

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MART - NİSAN 2013

CİLT: 87 • SAYI: 2013/2 ISSN 1304-737X





İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MART-NİSAN 2013
CİLT: 87 • SAYI: 2013/2 ISSN 1304-737X

*Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.*

*Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.*

•••

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 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,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52 'ye fakslanması gerekmektedir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

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

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. Hüseyin ÖZBEK
Av. Füsun DİKMENLİ

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. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri

Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (197) / Faks: (0212) 293 89 60
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

Baskı: Mart 2013

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN	9
YAZILAR	13
Tapu Sicili “Herkes Açık” Mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: Mk 1020 Av. Dr. Rona AYBAY.....	15
Kadın- Erkek Eşitliği ve Silah Kullanma Yasağı Üzerine Yeni T.C. Anayasası'na Değişiklik Önerileri Prof. Dr. Mahmut T. BİRSEL	32
Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilaçosu Prof. Dr. Haluk SUMER	39
Merkezi Isıtma Ve Sıcak Su Sisteminin Bulunduğı Yapılarda Isı Giderlerinin Paylaştırılması Esasları (Isı Pay Ölçer Sistemi) Ve Bunun Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Sonuçları Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL	54
6356 Sayılı Yasa ve Sedikal Haklar Av. Dr. Murat ÖZVERİ	89
Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları Ve Muvazaa İddiası Av. Püren KUNT	122
İsviçre Medeni Kanunu'nun Kat Mülkiyeti İle İlgili Hükümleri Yrd. Doç. Dr. Ebru CEYLAN.....	146
Gazetecilerin Haber Kaynakları İle Haber Kaynağının Gizliliğı Nasıl Sağlanabilir? Fikret İLKİZ	153
Tutukluyken Milletvekili Seçilenlerin Tahliye İstemlerini Reddeden Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Kararıyla İlgili Bir İnceleme Av. Osman KUNTMAN.....	168
Toplu Yapılarda Genel Kurul Tuğba SEMERCİ	190
6322 Sayılı Kanun İle Getirilen Girişim Sermayesi Fonu Yavuz AKBULAK	214
Binalarda Yapım ve Bakım Eksiliğinden Sorumluluk Av. İlker Hasan DUMAN	224
Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller Av. Ahmet AYDIN	269
Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması Av. Gökhan ÖNDERİ	274
Sanatçılarda Sosyal Güvenliğı Av. Kayhan ÖZEL.....	300

Donanımlı Olan İnsan Özgür Birey Olur	
Av. Ali ŞENOĞLU	307
Ticari Vekil	
Caner TAŞATAN.....	321
Müdafii Ve Ceza Muhakemesinde Müdafii İle İlgili Koruma Tedbirleri	
Av. Çağatay UYGUN.....	341
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesi	
Av. Erol KARAASLAN.....	356
Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri	
Av. Ramazan GÖNEN.....	388
Miras Bırakanın Verdiği Para İle Mal Kazandırma Halinde Denkleştirici Adalet Kurullarına Göre Yapılan Hesaplama Uygulamasından Yargıtay'ın Geri Dönmesi Nedeniyle Oluşan Davacı Zararları Nasıl Giderilecektir?	
Av. Erdoğan GÖKÇE	397
Yeni Teşvik Sistemi	
Av. Hakan KARAKURT	399
Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanların Vermiş Oldukları Zararlardan Sorumluluk	
Av. Halis YAŞAR.....	409
Anonim Şirketlerde Hakim Pay Sahibinin Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Satın Alma Hakkı)	
Av. Ramazan YILMAZ.....	440
Bilişim Hukuku Ve Alan Adları	
Av. Esra GÜLTEKİNER.....	445
Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü	
Av. Duygu YILDIRIM ERTÜTÜNCÜ	458
“Takip Dayanağı Senedin Sahte Olduğu” İleri Sürülerek İcra Takibinin Teminatsız - Durdurulması	
Av. Talih UYAR.....	488
YARGITAY KARARLARI	
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	518
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi	557
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi	561
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	568
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	571
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi	579
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi	580
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi	584
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi	586
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	591
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi	636
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	645
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi	650
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi	662

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi	664
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi	668
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi	681
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi	687
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi	697
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları	701

