Bu bağlamda Anayasamızda yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen;

"Madde 23- Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

(Değişik fıkra:07.05.2010-5982 S.K./3.mad) Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararıyla bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmaz." hükmü mevcuttur, buna göre bu şekilde bir kabahat nedeniyle süresiz

olarak sürücü belgesinin geri alınması Anayasamızın bu hükmüne ciddi oranda aykırılık teşkil etmektedir. Yine Anayasamızın 23. maddesindeki seyahat hürriyetinin dolaylı olarak bir çok hürriyetle ilintili olması nedeniyle de bu yönüyle de kanaatimize göre 2918 Sayılı Yasa'nın 48/6. maddesindeki "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." Anayasamıza aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca Avrupa insan Hakları Sözleşmesi hükümlerinde ve yine Anayasamızın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." bu madde hükmüne göre de bu şekilde trafikteki kabahat eylemi nedeniyle bu oranda Anayasamızın 23. maddesindeki yerleşme ve seyahat hürriyetinin özüne dokunacak surette ve yine ölçüsüz bir şekilde tedbir uygulanması bu yönüyle de kanaatimize göre 2918 Sayılı Yasa'nın 48/6. maddesindeki "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." Anayasamıza aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak; hakkında tedbir uygulanmak istenilen kişi ile ilgili 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 48/6 "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin Anayasa'nın 23. maddesindeki seyahat hürriyeti ve yine bu hürriyet ile bağlantılı olarak bir çok temel hak ve özgürlüğü de dolaylı olarak etkileyebileceği anlaşılmakla Anayasamızın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28. ve 29. maddeleri uyarınca anılan metnin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu tarihten itibaren 5 ay içerisinde, Anayasa Mahkemesi'nce, karar verilmediği taktirde dosyamızın yeniden işleme alınıp (13/03/2011 tarihinde) mevcut mevzuat uyarınca karar verilmesine şeklinde karar vermek gerekmiştir.

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere,

Hakkında tedbir uygulanmak istenilen kişi ile ilgili 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 48/6 "...sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 23. maddesindeki seyahat hürriyeti ve yine bu hürriyet ile bağlantılı olarak bir çok temel hak ve özgürlüğü de dolaylı olarak etkileyebileceği anlaşılmakla Anayasamızın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28. ve 29. maddeleri uyarınca anılan metnin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

Bu tarihten itibaren 5 ay içerisinde, Anayasa Mahkemesi'nce, karar verilmediği taktirde dosyamızın yeniden işleme alınıp (13/03/2011 tarihinde) mevcut mevzuat uyarınca karar verilmesine,

Dair hakkında tedbir uygulanması talep edilen vekilinin yüzüne karşı tedbir istenilenin yokluğunda karar verildi, 13/10/2010"

III- YASA METİNLERİ**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

İtiraz konusu ibareyi de içeren 2918 Sayılı Kanun'un 48. maddesi şöyledir:

“Madde 48- Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmeleri yasaktır.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir.

Bu madde hükmüne uymayan sürücüler derhal araç kullanmaktan men olunur.

(Ek fıkra: 17/10/1996 - 4199/20 md; Değişik fıkra: 21/05/1997 - 4262/4 md.) Toplu taşıma araçlarında sigara içilemez. Sigara içenler hakkında 4207 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun hükümleri uygulanır.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; birinci defasında sürücü belgeleri altı ay süreyle geri alınır ve haklarında 265 300 000 lira para cezası uygulanır. İkinci defasında sürücü belgeleri iki yıl süreyle geri alınır ve haklarında 332 600 000 lira para cezası uygulanır ve bu sürücüler Sağlık Bakanlığınca, esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulurlar, eğitimi başarıyla tamamlayanların belgeleri süresi sonunda iade edilir. Üç veya üçten fazlasında ise, sürücü belgeleri beş yıl süreyle geri alınır ve altı aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır. Ayrıca, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulurlar. Bu değerlendirme ve muayene sonrasında uygun görülenlere, geri alma süresi sonunda sürücü belgeleri iade edilir. Psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 23. maddesine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşım KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin ESASININ İNCELENMESİNE, 7.12.2010 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, sürücü belgesinin, araçların çoğaldığı ve bireysel araç kullanımının arttığı günümüzde seyahat özgürlüğü açısından son derece önemli olduğu, bir kimsenin sürücü belgesinin olmamasının seyahat hürriyetini ciddi oranda kısıtladığı ve trafikteki bir kabahat eylemi nedeniyle sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasının seyahat hürriyetini özüne dokunacak şekilde sınırladığı ve öngörülen tedbirin ölçüsüz olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 23. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanun'un amacı karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda trafik düzeni ve güvenliğinin sağlanması

amacıyla Kanun'un "alkollü içki, uyuşturucu ve keyif verici maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı" başlıklı 48. maddesinde uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu belirtilmiştir. Maddenin itiraz konusu ibareyi de içeren son fıkrasında ise uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile hafif para cezası uygulanacağı ve sürücü belgelerinin süresiz olarak geri alınacağı kural altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.

Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren diğer düzenlemelerde de hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır.

İtiraz konusu kuralın, toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu etkileyen trafik kazalarının önlenmesini sağlamak, dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Ancak itiraz konusu kuralda, sürücü belgesinin geri alınmasının düzenlendiği diğer kuralların aksine muayene ve tedavi tedbirine yer verilmemesi, kişinin tedavi ve ıslah olması halinde sürücü belgesi almasına imkan tanınmaması, güvenli sürüş yeteneğini kaybetme ölçütüne yer verilmemesi ve belirli sürelerle kademelendirmenin de yapılmaması nedeniyle kuralın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açıktır. Ayrıca, yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 23. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, Kanun'un belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilen altıncı fıkrasındaki "sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden önce yer alan "...ve..." sözcüğünün de, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptali gerekir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğan boşluk, kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin, 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE,**

2- 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden önceki "... ve ..." sözcüğünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince **İPTALİNE,**

3- 2918 Sayılı Kanun'un 48. maddesinin 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "...ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesi-

nin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince **İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,**

29.12.2011 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

AIHM KARARLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ¹

AIHM 143 - 05.04.2012

Societe Boygues Telekom v. Fransa - Başvuru No: 2324/08

Rekabeti yok edebilecek bir anlaşma niteliğinde olduğu için; Bouygues Telekom'a karşı açılan davalar hakkaniyete uygundur.

AIHM'nin 5. Dairesi; Societe Boygues Telekom v. Fransa davası (başvuru no: 2324/08)'nda oybirliği ile, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bu karar; kesindir.

Dava; mobil telefon pazarında, rekabeti yok edebilecek nitelikte bir anlaşma yaptığı için, 58 milyon EURO para cezasına mahkum edilen Bouygues Telekom ile ilgilidir.

AIHM; özellikle, Rekabet Komisyonu'nun (karara bağladığı davanın) daha önceden, iki ayrı mahkemede (İstinaf ve Temyiz Mahkemesi) irdelenmiş bir dava olduğu gerçeği ile desteklendiğinden dolayı, Başvurucu Şirket'in masum sayılma hakkını sağlamada gerekli özenle hareket etmiş olduğuna ve Devlet'in, bir aleni duruşma yapılmaması sebebiyle, silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemiş olduğuna karar vermiştir.

Başlıca gerçekler:

Başvurucu şirket Boygues Telekom; Fransız Hukuku'na göre kurulmuş, anonim şirket niteliğinde, Boulogne Billancourt'ta kayıtlı bir şirkettir. Olay tarihinde, Fransız Pazarı'ndaki 3 mobil telefon operatöründen biridir.

Rekabet Komisyonu; Haziran 2002'de, sırasıyla, mobil telefon pazarındaki rekabet durumu ile Fransız Pazarı'nda faaliyet gösteren bu 3 mobil telefon şirketinin uygulamaları ile ilgili iki ayrı davaya katılmaya karar verir. İlk dava; Rekabet Komisyonu'nun kendi girişimi ile açılırken, ikinci dava; bir tüketici derneğinin şikayeti üzerine açılmıştır. 14 Mayıs 2004'te, Rekabet Tüketici İşleri ve Sahteciliği Önleme Genel Müdürlüğü (DGCCRF) tarafından hazırlanmış bir soruşturma raporu, Rekabet Komisyonu'na iletilir. Ağustos 2005'ten itibaren, bu rapordan alınan bilgilerin çeşitli bölümleri medyada yayınlanır ve (raporda) bir fiyat savaşından kaçınmak için bu 3 telefon operatörünün "Yalta" adlı bir mobil telefona ortak olarak sahip oldukları konusunda şüpheli/sanık olmaları gerektiği iddia edilmektedir. Rekabet Komisyonu tarafından, DGCCRF'nin (gizli olması gereken) Raporu'nun basına sızdırıldığı hususunda, savcılığa bilgi verilir. Rekabet Komisyonunun Kararı'ndan önceki gün olan 29 Kasım 2005'te; söz konusu haberlerin tamamen spekülatif ve masumiyet kari-

1 Bu bölümdeki karar çevirileri Av. Hasan ÖZDEMİR tarafından yapılmıştır.

nesinin de ihlali niteliğinde olduğu tekrarlandıktan sonra ikinci olarak, belirli gazetelerdeki haberlerin devamında, operatörlerin para cezalarının gösterilmesinin, onlara karşı bir haber olduğunun tesbit edildiği, Rekabet Komisyonunun Web Sitesi'nde bir açıklama olarak ilan edilir.

Rekabet Komisyonu; 30 Kasım 2005'te kamuya açık olmayan bir duruşmada, bu 3 şirkete (Boygues Telekom için olan 58 milyon EUR para cezası dahil) ekonomik cezalar yükler ve Onların Suçları ile, yüklenen para cezalarının, Onlar tarafından, ulusal iki gazetenin özetlerinde, tam sayfa biçimde yayınlanmasını emreder. Rekabet Komisyonu'na göre; Operatörler, 1997 ile 2003 yılı arasında, oligopol formundaki mobil telefon piyasasında rekabeti bozmak amacı ile ilgili, alışverişlerdeki gizli bilgileri ele geçirmiştir. Rekabet Komisyonu ayrıca; (operatörlerin) 2000 ile 2003 arasında, ortaklaşa kabul ettikleri hedefler temelinde, mobil telefon pazarında serbest rekabeti sınırlamak ve pazarı aralarında bölüşmek amacıyla, kendilerinin bu pazardaki paylarını dondurmak hususunda anlaşma yaptıklarını tesbit etmiştir. Bu üç Şirket; (karara) itiraz eder. Ekonomi Bakanı ve Rekabet Komisyonu da; Paris İstinaf Mahkemesi'ne yazılı görüş sunar. Savcılığın iddianameleri; taraflar için, duruşma sırasında hazır edilir. İstinaf Mahkemesi 12 Aralık 2006 tarihli kararında; Rekabet Komisyonu Kararı'nı, soruşturmanın gizliliğinin ihlali sebebiyle, savunmanın (operatörlerin) haklarının telafisi imkansız biçimde ihlal edilmediğini tesbit eder ve rapor sızdırıldığı zaman, Rekabet Komisyonu'nun, soruşturma raporuna bütün olarak ve tek başına sahip olmadığını (başka bir kurumdan da sızmış olabileceği olasılığı)da ekleyerek, onar. Ayrıca; Rekabet Komisyonu'nun ifade ettiği durum olan, masumiyet karinesinin önemini tekrar ederek, Medya'nın sadece, raporda yazılan, potansiyel para cezalarının yaklaşık miktarını haber konusu yaptığı olgusunu da tesbit eder.

Son olarak İstinaf Mahkemesi; tarafların dava boyunca kendi gözlemlerini ve ihtilaflı prensiplerini sunabilmesinin mümkün olduğunu ve Rekabet Komisyonu'nun, kararını, istinaf mahkemesinin değerlendirmesini mümkün kılacak bir biçimde oluşturduğunu gözlemleyerek, kararı oluşturmuştur. Temyiz Mahkemesi 29 Haziran 2007 tarihli kararında; Başvurucu Şirket tarafından, AİHS'in 2. maddesi (masumiyet karinesi) ve 6/1 maddesi (adil yargılanma hakkı) 'ne dayalı olarak sunulan temyiz gerekçelerini ret etmiştir.

Temyiz Mahkemesi tarafından bu dava düzeltildikten sonra, İstinaf Mahkemesi, 11 Mart 2009 tarihinde verdiği kararının gerekçesinde; Bouygues Telekom'un taleplerini, özellikle, bir rekabet karşıtlığı adına bilgi alışverişi yapılmış olması ve Şirket'e yüklenen para cezasının, Şirketin Ciro su'nu temsil eden % 0,49 oranı ile orantısız olmadığından, ret etmiştir.

Temyiz Mahkemesi 7 Nisan 2010 tarihli bu kararında; esas itibarıyla Boygues Telekom ile ilgili şimdiye kadar olanı (yargılamayı) onamıştır.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM'nin Kompozisyonu:

Başvuru AİHM'e 20 Aralık 2007'de yapılmıştır.

Başvurucu Şirket AİHS'in 6/1. maddesi (adil yargılanma hakkı)'ne dayanarak; Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurmadan önceki yargılamalarda, Rekabet Komisyonu ve Savcılığın Üç Temsilcisi (Ekonomi Bakanı, Rekabet Komisyonu ve Savcılık)'nin müdahalesi esnasında duruşma yapılmamasından şikayet etmiştir. AİHS'in 6/2. maddesi (masumiyet karanesi) gereğince O; Rekabet Komisyonu tarafından karar verilmeden önce, Soruşturma Raporu'nun basına sızdırıldığından şikayette bulunmuştur.

Mahkeme Kararı:

AİHS'in 6/2. maddesi:

AİHM; DGCCRF Raporu'nun medyaya ifşa edilmesinden idari makamların sorumlu olup olmadığına karar verememiştir. Bunun yerine, söz konusu bilgi sızıntısının, davanın adilliğini zayıflatıp zayıflatmadığını bulmaya çalışmıştır. AİHM; basın tarafından ve yaygın olarak, ılımlı bir üslup benimsenerek, Rekabet Komisyonu tarafından vakıaların değerlendirilmesinin önyargısız yapıldığı yazılmışsa da, Başvurucu Şirket'in kesinlikle suçlu olduğunun iddia edilmediğini gözlemlemiştir. Her durumda, 14 Mayıs 2004' ten itibaren Rekabet Komisyonu'nun elinde, Raporun Kendisinden Özetler ve sadece nihai kararı etkileme yeteneği olan içerikler olmuş olmalıdır. Dahası Başvurucu Şirket; dileyen herkesin, Medeni Usul Yasa'nın 9-1. maddesi uyarınca, masum sayılma hakkının ihlaline karşı kullanabileceği, acele usulünü de kullanabilirdi.

Devlet; Başvurucu Şirket'in masum sayılma hakkına saygıyı sağlamak için gerekli titizlikle hareket etmiştir. Rekabet Komisyonu; DGCCRF'nin Raporu'nun basında ifşa edildiği konusunda Savcılığı bilgilendirmiş ve para cezalarının miktarını duyuran basın makalelerine karşı, Başvurucu Şirket'in aleyhine olduğu konusunda, bir tepki açıklaması da yayınlamıştır. Üstelik Boygues Telekom hakkındaki komisyon kararı; İstinaf Mahkemesi tarafından onaylanmış ve 7 Nisan 2010 tarihinde Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararda, esas itibarıyla, basındaki yorumlardan sonra, bazı önemli zaman, gerçekler ve hukuk kurallarını, hep birlikte yönetmeyi güçlendirmiştir.

Bu yüzden AİHM; açıkça dayanaksız olan bu şikayeti, ret etmiştir.

AİHM'nin 6/1. maddesi, silahların eşitliği ilkesi:

Gerçekte, Rekabet Komisyonu, Ekonomi Bakanı ve Savcı; Başvurucu Şirket'in, Onlar'a verdiği cevabı tümüyle dikkate alarak ve engellemeyerek, İstinaf Mahkemesi'ne tüm gözlemlerini sunmuş ve aslında onlar (başvuran şirket için) bir bütünlüklü yanıt olmuştur. O; Savcı'nın sözlü sunumlarına karşı duruşmada da cevap verme şansına sahip olmuştur. Başvuran Şirket; Ekono-

mi Bakanı, Savcı ve Rekabet Komisyonu'nun, kovuşturmalarda, ne, herhangi tür bir avantaja sahip olduğu, ne de, cezalandırma istemi içeren yazılı gözlemlerin sunumu için zaman limiti (artırımı) talebinde bulunduğu yönünde ya da duruşmada sözlü savunmada bulunmak için (ek) zaman talebinde bulunduğu yönünde bir iddia göstermemiştir.

Bu yüzden, bir ihlal olmadığı gibi, silahların eşitliği ilkesinin ihlaline ilişkin, bir gösterge dahi yoktur. AİHM; Rekabet Komisyonu'nun görüşüne belirli bir ağırlık verilmesi ile diğer faktörler arasındaki hesabı dikkate alırken, sunumları bütün olaya uygun olarak değerlendirmenin hakimnin görevi olduğu hususu ile ikincil dileğini de; bulguların çelişkili olmaması gerektiğini dikkate almıştır. Bu nedenle AİHM; açıkça dayanaktan yoksun bu şikayeti de ret etmiştir.