UYGULAMADAN DOSYALAR

Dosyalar	711
----------------	-----

HUKUKSAL GÜNDEM

Tüketici Hukuku Ve Uygulamalarına Genel Bakış

Av. Aydeniz Alisbah TUSKAN	721
----------------------------------	-----

Tüketici Hukuku Uygulamasında Paket Tur Sözleşmelerinden

Kaynaklanan İhtilaflar

Av. Yunus ÖZAK.....	726
---------------------	-----

YARARLI BİLGİLER

Tablo ve Cizelgeler	739
---------------------------	-----

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz	753
-----------------------	-----

Nakiller	756
----------------	-----

Ayrılmalar	757
------------------	-----

KAVRAM DİZİNİ

Kavramlara Göre Arama Dizini	760
------------------------------------	-----

YAYIN KURULU'NDAN



AVUKATSIZ ADLİYELER

Tapu Sicili'nin herkese açıklığı konusunda belirsizlikler ve bununla birlikte ortaya çıkan tartışmalar güncelliğini koruyor. Özellikle uygulamacı avukatların sıklıkla Tapu Dairelerinin bazı uygulamalarından kaynaklanan yakınmaları da oldukça fazla...

Konu hakkında Dergimizde daha önce yazı ve kararlara yer vermiştik. Bu sayımızda da değerli hocamız **Prof. Dr. Rona Aybay**'ın konuyu ele alan yazısına yer veriyoruz. Hocamız ricamızı kırmayarak kaleme aldığı yazısında "Tapu Sicili Aleniyeti" kavramını bilimsel veriler ışığında uygulama sorunlarını irdeliyor. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1020. maddesinde yer alan tapu sicilinin "ilgisini inanılır kılanlara" açık olduğu yönündeki hükmün içeriğini sorguladığı makalesinde Aybay, yolsuzlukla savaşımın gizliliği değil açıklığı ve saydamlığı öne çıkararak yapılması gerektiğini, kötü niyetli kişilerin bilgilere ulaşmasını engellemek için konduğu ileri sürülen ibarenin bu kişiler açısından ne derece caydırıcı olacağının tartışmaya açık bir durum yarattığının altını çiziyor.

Bir diğer hocamız **Prof. Dr. Mahmut T. Birsnel** de bu sayımızda yer alan yazısında Kadın Erkek Eşitliği ve Silah Kullanma Yasağı konusunu ele alıyor. Hocamız sorunun çözümüne katkı sunması açısından Anayasal düzenlemeye gidilmesi gerektiğini anlatıyor.

15-21 Mart tarihleri arası Tüketiciyi Koruma Haftası... Satım ve tüketim sözleşmelerinin "zayıf halkası" konumundaki tüketicilerin haklarının bilincinde olmaları ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen haklarını kullanabilmeleri ve bilinçli tüketici statüsüne erişmeleri için çeşitli etkinlik ve çalışmalar yürütülüyor.

Biz de bu sayımızda Hukuksal Gündem köşemizi bu konuya ayırdık ve Tüketici Hukuku konusunda yazılmış makale ve içtihatları yer verdik. Konuyla ilgili herkesin ilgisini çekeceğini düşünüyoruz.

Çağlayan Adliyesi'nden sonra Anadolu Yakası Adliyesi de hizmete girdi. Bu Adliye de sorun ve sıkıntılarla açıldı. Avukatların üst araması konusunda benzeri sorunlar yaşanmaya devam ediyor. Baro'ya ayrılan yerlerin yetersizliği de bu duruma eklenince birilerinin "Avukatlar olmasa adliyeler ne güzel yönetilirdi," düşüncesiyle hareket edip avukatsız adliye modeli oluşturma çabası içinde olduğunu düşünmeden edemiyoruz.

Bu duygularla 5 Nisan Avukatlar Günü'nüz; günümüz kutlu olsun!

Yeni yayınlarda buluşma umuduyla...

Yayın Kurulu



PROF. DR. AYDIN AYBAY

1929 - ...

Saygıyla Anıyoruz.