AİHM'nin 6/1. maddesi, kamuya açık duruşma yapılması:

AİHM; Rekabet Komisyonu'ndan önce, İstinaf Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi' nin, kamuya açık bir duruşma yapmasa da, detaylı ve etkili bir incelemeye dayanarak karar verdiğini, davanın olgularının iki mahkeme tarafından gözden geçirilmiş olması ile (kararın) dengelendiğini ve özellikle İstinaf Mahkemesi'nin ihtilafı yargılamada tam yetkili olduğunu dikkate almıştır. Ayrıca, Rekabet Komisyonu bir bağımsız idari kurumdur ve adi suç duruşması davasındaki asliye mahkemesi ve istinafta olan kamuya açık duruşma yapılması gereksinimi, (komisyon için) uygun değildir. Bu yüzden AİHM; bu şikayeti de açıkça dayanaksız bulduğundan dolayı ret etmiştir.

Karar; sadece Fransızca yazılmıştır.

AİHM 142 - 05.04.2012

Chambaz v. İsviçre - Başvuru No: 11663/04

Kovuşturma makamları; bir vergi davasında, (Başvurucu'nun) kendini suçlamadan temize çıkarmak hakkına ve düzenlenen kanıtlara erişim hakkına saygı göstermemiştir.

AİHM 5. Dairesi, bugün ki Chambaz v. İsviçre (başvuru no: 11663/04) Davası'nda, itirazı kabil olmak üzere ve oy çokluğu ile;

Bay Chambaz'ın, kendini suçlamadan temize çıkarmak hakkı konusunda; AİHS' nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı)' nin ihlal edildiğine,

Silahların eşitliği prensibi konusunda (da; yine) AİHS'in 6. maddesi (adil yargılanma hakkı)' nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dava; bay Chambaz'ın bir şirket ve bankalarla yaptığı iş anlaşmaları ile ilgili tüm belgelerin verilmesi talebini ret etmesi ve bir kaç yüz bin Euro para cezasına çarptırılması sebebiyle, İsviçre Mahkemeleri' nde bay Chambaz'a karşı açılan vergi davası ile ilgilidir.

Başlıca gerçekler:

Başvurucu; halen Bermuda'da yerleşik, 1954 doğumlu bir isviçre vatandaşıdır. O; bazıları ile bağlantısı da olan, çok sayıda şirketin dahil olduğu vergi kaçakçılığı davalarına muhatap olmuştur.

Aubonne İlçe Vergilendirme ve Gelir Komisyonu; 1991 yılında, Başvurucu'nun 1989-1990 vergi yılına ilişkin vergilendirilebilir gelirini değerlendirdiğinde, O'nun gelir durumu ile orantısız olarak mal varlığının artması sebebiyle, tüm gelirlerini beyan etmediğini tesbit eder. Başvurucu da bu idari işleme itiraz eder. Onun İtirazının Değerlendirilmesi sırasında ise; kendisinden istenilen çeşitli bilgi öğelerini sağlamayı ret eder. Başvurucu tarafından yapılan şikayetler; doğrudan Federal, Kantonal ve Belediye vergilerine ilişkin olup, 17 ve 29 Ağustos 1994 tarihli idari işlemlerle ret edilir. Aynı idari işlemlerle; O'nun varlıklarını elinde bulunduran bankalar ve bağlantılı olduğu şirket ile yaptığı iş anlaşma belgelerini sağlamayı ret etmesi sebebiyle, 2.000 ve 3.000 İsviçre Frangı (sırasıyla, yaklaşık 1.440 ve 2159 EUR) para cezası ödemesi için ödeme emri tebliğ edilir. Başvurucu; (bu ödeme emirlerine karşı) Vaud Kantonunun İdare Mahkemesi'nde dava açar.

İdare Mahkemesi'nde açılmış dava derdest iken, Federal Vergi Makamları; bay Chambaz ile ilgili olarak bir vergi kaçakçılığı soruşturması başlatır. Başvurucu; İdare Mahkemesi önündeki davada kendini savunmak amacıyla, soruşturma belgesinin de dikkate alınmasını ister. O'nun bu talebi; (bu husus için) bazı şirketlerin de izninin zorunlu olması gerekçesi ile ret edilir. İdare Mahkemesi; 21 Ekim 2002 tarihli kararı ile, belirli bilgi öğelerini sağlamayı ret ettiği için, kendisine (önceden) yüklenmiş para cezalarını da onaylayarak, O'nun davasını ret eder.

Başvurucu; (bu karar) sonrasında, Federal Mahkeme'de temyiz talep eder. O, temyiz sebeplerinde; özellikle vergi kaçakçılığı soruşturması ile ilgili konuda, kendine yönelik suçlamanın ağırlığı sebebiyle bilgi verilmesi ile ilgili gerekliliği öne sürerek, adil yargılanma hakkının bir çok kez ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ayrıca, O; iki davanın eş zamanlı yürütülmesi ve O'nun dosyasına erişiminin ret edilmesi suretiyle, masumiyet karinesi ve silahların eşitliği ilkesinin çiğnendiğini öne sürmüştür. Federal Mahkeme; 2 Ekim 2003'te İdare Mahkemesi Kararı'nı onamıştır. Onlar(vergi makamları)' ın amacının; bay Chambaz'ın vergi yükümlülüklerini belirlemek olmasından itibaren, dava suç niteliğinde olmadığından dolayı, kendini temize çıkarmak hakkına da, masum sayılma hakkına da dayanamamasına sebep olunmuştur. Federal Mahkeme;

Başvurucu'nun Federal Vergi Makamları elindeki tüm belgelere başvurma izni talebinin ret edilmesi ile ilgili olarak, İdare Mahkemesi önünde tüm ilgili belgelere erişiminin sağlanmış olduğunu gözlemlemiştir.

Vergi kaçakçılığı soruşturması; 2006 yılında kesinleşen Federal Mahkeme ve İdare Mahkemesi davası derdest iken açılmıştır. Kantonal Vergi Makamları; sonunda Başvurucu'nun vergi borçları için, 2,318,458 İsviçre Frangı (yaklaşık EUR 1,545,638) ve vergi kaçakçılığı için de, bir miktar indirilmiş miktar olarak 1,304,000 İsviçre Frangı (yaklaşık EUR 869,333) para cezası için ödeme emri düzenler.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM Dairesi'nin Oluşumu:

Bay Chambaz AİHS'in 6/1 maddesi (adil yargılanma hakkına)' ne dayanarak, kendini suçlamadan temize çıkarmak hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. O; aynı gerekçeye dayanarak, Federal Vergi Makamları'nın elindeki tüm belgelere başvurma izni talebinin ret edilmesi ile ilgili de şikayette bulunmuştur. O; ayrıca, AİHS'in 6/2. maddesi (masumiyet karinesi)' nin de ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Başvuru; AİHM'e 26 Mart 2004' te yapılmıştır.

Mahkeme Kararı:

AİHS'nin 6/1. maddesi – yapılan suçlamadan kendini temize çıkarma hakkı:

Sessiz kalma hakkı ve yapılan suçlamadan kendini temize çıkarma hakkı; AİHS'inde özellikle vurgulanmamış olmasına rağmen, genel kabul gören Uluslararası Standartlara göre, adil yargılanma kavramının tam merkezinde yer almaktadır.

AİHM; bay Chambaz'ın geliri ve varlıkları için yapılacak vergi değerlendirilmesini amaçlayan Makamlar'ın, O'nun tüm öğeleri gösterme talebini ret ettiği halde, O' nu, para cezası ve belgeleri sağlama baskısı altına koyduğunu gözlemlemiştir. Vergi kaçakçılığı iddiası ile ilgili konularda bir soruşturma devam ederken ve buna bağlı olarak Başvurucu'nun sessiz kalma hakkını kullanmış olması sonucunda, İsviçre Mahkemeleri; para cezası vererek, O'nu, kendinin suçlu olduğunu kabullenmeye zorlamıştır.

Bu sebeple AİHM; AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHS'in 6/1. maddesi – silahların eşitliği prensibi :

AİHM; diğerlerinin temel haklarının muhafazası ile, hayati ulusal çıkarların korunması gereği sebebi ile, tüm belgelere erişim için izin verilmesine ilişkin sınırlamaların, sadece kovuşturma makamlarının elinde olmasının haklı olduğunu tekrarlar. AİHM; Vergi Makamları'nın bayan ya da bay (kişiler)' a karşı açılmış davalarda, onlara spesifik olarak dayanılmasa

bile, belirli belgeleri davacının temin etmesini talep etmesinin kural dışı olmadığını, öncelikle belirlemiştir. Buna rağmen AİHM; kendisi için değil, yerel mahkemeler için, uygun gerekçelerle bir kanıtı ret etme yetkisinin ancak önerilen kanıt ile ilgili olarak yapılacak değerlendirme ile olabileceğini ifade eder.

Bay Chambazın Davası için uygulanan kısıtlamalar; O'nun özellikle (savunmaya yönelik) açıklamalarındaki eksiklik karşısındaki tutumu sebebiyle, belgelere erişiminin ret edilmesi anından itibaren, diğerleri-nin temel haklarının muhafazası ile, hayati ulusal çıkarların korunması amaçlarını takip etmemiştir. Ayrıca AİHM; ilk derece yargılamalarında yapılmış hataların, Federal Mahkeme'nin kendi değerlendirmeleri sırasında düzeltilmediğini tesbit etmiştir.

AİHM; AİHS'in 6/1. maddesi kapsamındaki silahların eşitliği prensibine saygı duyulmadığından dolayı da sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHS'nin 6/2. maddesi:

Vergi Makamları, işlemleri yürütürken, başvuruçunun suçu sorunundaki durumu ile ilgili hiçbir beyanda bulunmamıştır. AİHS'ne Üye Devletler; şimdiye dek, 6/2. maddenin bir özel düzende, farklı bir uygulamasını önermediğinden, vergi işlemlerinin tamamlanmasından sonra, başvuruçunun kendisi belirleyici olmadan, vergi kaçakçılığından mahkum edildiği bir gerçektir.

Bu sebeple AİHM; açıkça temelsiz olan bu şikayeti ise, kabul edilemez bulmuştur.

AİHS'nin 41. maddesi:

AİHM; AİHS'in 41. madde (hakkaniyete uygun tazmin) talebi yönünden; İsviçre Devleti'nin maddi tazminat olarak Başvuruçuya 3.599 EUR ve masraf ve harçlar için de 7.198 EUR ödemesine karar vermiştir.

AİHM 150 - 10.04.2012

Silickiene v. Litvanya - Başvuru No: 20496/02

Suç süreçleri ile satın alınan mülke el konulması AİHS'ne ihlal teşkil etmez.

AİHM 2. Dairesi, bugün, **Silickiene v. Litvanya (başvuru no: 20496 / 02)** davası hakkında, oybirliği ile verdiği kesin olmayan kararında;

AIHS'in 6. maddesinin 1 ve 2. bendi (masumiyet karinesi ve adil yargılama hakkı) 'nin ihlal edilmediğine,

AIHS' ne ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) 'nin de ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Dava; bir Dulun Mülkü'ne el konulması hakkındaki yargılamanın haksızlığına yönelik şikayet ile ilgilidir.

AIHM; başvurucunun, davasını yerel mahkemelerde yeterince etkili biçimde sunabildiğini ve Onun Eski Kocası tarafından işlenmiş suçlardan dolayı suçlu bulunmadığını tesbit etmiştir.

AIHM; organize suça karşı mücadele için el koymanın yasal bir tedbir olduğunu ve bu yüzden, yerel mahkemelerin el konulan mülkün suç süreçleri ile satın alındığını tesbit ettiğini gözlemlemiştir.

Başlıca gerçekler :

Başvurucu Jurgita Silickiene; 1971 doğumlu, Vilnius (Litvanya)'ta yaşayan bir Litvanya vatandaşıdır.

Başvurucunun Kocası; büyük miktarlarda sigara ve alkol kaçakçılığı yapan bir suç örgütünün oluşturucusu ve lideri olmak dahil, çok sayıda, ciddi suçlamalarla yargılanmış yüksek rütbeli bir mali polis memurudur. O; Ağustos 2000'de tutuklandıktan ve 3 ayrı suça dahil olduğuna dair iddianamenin düzenlenmesinden sonra, Nisan 2003'te hapisanede intihar eder.

Bu arada, 2000 yılında, Müfettiş (savcı), Bayan Silickiene'ye, Kocasına ve Kocasının Annesi'ne ait mülkün, belirli (devir) haklarını dondurur. Bayan Silickienenin Kayınvalidesi'nin yaptığı itiraz sebebiyle, yerel mahkeme 2002'de; onun mülkünün bazı haklarını serbest bırakır.

Bayan Silickiene'nin kendisi ise; mülke el koyma kararına itiraz etmemiştir.

Onun Kocası'nın ölümünden sonra, Litvanya Mahkemeleri; Onlar'ın ilgili olduğu suç örgütünün eylemlerine karşı ceza yargılamasına başlamaya karar vermiştir. Ocak 2004'te, hapiste olan, Bayan Silickienenin Kocasının Suç Ortakları; birkaç yıl hapis cezasına mahkum edilip, hükümlü olmuştur. Mahkeme; suç örgütünün eylemlerinin ürünü olarak elde edildiğini tesbit ettiği, belirli mülke de el konulmasına karar vermiştir. Karar'da; her mülkün özelliği ve her bir el koyma için detaylı gerekçeler de yazılmıştır.

Bayan Silickiene; el koymadan etkilenen tüm insanlar adına itiraz etmek için yeni bir avukat ile anlaşmıştır. Mahkeme; mahkum olmuş kişilerin ait olduğu, bu organize suç örgütünün eylemleri tarafından, yıllardır, Devlet'in sistematik olarak zarara uğratıldığını tesbit ederek, temyizi ret etmiştir. Ayrıca; mülklerine el konulan bu insanlar, mülklerini nasıl elde ettiğini de izah edememektedirler. Ve son olarak; bayan Silickiene'nin, kocasının suç örgütünün

eylemlerinin tamamıyla farkında olması, az (ölçüde) değildir.

İstinaf Mahkemesi; Bayan Silickienenin Kocası'na karşı ceza yargılamasının kesilmesi yüzünden, el koymanın hukuka aykırı olduğu yönündeki, avukat'ın iddiasını da ret etmiştir. Mahkemeler; mülkün transfer edildiği insanlar, mülkün hukuka aykırı kaynağı hakkında bilgi sahibi olursa, Ceza Yasası'nın 72. maddesi gereğince, suç gelirleri ile edinilmiş mülke el koymakla yükümlüdür.

Aynı avukat tarafından yapılan bir temyiz itirazını da, Yargıtay; İstinaf Mahkemesi Kararı'nda hukukun doğrulukla uygulandığı gerekçesi ile ret etmiştir.

Bayan Silickiene, ayrı bir ceza yargılamasında; belgeleri tahrif ve mülkiyeti zimmetine geçirmekten, 4 yıl hapis cezasına mahkum olmuştur. Bununla beraber bir süre sonra O; bir af yasası gereğince, af edilmiştir.

Şikayetler, yargılama usulü ve AİHM Dairesi'nin kompozisyonu:

Bayan Silickiene özellikle; Onun Eski Kocası'na karşı yapılan ceza yargılamasına taraf olmaması yüzünden ve O; (intiharı sonucunda yargılama kesildiğinden) mahkum edilmemiş kocası tarafından işlendiği iddia olunan suçlar sebebiyle, sorumluluk üstlenmeye zorlandığı için kendi haklarını yeterince savunamayacağından şikayetçi olmuştur. O; AİHS'in 6. maddesinin 1. ve 2. bendi ile 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesine dayanmıştır.

Başvuru; AİHM'ne 15 Mayıs 2002' de kaydedilmiştir.

Mahkeme Kararı:

AİHS'nin 6. maddesinin 1. bendi:

Bayan Silickiene; Litvanya Mahkemeleri tarafından verilen el koyma kararının sonucu olarak, kendi mülkünü kaybetmesi hakkında şikayette bulunmuştur. Mülkiyet hakları AİHS'in 6. maddesinin 1. bendinin anlamı içinde sivil haklardan olduğundan, bu maddeye dayalı şikayet düşmüştür.

AİHM öncelikle; 3. kişilere devredilen mülkler dahil, yasadışı yollar ile edinilmiş mülke, mahkemelerin el koymakla yükümlü olması hakkındaki soyut terimlerde, Litvanya Ceza Yasası ile AİHS'in uygunluğu konusunda, (daha fazla) bir araştırmayı davet etmeye gerek bulunmadığını gözlemlemiştir. Sorun; el koyma usulleri sırasında, adil yargılamanın temel prensiplerine uyulup uyulmadığı, yani Bayan Silickiene' ye, mahkemelerde dava açması için, önceden yeterli fırsat verilip verilmediği hususudur.

AİHM; bayan Silickiene'nin, suç organizasyonuna karşı yargılamada taraf olmadığını, samimiyetle tesbit etmiştir. Bununla birlikte (yargılama) sistemi; bu konuda, güvenceler olmaksızın yapılmamıştır. Özellikle O; Kayınvalidesi gibi davranmamış ve mülküne el koymaya karşı, yargısal yeniden incelemek usulleri gibi bir şey yapabileceği halde, bunu yapmamıştır. Ayrıca O'nun çıkarları; tuttuğu yeni bir avukat tarafından, Ocak 2004' teki karara karşı, temyizde

bulunularak temsil edilmiştir. O; mülküne el koyma ihtilafını, her öge ve her bakımdan detaylı biçimde gündeme getirebilmiştir. O; avukatı ile yürüttüğü temyiz sürecinde, mülkünün kaynağının yasallığı ile ilgili kanıtı olmuş olsa, gösterebilirdi. Sonuç olarak AİHM; davada gözlemlenen vakialarda, bayan Silickiene'ye, davasını sunabilmek için yeterli ve mantıklı bir fırsat verilmiş olduğuna karar vermiştir. Bu yüzden AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmemiştir.