YAZILAR



TAPU SİCİLİ “HERKESE AÇIK” MIDIR? ÇELİŞKİLER YUMAĞI BİR MADDE: MK 1020

Av. Dr. Rona AYBAY

I-Medeni Kanun'un düzenlemesi

1) Giriş

Hukuk fakültelerindeki ilk derslerden başlayarak öğrencilere şu öğretilir: Medeni Kanun'a göre tapu sicili “aleni”dir. Yürürlükteki, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 4. Kitabının Üçüncü Kısım” hükümleri (m.973 vd.),” Zilyetlik ve Tapu Sicili” başlığını taşımaktadır. 997. maddeyle başlayan hükümler de “Tapu Sicili” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu başlık altında **“Taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur “** (m.997/I); **“Taşınmazlar, buldukları bölgenin tapu siciline kaydedilir.”**(1004) **“Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur”** (m.1007) gibi önemli ve temel nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca;

“Resmi siciller ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.”

“Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir” (m.7) hükmü de konumuzla ilgili sayılabilir.

Önceki Medeni Kanun'un 928. maddesi “Tapu sicilinin aleniyeti” başlığı altında şu hükmü içeriyordu: **“Tapu sicili alenidir.”**

Yeni MK'nun 1020. maddesinin gerekçesinde, eski kanunun 928. maddesiyle, yeni madde arasında **“hüküm değişikliği yoktur”** anlamı yer almıştır. Dolayısıyla, bu konuda herhangi bir yasa değişikliği öngörülmemiş;madde gerekçesine göre, yeni maddede sadece dille ve biçimle ilgili değişiklikler yapılmıştır.

Peki aleniyet ne demektir? “Aleniyet” in anlamı “kamuya açık”; “herkesçe ulaşılabilir”; “herkese açık” olmaktır. Nitekim, günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı MK da, şu ilkeyi koymuştur: **“ Tapu sicili herkese açıktır”** (m.1020).

Ancak, tapu siciliyle ilgili olarak yasada sözü edilen “herkese açık” olmanın (yada eski deyimle “aleniyet” in) gerçek yaşamda pek gerçekleşmediğini; bunun olsa olsa “sanal” bir “herkese açıklık” olduğunu, hepimiz kendi mesleksi ya da kişisel deneyimlerimizden bilebiliriz. Tapu sicilinde yazılı bilgilere ulaşmak hiç de kolay değildir. Zaten, Medeni Kanun’un ilgili maddesi de (MK.1020) birinci tümcesiyle koyduğu “Tapu sicili herkese açıktır” ilkesini, hemen ardından gelen tümceyle değerden düşürmektedir: tapu kütüğündeki bilgiler herkese değil, sadece **“ilgisini inanılır kılanlara”** açıktır:

“İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir”(MK 1020 /II).¹

Öte yandan; aynı kanun maddesinin son fıkrası da şu hükmü koymaktadır: **“Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez”** (MK1020/III).

Kanun'unun bu çelişkili anlatımından çıkan sonuç şudur:

- i. Tapu sicili herkese açıktır diyorsak da, o kadar açık değildir!
- ii. Çünkü bu açıklık “herkesin” değil sadece, **“ilgisini, inanılır kılanlar”**ın yararlanabildiği bir açıklıktır.
- iii. Ama, **“ilgisini inanılır kılamamış”**; dolayısıyla da tapu sicilindeki kayıtları görememiş olsa bile, herkes tapu sicilindeki kayıtları bilmekle yükümlüdür.

Öte yandan şu da sorulmalıdır: Buradaki “inanılır kılma”nın içeriği nedir? Tapu sicilindeki bir kaydı görmek isteyen kişinin yerine getirmesi gereken “ilgisini inanılır kılma” yükümlülüğü ne demektir? Sözü edilen ilgi ne tür bir “ilgi” olmalıdır? Kişinin, tapudaki kayıtla ilgilenmesinin nedenini açıklamak zorunda olması niçin gereklidir?

Kişi, bu ilgisinin “inanırlılığını” kime karşı ve hangi araçlarla kanıtlamak durumundadır? “İlgisinin inanılır” olduğuna yada olmadığına kim; hangi ölçütlere göre karar verecektir? Bu karar karşısında başvurulabilecek “etkili bir başvuru yolu” var mıdır?

Bütün bu sorular, topluca değerlendirildiğinde, tapu sicilindeki bilgilerin “herkese açık” olması kulağa hoş gelen bir nağmeden öteye geçme-

¹ Bu hükmün eski kanundaki anlatımı şöyleydi: “Alâkası olduğunu ispat eden herkes, kendisince ehemmiyetli olan başlıca sahifelerin evrakı müsbitesiyle birlikte tapu sicili memurlarından biri huzurunda kendisine irae edilmesini yahut bunların birer suretinin verilmesini isteyebilir. Kimse, tapu sicilinde mukayyet olan bir keyfiyetin kendinse meçhul olduğu yolunda bir iddia dermeyan edemez” (eski MK m.928).

mekte; tapu sicilindeki bilgilere ulaşmak, her türlü keyfiliğe açık olarak tapu sicili yöneticilerinin takdirine kalmış görünmektedir.