AİHS'nin 6. maddesinin 2. maddesi :

Bayan Silickiene; onun mahkum edilmemiş eski

kocasının işlediği iddia edilen suçlardan dolayı, sorumluluk üstlenmeye mecbur bırakıldığını tartışmaya açmaktadır. AİHM; ceza hukukunun temel kuralının, suç işlemiş (olsa bile) hayatta kalamayan kişinin cezai sorumluluğunun olamayacağını vurgular. AİHM; Bayan Silickienenin Kocasının ölümünden sonra, gerçekten, onun yönünden ceza yargılaması durdurulurken, O'nun ile suç örgütü kurmaktan mahkum olmuş ve Onun Suç Ortakları'ndan olan 3 kişi hakkında ise; (ceza yargılaması) O'nun ile beraber durdurulmamıştır. Litvanya Mahkemeleri; tesbit etmiş olduklarından, sadece Bayan Silickienenin Kocasının, yalnız olarak, suç eylemlerinin sonucunda el edilmiş mülklere el koymamıştır. (El konulan mülkler) suç örgütünün tamamının suç eylemlerinin, yasadışı gelirlerinden edinilmiştir.

AİHM; Bayan Silickiene'nin, Onun Kocası tarafından işlenmiş suç için cezalandırılmadığına ve böylece onun eski kocasının suçunun mirasçısı yapılmadığına karar vermiştir. Aynı sebeplerle, AİHM; O, kendine sanki bir ceza suçu yüklenilmiş olduğunu sanıyor olsa bile, (gerçekte) el koyma kararının, herhangi bir suç için, O'nun(Bayan Silickiene) kişisel suçluluğunun bir kanıtı var gibi görülerek uygulanmadığını, tesbit etmiştir.

Buna göre; AİHS'in 6. maddesinin 2. bendinin ihlali de yoktur.

1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi :

Bayan Silickienenin Mülkü'ne; (Litvanya) Ceza Yasası'nın 72. maddesi gereğince el konulmuş olduğundan, yasaya aykırı bir durum oluşmamıştır. Başvurucu; toplumun zararına olarak suç gelirlerinden yarar sağlamadığından dolayı, (sadece) Bayan Silickienenin Eski Kocasının lideri olduğu suç örgütünün, yasadışı elde ettiği varlıklara el konulması yönündeki yasal amacın sağlanması amaçlanmıştır.

AİHM; ayrıca Bayan Silickiene'nin kaçak mallar için kişisel olarak ödemelere katıldığını ve bu yüzden el konulan malların sadece suç örgütünün eylemlerinden elde edilen gelirlerle satın alınması gerektiğini bildiğini gözlemlemiştir. O; belgelerde sahtecilik ve güveni kötüye kullanmaktan da suçlu bulunmuştur. Ek olarak, daha önce 3 farklı yerel mahkeme; el konulan varlıkların, suç örgütünün yasadışı kazançları ile satın alınmış olduğunu tesbit ettiği için,

yargılamada el koyma kararı verilmiştir. Son olarak, yasadışı eylemler; 22 ayrı kategoride kaçakçılık içeren, sistematik ve çok geniş bir ölçekte yapılmıştır. Bu koşullar altında, el koyma; organize suça karşı savaşta esaslı bir tedbir olarak görülmüştür.

Yukarda anlatılanların ışığında ve ciddi bir suçla savaşmak için devletlerin (takdir yetkisi) dilediği biçimde davranabilmesi dikkate alınarak, AİHM; el koymanın, Bayan Silickiene'nin mal ve mülk dokunulmazlığını ihlal etmediğine karar vermiştir.

Bu yüzden; 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi de ihlal edilmemiştir.

Bu karar; sadece İngilizce yazılmıştır.

YARARLI BİLGİLER

REESKONT VE AVANS FAİZ ORANI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reeskont ve Avans İşlemlerinde
Uygulanan Faiz Oranları

YÜRÜRLÜK TARİHİ	İSKONTO FAİZ ORANI	AVANS FAİZ ORANI
1 Ocak 1990	40	45
20 Eylül 1990	43	48,25
23 Kasım 1990	45	50,75
15 Şubat 1991	48	54,50
27 Ocak 1994	56	65
21 Nisan 1994	79	98
12 Temmuz 1994	70	85
27 Temmuz 1994	63	75
1 Ekim 1994	55	64
10 Haziran 1995	52	60
1 Ağustos 1995	50	57
2 Ağustos 1997	67	80
30 Aralık 1999	60	70
17 Mayıs 2002	55	64
14 Haziran 2003	50	57
8 Ekim 2003	43	48
15 Haziran 2004	38	42
13 Ocak 2005	32	35
25 Mayıs 2005	28	30
20 Aralık 2005	23	25
20 Aralık 2006	27	29
28 Aralık 2007	25	27
9 Nisan 2009	19	20
12 Haziran 2009	18	19
22 Aralık 2009	15	16
30 Aralık 2010	14	15
29 Aralık 2011	17	17,75
19 Haziran 2012	16	16,50

HUKUKUMUZDA PARASAL SINIRLAR

	01.10.2011 den önce açılan davalarda ¹		01.10.2011 den sonra açılan davalarda (2012)
	2011	2012	
Senetle / Tanıkla İspat (HUMK 288)	590,00	590,00	2.500,00 (6100 sayılı HMK.md.200)
Görev - Sulh / Asliye (HUMK 8)	7.780,00	-	DEĞER VE MİKTARA BAKILMAKSIZIN ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (6100 sayılı HMK.md.2)
Görev – B.Şehirlerde Tüketici İl Hakem Heyetleri için alt parasal sınır	2.693,78	-	3.032,65*
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin ÜST veya Tüketici Mahkemelerinde delil olacağına ilişkin ALT parasal sınır	1.031,87	-	1.161,67*
Temyiz / Kesinlik (HUMK 427)	1.540,00	1.690,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) ²
Temyiz - İcra Mahkemeleri	4.420,00	4.870,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) ³
Tashihi Karar (HUMK 440)	9.350,00	10.300,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)
Mürafaa (HUMK 427)	15.620,00	17.220,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)

* ÜFE: %12.58 - (TEBLİĞ NO: TGM-2011/ 2- R.G. 26 ARALIK 2011-28154)

** Yeniden değerlendirme oranı: %10.26 - (VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ-SIRA NO:410-R.G.17KASIM 2011-28115)

Not: Bir önceki sayfadaki tablonun dipnotlarıdır.**1 - (HMK.) GEÇİCİ MADDE 1**

(1) Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz.

(2) Bu Kanunun, senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz.

2 - YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6217 Kabul Tarihi: 31/3/2011

MADDE 30- 6100 Sayılı Kanun'a geçici 2. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 3

(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 Sayılı Kanun'un 26/9/2004 tarihli ve 5236 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

3 - İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5311 Kabul Tarihi: 02/03/2005

MADDE 29.- İcra ve İflâs Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 7.- Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun bu kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2003 - 31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 - 30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 - 01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 - 31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 - 31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 - 31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 - 31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 - 31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 - 31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 - 31.12.2011 arası için	365 gün	%9
01.01.2012 - --	----	%9

2012 SGK PRİM ORANLARI

1 Ocak 2012'den 30 Haziran 2012 tarihine kadar;

En az : **296,88 - YTL**

En çok : **1,930,35 - YTL**

1 Temmuz 2012'den 31 Aralık 2012 tarihine kadar;

En az : **315,68 - YTL**

En çok : **2,047,94 - YTL**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçisine ödediği en yüksek brüt maaşın % 33,5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir)

(6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra)

HUKUKUMUZDA SÜRELER

Mahkeme	Cevap+Cevaba Cevap+İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İht. Tedbir /Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz ¹		Temyize Cevap	Karar Düzeltme	Karar Düzeltmeye Cevap	Temyiz Dilekçesinin Reddi Kararının Temyizi
				Tefhim	Tebliğ				
Asliye Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Asliye Ticaret	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Sulh	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		8 Gün	10 Gün	15 Gün ²	15 Gün ³	7 Gün
İş	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8 Gün	8 Gün	10 Gün			7 Gün
Tüketici	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Aile	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Fikri - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
İcra - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta		10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	7 Gün
İdare	30 Gün	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün
Vergi	30	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün

(1) Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (6100 sayılı Kanuna 6217 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 3'üncü Madde fıkra 1) (2-3) Karar Düzeltme Yolu açık olanlar için (HUMK 440/III-2)

GİDER AVANSI HESAP TABLOSU

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebliğat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	
(Tebliğat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı + ulaşım)	224										
											+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		
											+
DİĞER TÛM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR											
MALİYET	50									TOPLAM	50

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (BİR DAVACI, BİR DAVALI, 4 TANIK, KEŞİF ÖRNEK HESAPLAMA)

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebliğat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	70
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	88
(Tebliğat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	224										224
											+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		250
											+
DİĞER TÛM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR											
MALİYET	50									TOPLAM	50
											682