Uygulamada, zaten çoğu zaman iş yükü ağır olan tapu görevlilerinin, bilgi vermek ve özellikle kayıtları göstermek konusunda çok isteksiz oldukları bilinen bir gerçektir.

Özetle durum şudur: Herkes, tapu kütüğündeki bilgileri bilmek zorundadır ama, o bilgilere ulaşmak ancak "ilgisini inanılır kılanlar" için olanaklıdır, bu inanılabilirliğin kanıtlanması da keyfiliğe açık bir düzenlemedir. Kısacası, tapu sicilindeki bilgilerin herkesçe bilindiği, yasanın öngördüğü bir varsayımdır; ama bu varsayımın gerçekleşmesi hiç de kolay değil; oldukça zahmetli ve külfetli bir iştir.

Tapu kütüğündeki kayıtların herkese açık olduğu varsayımın kabul edilebilir olması için, tapu sicilindeki bilgilerin gerçekten "herkese açık" ve kolay ulaşılabilir olması gerekir. Dünyada böyle işleyen dizgeler vardır. Birçok ülkede, herkes özel bir çaba harcamasına hiç gerek olmaksızın, tapudaki bilgilere kolayca ulaşabilmektedir. Örneğin, Kanada'da insanların, bağlantı kurdukları internet yoluyla bütün taşınmazlarla ilgili bilgileri evlerindeki bilgisayarlar aracılığıyla okuyabildiklerini duymuştum; gittiğimde kendim de gördüm. Herkes, kimseye sormadan, hiçbir ücret ödemeden, evindeki internet bağlantısı aracılığıyla kentteki bütün binaların mülkiyet vb. durumu hakkında bilgiye ulaşabiliyordu.

Taşınmazın üzerindeki ipotekler gibi daha ayrıntılı konularda bilgi edinmek için ise, kentin merkezindeki bir ofise gitmek gerekiyordu. **Calgary** kentinin merkezinde, tepesinde döner bir restoran olan kocaman kulenin bile maliklerinin kim olduğunu, kule üzerindeki ipotek haklarının sahiplerini ve borç tutarlarını, bir bilgisayar çıktısı olarak elde etmem hiç de zor olmadı. Bunun için, bilgileri niçin istediğimi anlatmam ya da "**ilgimi inanılır kılmam**" şöyle dursun kendimi tanıtmam, bir kimlik belgesi göstermem bile gerekmedi. Sadece sayfalarca tutan bilgisayar çıktıları için, bir fincan kahve parası kadar masraf ödedim.

Tapu kütüğündeki bilgilerin herkese açık (aleni) olduğundan, ancak böyle bir ortamda söz edilebilir. Herkesin, tapudaki bilgileri bildiği varsayımı da ancak öyle bir yerde haklı görülebilir.

İstenirse, böyle bir sistemi Türkiye'de de uygulamaya koymanın alt yapısı hazır görünmektedir. Çünkü, tapu kütüklerindeki kayıtların, bilgisayar ortamına geçirildiği anlaşılıyor. Artık Türkiye'de kişiler "**e-devlet**" denilen internet sistemi yoluyla kendi şifresini kullanarak, adına kayıtlı taşınmaz mallarla ilgili bilgilere ulaşabilmektedir.

Altyapının hazır olduğu düşüncemiz bu duruma dayanmaktadır.

2) MK m. 1020'nin, kaynak kanundaki değişiklikler karşısında nasıl değerlendirilmesi gerekir?

Yukarıda da değindiğimiz gibi, bugünkü MK m.1020'nin öncüsü,1926 yılında kabul edilmiş Türk Medeni Kanun'unun 928. maddesiydi ve bu madde İsviçre Medeni Kanun'unun özgün biçimi olan 1912 metninin 970. maddesinden den alınmıştı. İsviçre MK m. 970 'in özgün biçimi de önce tapu sicilinin "aleni" olduğunu belirtiyor ama ardından, bu kayıtları görebilmeyi "ilgili bir taraf olduğunun ilk bakışta (*prima facie*) kanıtlanabilmesi" koşuluna bağlıyordu.