ÇEKİŞMESİZ YARGI (VERASET) TANIK YOK, KEŞİF YOK

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebliğat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	35+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebliğat+tanık ücreti)	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	205										+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FIKİRİ VE SİNAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER TÛM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR											
MALİYET	50										50
										TOPLAM	85

Gönderen: Av. Orhan YILMAZ

Yargıtay'a Göre Kira Artışlarında Uygulanacak Oranlar						
Aylar	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Ocak	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11
Şubat	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96
Mart	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79
Nisan	11.01	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72
Mayıs	10.95	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57
Haziran	10.09	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24
Temmuz	9.03	9.76	5.47	5.33	9.59	
Ağustos	8.29	10.68	4.19	6.18	9.76	
Eylül	7.77	11.29	3.22	6.89	10.03	
Ekim	7.23	12.03	2.20	7.71	10.26	
Kasım	6.75	12.56	1.37	8.27	10.72	
Aralık	6.31	12.72	1.23	8.52	11.09	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranları										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2008	2009	2010	2011	2012	2008	2009	2010	2011	2012
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	2.56	1.17	1.66	1.72	-0.09	1.29	-0.34	1.45	0.73	0.56
Mart	3.17	0.29	1.94	1.22	0.36	0.96	1.10	0.58	0.42	0.41
Nisan	4.50	0.65	2.35	0.61	0.08	1.68	0.02	0.60	0.87	1.52
Mayıs	2.12	-0.05	-1.15	0.15	0.53	1.49	0.64	-0.36	2.42	-0.21
Haziran	0.32	0.94	-0.50	0.01	-1.49	-0.36	0.11	-0.56	-1.43	-0.90
Temmuz	1.25	-0.71	-0.16	-0.03		0.58	0.25	-0.48	-0.41	
Ağustos	-2.34	0.42	1.15	1.76		-0.24	-0.30	0.40	0.73	
Eylül	-0.90	0.62	0.51	1.55		0.45	0.39	1.23	0.75	
Ekim	0.57	0.28	1.21	1.60		2.60	2.41	1.83	3.27	
Kasım	-0.03	1.29	-0.31	0.65		0.83	1.27	0.03	1.73	
Aralık	-3.54	0.66	1.31	1.00		-0.41	0.53	-0.30	0.58	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2008	2009	2010	2011	2012	2008	2009	2010	2011	2012
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	3.00	1.40	2.25	4.13	0.29	2.11	-0.06	3.32	1.14	1.13
Mart	6.26	1.70	4.24	5.40	0.65	3.09	1.05	3.93	1.57	1.55
Nisan	11.04	2.35	6.69	6.04	0.73	4.82	1.07	4.55	2.45	3.09
Mayıs	13.39	2.30	5.47	6.20	1.27	6.38	1.71	4.17	4.93	2.87
Haziran	13.76	3.27	4.93	6.21	-0.24	6.00	1.83	3.59	3.43	1.95
Temmuz	15.18	2.54	4.77	6.18		6.61	2.08	3.09	3.00	
Ağustos	12.49	2.97	5.98	8.05		6.35	1.78	3.50	3.75	
Eylül	11.48	3.60	6.52	9.72		6.83	2.18	4.77	4.53	
Ekim	12.11	3.90	7.80	11.48		9.60	4.64	6.69	7.95	
Kasım	12.08	5.24	7.47	12.20		10.52	5.96	6.72	9.82	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2008	2009	2010	2011	2012	2008	2009	2010	2011	2012
Ocak	6.44	7.90	6.30	10.80	11.13	8.17	9.50	8.19	4.90	10.61
Şubat	8.15	6.43	6.82	10.87	9.15	9.10	7.73	10.13	4.16	10.43
Mart	10.50	3.46	8.58	10.08	8.22	9.15	7.89	9.56	3.99	10.43
Nisan	14.56	-0.35	10.42	8.21	7.65	9.66	6.13	10.19	4.26	11.14
Mayıs	16.53	-2.46	9.21	9.63	8.06	10.74	5.24	9.10	7.17	8.28
Haziran	17.03	-1.86	7.64	10.19	6.44	10.61	5.73	8.37	6.24	8.87
Temmuz	18.41	-3.75	8.24	10.34		12.06	5.39	7.58	6.31	
Ağustos	14.67	-1.04	9.03	11.00		11.77	5.33	8.33	6.65	
Eylül	12.49	0.47	8.91	12.15		11.13	5.27	9.24	6.15	
Ekim	13.29	0.19	9.92	12.58		11.99	5.08	8.62	7.66	
Kasım	12.25	1.51	8.17	13.67		10.76	5.53	7.29	9.48	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2008	2009	2010	2011	2012	2008	2009	2010	2011	2012
Ocak	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11	8.61	10.54	6.16	8.28	6.95
Şubat	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96	8.53	10.41	6.38	7.76	7.48
Mart	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79	8.40	10.29	6.53	7.29	8.02
Nisan	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72	8.33	9.98	6.87	6.79	8.59
Mayıs	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57	8.47	9.49	7.20	6.64	8.68
Haziran	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24	8.64	9.08	7.41	6.47	8.89
Temmuz	9.76	5.47	5.33	9.59		9.07	8.52	7.59	6.37	
Ağustos	10.68	4.19	6.18	9.76		9.43	7.99	7.83	6.24	
Eylül	11.29	3.22	6.89	10.03		9.76	7.52	8.16	6.00	
Ekim	12.03	2.20	7.71	10.26		10.12	6.95	8.45	5.93	
Kasım	12.56	1.37	8.27	10.72		10.31	6.53	8.59	6.13	
Aralık	12.72	1.23	8.52	11.09		10.44	6.25	8.57	6.47	

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI

TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)
01.01.1981 - 30.06.1984	77.500	01.10.1998 - 31.12.1998	200.625.000
01.07.1984 - 31.12.1984	81.250	01.01.1999 - 30.06.1999	286.341.250
01.01.1985 - 30.06.1985	82.820	01.07.1999 - 31.12.1999	345.200.000
01.07.1985 - 31.12.1985	140.300	01.01.2000 - 14.06.2000	506.740.000
01.01.1986 - 30.06.1986	149.450	15.06.2000 - 30.06.2000	558.440.000
01.07.1986 - 31.12.1986	201.600	01.07.2000 - 14.12.2000	587.720.000
01.01.1987 - 30.06.1987	223.200	15.12.2000 - 31.12.2000	646.560.000
01.07.1987 - 31.12.1987	310.200	01.01.2001 - 14.04.2001	646.560.000
01.01.1988 - 30.06.1988	329.00	15.04.2001 - 14.05.2001	663.000.000
01.07.1988 - 31.12.1988	394.800	15.05.2001 - 14.06.2001	730.700.000
01.01.1989 - 14.04.1989	470.000	15.06.2001 - 30.06.2001	768.100.000
15.04.1989 - 30.06.1989	601.600	01.07.2001 - 15.09.2001	807.500.000
01.07.1989 - 14.07.1989	614.400	15.09.2001 - 14.10.2001	835.950.000
15.07.1989 - 31.12.1989	1.049.250	15.10.2001 - 14.11.2001	884.830.000
01.01.1990 - 30.06.1990	1.192.750	15.11.2001 - 14.12.2001	938.330.000
01.07.1990 - 31.12.1990	1.568.000	15.12.2001 - 31.12.2001	978.020.000
01.01.1991 - 30.06.1991	1.969.500	01.01.2002 - 14.05.2002	1.076.400.000
01.07.1991 - 14.07.1991	2.489.600	15.05.2002 - 30.06.2002	1.103.540.000
15.07.1991 - 31.12.1991	3.323.500	01.07.2002 - 30.09.2002	1.160.150.000
01.01.1992 - 14.01.1992	3.385.188	01.10.2002 - 30.09.2002	1.260.150.000
15.01.1992 - 30.06.1992	4.523.225	01.01.2003 - 01.07.2003	1.323.950.000
01.07.1992 - 31.12.1992	4.663.389	01.07.2003 - 31.12.2003	1.389.950.000
01.01.1993 - 30.06.1993	5.917.293	01.01.2004 - 30.06.2004	1.485.430.000
01.07.1993 - 14.07.1993	7.701.460	01.07.2004 - 31.12.2004	1.574.740.000
15.07.1993 - 30.09.1993	8.687.965	01.01.2005 - 31.12.2005	1.648,90 YTL
01.10.1993 - 31.12.1993	8.878.345	01.07.2005 - 31.12.2005	1.727,15 YTL
01.01.1994 - 31.03.1994	9.996.580	01.01.2006 - 30.06.2006	1.770,62 YTL
01.04.1994 - 30.06.1994	11.805.500	01.07.2006 - 31.12.2006	1.857,44 YTL
01.07.1994 - 30.09.1994	13.267.500	01.01.2007 - 30.06.2007	1,960,69 YTL
01.10.1994 - 31.12.1994	13.622.500	01.07.2007 - 31.12.2007	2.030,19 YTL
01.01.1995 - 31.03.1995	14.272.500	01.01.2008 - 30.06.2008	2.087,92 YTL
01.04.1995 - 14.04.1995	16.726.300	01.07.2008 - 31.12.2008	2.173,19 YTL
15.04.1995 - 14.11.1995	18.020.125	01.01.2009 - 30.06.2009	2.260,05 YTL
15.11.1995 - 31.12.1995	19.765.750	01.07.2009 - 31.12.2009	2.365,16 TL
01.01.1996 - 30.06.1996	31.311.650	01.01.2010 - 30.06.2010	2.427,04 TL
01.07.1996 - 31.12.1996	35.176.250	01.07.2010 - 31.12.2010	2.517,01 TL
01.01.1997 - 30.06.1997	53.312.500	01.01.2011 - 30.06.2011	2.623,23 TL
01.07.1997 - 31.12.1997	77.219.375	01.07.2011 - 31.12.2011	2.731,85 TL
01.01.1998 - 30.06.1998	104.734.375	01.01.2012 - 30.06.2012	2.805,04 TL
01.07.1998 - 30.09.1998	181.685.00	01.07.2012 - 31.12.2012	3.033,98 TL

**YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR**

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 6010 sicil sayısında kayıtlı

Av. HÜSEYİN DERİN YARSUVAT

22/05/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1943 yılında İstanbul'da doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10965 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSA KAZIM YILMAZ

29/05/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1952 yılında Uşak'ta doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1978 yılında Eskişehir Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 27238 sicil sayısında kayıtlı

Av. KEMAL YAŞIN

29/04/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1938 yılında İstanbul'da doğmuş, 2000 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2002 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7241 sicil sayısında kayıtlı

Av. KEMALETTİN ERSOY

01/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1934 yılında Tokat/Zile'de doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1972 yılında Tokat Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4499 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET BEDİ OMAV

26/08/2011 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1921 yılında Mardin'de doğmuş, 1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12259 sicil sayısında kayıtlı

Av. İBRAHİM SAHİR YÖRÜK

15/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1934 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1982 yılında hakimlikten Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 40691 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEYİT MEHMET BURUK

02/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1945 yılında Gerede'de doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2011 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8585 sicil sayısında kayıtlı

Av. BAYRAM AZAOĞLU

03/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



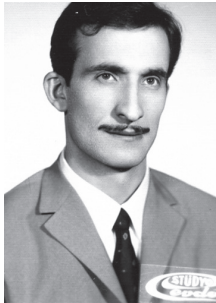
Merhum 1946 yılında Gerede'de doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7577 sicil sayısında kayıtlı

Av. ALİ ÖZDEMİR

06/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1944 yılında Rize/İkizdere'de doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6674 sicil sayısında kayıtlı

Av. RUŞEN EVREN

18/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



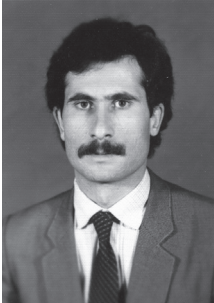
Merhum 1942 yılında Uşak'ta doğmuş, 1967 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 15120 sicil sayısında kayıtlı

Av. GÜVEN FEYZİOĞLU

27/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1966 yılında Kars'ta doğmuş, 1986 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7066 sicil sayısında kayıtlı

Av. ÜLGEN SALMANER

08/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1936 yılında Kars'ta doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11778 sicil sayısında kayıtlı

Av. BEDRİYE KÖKGİL

26/26/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1952 yılında İstanbul'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda tamamlayarak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5607 sicil sayısında kayıtlı

Av. NURTEN GÜNDÜZ

02/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1938 yılında Uşak'ta doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda tamamlayarak, 1966 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	17273	ENVER	BEYHANSOY	ANKARA	10.05.2012
2	28130	M.RENGİN	YILDIRIM	ORDU	10.05.2012
3	40041	BÜNYAMİN	TİRYAKİ	ORDU	10.05.2012
4	25787	NEVZAT	MİLANLIOĞLU	BALIKESİR	17.05.2012
5	39796	ZİŞAN	ERGELEN	MERSİN	17.05.2012
6	18647	YEŞİM	GÜNSEL	İZMİR	24.05.2012
7	29049	ATLIHAN	HATİP	KÜTAHYA	24.05.2012
8	35765	MEHMET	CİHAN	KIZILTUĞ	24.05.2012
9	35967	AHMET	ÇİFTÇİ	KOCAELİ	24.05.2012
10	36578	BEGÜM	ÖZDAMAR	ANKARA	24.05.2012
11	38947	DERYA	KARAGÖL	ANKARA	31.05.2012
12	39871	DUYGU	OVA	SİVAS	31.05.2012
13	40908	H.KÜBRA	AKTAŞ	ŞANLIURFA	31.05.2012
14	12249	Ö.FARUK	HAKSAL	AYDIN	07.06.2012
15	20760	MUSTAFA	ÖZERDEM	KARAMAN	07.06.2012
16	24003	NİLGÜN	UZUN YILDIZ	İZMİR	07.06.2012
17	35223	HÜSEYİN	ÖZTÜRK	ANKARA	07.06.2012
18	41495	F.YAVUZ	ATMACA	BOLU	07.06.2012
19	42459	G.EMİN	AKIN	BALIKESİR	07.06.2012
20	24726	KEMALETTİN	KÖSE	KOCAELİ	14.06.2012
21	27393	ÖZLEM	GAZEL	TEKİRDAĞ	14.06.2012
22	29263	M.FATİH	ÖNTÜRK	HATAY	14.06.2012
23	33492	SEVAL	DEMİR	ANKARA	14.06.2012
24	34172	ÖZGÜN	AKGÜN	TEKİRDAĞ	14.06.2012
25	36032	A.ÜMİT	AKDENİZ	KAYSERİ	19.04.2012
26	40996	GAMZE	DÖNMEZ	TEKİRDAĞ	19.04.2012
27	41987	GİZEM	ELMACA	HATAY	19.04.2012
28	42752	VEDAT	ŞENGÖL	VAN	26.04.2012
29	43250	İSMAIL	BOZKAN	RİZE	26.04.2012
30	36141	BURKAY	ARAZ	ANKARA	26.04.2012
31	38290	NAZLI	TÜRMEN	İZMİR	26.04.2012
32	38463	NURGÜL	BAYRAM	SAKARYA	26.04.2012
33	38909	İLYAS	GÜLE	ANKARA	21.06.2012
34	40668	CANSU	HAKSÖZ	HATAY	21.06.2012
35	41405	ÖZGE	OKAN	KOCAELİ	21.06.2012
36	42463	B.DİNÇ	ÖRGEN	ADANA	21.06.2012
37	24457	FIRAT	YAĞCI	ÇANAKKALE	28.06.2012
38	36040	ÜMİT	ÇAKIR	İZMİR	28.06.2012
39	36211	YUSUF	APAYDIN	DENİZLİ	28.06.2012
40	42429	ESRA	ERDEM	ELAZIĞ	28.06.2012

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket Tarihi
1	36397	S.AKTÜRK	ÇALIŞKAN	İstifa	17.05.2012
2	38744	SABRİ	BULUT	İstifa	17.05.2012
3	42586	AYBÜKE	DEMİR	İstifa	17.05.2012
4	16184	F.ÖZYALÇIN	ÇEŞMECİ	İstifa	24.05.2012
5	35987	ZAFER	DAŞKIN	İstifa	31.05.2012
6	21103	OSMAN	TUNÇ	İstifa	31.05.2012
7	27117	H.MUSTAFA	YILMAZ	İstifa	31.05.2012
8	35778	HÜSEYİN	AKIN	İstifa	31.05.2012
9	36555	TUĞBA	BORAN	İstifa	31.05.2012
10	39542	FATİH	MEHMET	İstifa	31.05.2012
11	41592	YUSUF	EFE	İstifa	31.05.2012
12	17093	SÜLEYMAN	BAYHAN	İstifa	07.06.2012
13	10783	OSMAN	RAHMİ	İstifa	14.06 .2012
14	18944	HATUN	EKBER	İstifa	14.06.2012
15	30793	EMEL	OKYAR	İstifa	14.06.2012
16	10587	BEHLÜL	SERMET	İstifa	28.06.2012
17	28084	A.LEVENT	AKÇAOĞLU	İstifa	28.06.2012

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

- A -

AÇIK AYIP	451
ADİ KİRA SÖZLEŞMESİ	340
AİLE KONUTU	343
ANAHTAR TESLİMİ	366
ARAÇ KREDİSİ.....	430
ARAÇ SATIM SÖZLEŞMESİ	450
ARAZİ NİTELİĞİNDEKİ TAŞINMAZ	362
AVUKATLIK ÜCRETİ.....	446
AYRILAMAYAN KUSURU.....	356

- B -

BAHŞIŞ	371
BANKANIN SORUMLULUĞU	421, 430
BARAKA VASFINDAKİ MECURUN TAHLİYESİ.....	365
BASIN İŞ YASASINA TABİ OLARAK ÇALIŞANIN KIDEM TAZMİNATINDA KIDEM SÜRESİNİN HESABI.....	312
BEDELE DÖNÜŞTÜRMEDE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN BAŞLANGICI... 361	
BEDEL İNDİRİMİ.....	321
BELEDİYE BÜFESİ.....	257
BEŞ YIL KULLANILMAYAN MARKA.....	423
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	428
BORÇLU TEMMERRÜDÜ.....	368
BOŞANMA KOŞULLARI.....	342

- C / Ç -

CEZANIN ÜST SINIRDAN TAYİNİ.....	466
CİNSEL SALDIRI SUÇU.....	469
ÇAĞRI USULÜYLE ÇALIŞMA.....	328
ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ.....	425

- D -

DAİN VE MÜRTEHİN KAYDI.....	305
DAVADA GÖREV.....	299, 454
DAVADA HASIM	449
DAVADA İZLENECEK YOL	305
DAVADAN SONRA BİRLİKTE YAŞAMIN DEVAMI	342
DAVA DİLEKÇESİNİN DAVALIYA TEBLİĞİ.....	396
DEĞER TESPİTİ	362
DEPREMDE YIKILAN BİNA	275
DÖRT AYLIK ÜCRET VE TAZMİNAT HAKLARI	395

- E -

ECR-İ MİSİL GEÇERSİZLİĞİ.....	340
EHLİYETSİZLİĞİN TESPİTİ	331
EKSİK İFA.....	321
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE ÇEVİRİLMESİ.....	295
ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET.....	349
ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞMESİ.....	364
EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI.....	371, 372
EMSAL ÜCRET BİLGİLERİ	383
ESERDEKİ GİZLİ AYIP	451

ESER SÖZLEŞMESİ.....	451
ESKİ HALE GETİRME	463
EŞİN RIZASI OLMADAN VERİLEN İPOTEK	343
EYLEM İLE YAPTIRIM ARASINDAKİ ORANSIZLIK	389

- G -

GEÇERLİ VASIYETNAME.....	347
GEÇERSİZ FESİH	389
GEÇMİŞTEKİ OLAYLAR.....	389
GEREKÇELİ KARAR İLE KISA KARARIN ÇELİŞKİSİ	438
GÖREVLİ MAHKEME	257, 385
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	468

- H -

HAKLI FESİH	408
HAKSIZ FİİL.....	275
HARÇ ÇEŞİDİ.....	363
HAREKETE SON VERME	465
HATADAN DOLAYI İNCELEME YÖNTEMİ	444
HATALI ÜRETİLMİŞ TELEVİZYONDAN DOĞAN YANGIN.....	323
HAVA TAŞIMASI.....	428
HESAPLAMA YÖNTEMİ.....	434
HESAP YÖNTEMİ.....	373
HIRSIZLIK SİGORTASI.....	431
HÜKÜMSÜZLÜK İDDİASI	423

- I / İ -

İSLAH.....	247, 359
İSLAH ve ZAMANAŞIMI.....	376
İSLAH YOLUYLA ZAMANAŞIMI.....	353, 354
İCRA İNKAR TAZMİNATI.....	446
İCRANIN GERİ BIRAKILMASI.....	282
İDDİANIN İSPATI.....	393
İHTİRAZİ KAYIT.....	464
İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞARTLARI.....	464
İNSAN ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS.....	465
İSPAT KÜLFETİ.....	309, 442
İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ.....	410
İŞÇİNİN DAVRANIŞLARI.....	389
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN İSPATI.....	383
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ.....	408
İŞE İADE DAVASI SONUÇLARI.....	373
İŞKOLU KAVRAMI.....	401
İŞ SÖZLEŞMESİ.....	385
İŞTİRAK NAFKASI.....	435
İZLENECEK YOL.....	331, 334

- K -

KADININ SOYADI.....	325
KAMU KURUMU GÖREVLİSİNİN HİZMETTEN AYRILABİLEN	
KİŞİSEL KUSURU.....	356
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA.....	261
KAPALI KAYDIN AÇILMASI.....	325
KASKO SİGORTASI.....	305

KAT MÜLKİYETİ	463
KAT MÜLKİYETİNE İLİŞKİN DAVALAR	346
KIDEM TAZMİNATI	408
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ.....	434
KIDEM TAZMİNATI HESABI.....	328
KİMLİK BİLGİLERİ	453
KİRA BEDELİ	252
KİRACININ HAKLARI.....	266
KİRA PARASININ ÖDENECEĞİ GÜN	368
KİRA SÖZLEŞMESİNİN KİRALAYAN TARAFINDAN FESHİ.....	266
KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	366
KİRAYA VERİLEN TAŞINMAZ.....	369
KONUSUZ KALAN DAVA.....	363
KREDİ KARTINDAN DOĞAN DAVADA GÖREV.....	427

- M -

MAHKEMECE İZLENECEK YOL.....	364
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ	401
MAHKEMENİN ARAŞTIRMA GÖREVİ	412
MASRAFLARIN PAYLAŞILMASI.....	339
MENFİ ZARAR.....	266
MENKUL SATIŞI	442
MİRASÇILIK BELGESİ	307
MİRASTA BAĞIŞ	336
MİRASTAN ISKAT	309
MURİSİN YANILMASI	309
MURİS MUVAZAASI	331
MÜSPET ZARAR	266

- N -

NAFAKA	344
NAKLİYAT SİGORTASI	428
NÜFUSTA KAYDI OLMAYAN KİŞİ	453

- O / Ö -

ORTAKLIĞI KORUMA EYLEMLERİ	349
ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK	470

- P -

PİLOTUN HAKSIZ FESİH TAZMİNATI	438
POLİÇE KOŞULLARI	431
PROJEYE AYKIRILIK	339

- R -

REKABET YASAĞI	425
RİZİKONUN ÖNCEDEN OLUŞMASI	461
RÜŞT YAŞININ GELMESİYLE NAFAKANIN SONA ERMESİ	435

- S / Ş -

SAHTE NÜFUS CÜZDANIYLA PARA ÇEKİLMESİ	421
SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ	420
SENDİKAL TAZMİNAT	393
SENDİKA ÜYELİĞİ	401
SGK`NİN RÜCU DAVASINDA FAİZ BAŞLANGIÇ TARİHİ	415

SİGORTA POLİÇESİ TARİHİ.....	461
SİTEDE TAŞINMAZ SATIŞI.....	321
SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NA YAPILAN TAKİPLER.....	437
ŞEKİL KOŞULU.....	450

- T -

TAHKİM İTİRAZI	420
TAHLİYE	282
TAHLİYEDE İZLENECEK YOL.....	369
TAKDİR EDİLECEK SÜRE.....	344
TAKSİRLE İNSAN ÖLDÜRME.....	466
TAPU İPTALİ.....	285
TAPU KAYDINA GÜVEN İLKESİ.....	289
TAPU KAYDINDAKİ YANLIŞLIĞIN DÜZELTİLMESİ.....	449, 454
TAŞINMAZI KULLANIM ŞEKLİ.....	285
TEBLİGATTA UYGULANACAK YÖNTEM.....	396
TEKRAR İŞE BAŞLAMAYAN İŞÇİ	395
TEKRAR İŞE BAŞLATILMA	373
TENKİS	336
TENKİSE TABİ TASARRUFLAR.....	347
TENKİS KURALLARI	334
TEREKE TESPİTİ.....	334
TESPİT DAVASI	252, 453
TIBBİ HATA	444
TİCARET ODASI BİLGİLERİ.....	372
TİCARET USULÜNE AYKIRI TERK ETMEK.....	457
TİCARİ AMAÇLA TAŞINMAZ SATIŞI.....	299
TÜKETİCİNİN HAKLARI	440

- U / Ü -

USULİ EKSİKLİĞİN YARGILAMAYA ETKİSİ	444
ÜCRET KAVRAMI	371
ÜCRET VE EKLERİN ÖDENMESİNDE TEMERRÜT NEDENİ İLE İŞ AKDİNİN FESHİ	410
ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU	323
ÜRETİM HATASI OLAN SANAYİ MALLARI	440

- V -

VASİYET ALACAKLISI	307
VEKALET SÖZLEŞMESİ	385

- Y -

YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANIMA VE TENFİZİ.....	419
YETERLİ DELİL TOPLANMAMASI.....	412
YETKİ TESPİTİ.....	401
YÖNETİMİN DAVA EHLİYETİ	346
YÜKLENİCİNİN KUSURU	339

- Z -

ZAMANAŞIMI.....	247, 359
ZAMANAŞIMI SÜRESİ	275
ZAYİ OLAN ÇEKİN İPTALİ	417
ZAYİ OLAN ÇEKİN MEŞRU HAMİLİ.....	417
ZİMMET	468