İsviçre Medeni Kanun'unun bu hükmü,1 Ocak 1994 de yürürlüğe giren 4 Ekim 1991 tarihli bir kanunla önemli değişikliğe uğramış; ayrıca kanuna 970a hükmü eklenmiştir. Öte yandan, 19 Aralık 2003 tarihli "Elektronik İmza Kanunu" ile de İsviçre MK m. 970 ve 970a'ya eklemeler yapılmıştır. İsviçre Medeni kamunda yapılan bu değişiklikler, spekülasyonları önlemek, bilgi edinilmesini kolaylaştırmak ve tapu sicilindeki bilgilere "şeffaflık" sağlanması yönünde olmuştur Bu değişikliklerin sonucunda, İsviçre'de, belli bir taşınmazın malikinin kim olduğu kolaylıkla öğrenilebilir hale gelmiştir.²

BAŞPINAR, İsviçre'deki konumuzla doğrudan ilgili yasa değişikliğini şöyle açıklamıştır:

"Gerçekten de, 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğe göre herkes, herhangi bir şekilde ilgisini inanılır kulma şartı aranmaksızın, tapu sicilinde kayıtlı bulunan taşınmazın tanımlayıcı bilgilerini, taşınmazın niteliğini, malikini, malikinin kimliğini ve sicilde malik olarak görünen kişinin iktisap tarihini ve iktisap şeklini öğrenme imkânına sahiptir (ZGB Art. 970/II)"³.

Konuyla ilgili makalesinde ÖZDEMİR OKTAY, İsviçre'deki yasal ve uygulamaya ilişkin gelişmeleri şöyle değerlendirmiştir:

"Bu bağlamda örneğin önceleri gazetecinin araştırma yapmak için tapu sicilinden maliki öğrenme(si) mümkün görülmezken, değişiklik sonrası mümkün görülmektedir. Somut bir olayda bir gazetecinin, hakkında soruşturma olan üç kişinin son dokuz ayda sahip olduğu taşınmazları öğrenme hakkına sahip

2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir OKTAY, Saibe;Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi, Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin yayınları, s.512 vd.ve Başpınar, Veysel.;Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, AÜHFHD, c.57,Sayı 3,s.97 vd.

3 Başpınar, agm s.102.

oldu(ğu) belirtilmiştir. Bunun önemli bir içtihat değişikliği olduğu ve tapu sicili ile ilgili spekülasyonlara karşı mücadeleye için kabul edilmiş olan tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin, tapu sicilini incelemek için bulunması gereken haklı menfaate somut olarak yeni biri içerik kazandırdığı belirtilmektedir.”⁴

“Önceleri tapu sicilini görmek için bile haklı menfaat ispatı gerekirken, daha sonra kantonlara gayrimenkul kazanımlarını yayınlama görevi verilmiş ve belli bilgilerin ise, “hangi kapsamda öğrenileceği Federal Konsey’in yetkisine bırakılmıştır. Buradaki tek sınır ise kişilik haklarının ihlal edilmemesi olarak belirlenmiştir.”⁵

Bizim 2001 yılında kabul edilmiş olan yeni Medeni Kanun'u hazırlayanlar, eski Medeni Kanun'unun tapu sicilinin “aleniliğini” “alakasını ispat etme” koşuna bağlayan hükmü yerine İsviçre MK.ne konulmuş, çok daha yumuşak yeni hüküm olan “ilgisini inanılır kılma” koşulunu getirmişlerdir.

Ancak, İsviçre’de spekülasyonları önlemek ve taşınmaz piyasasına şeffaflık getirmek gibi amaçlarla getirilmiş değişiklikleri ve yeni uygulamaları dikkate almamış görünmektedirler. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bizim yeni MK’umuznun 1020. maddesinin gerekçesinde, eski kanunun 928. maddesiyle, yeni madde arasında “hüküm değişikliği yoktur” anlatımına yer verilmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanun'un “Genel Gerekeç”sinde ise, İsviçre Medeni Kanun'unda yapılmış olan köklü değişikliklerden şöyle söz edilmiştir:

“Medeni Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Medeni Kanun'unda (ZGB) yapılan köklü değişikliklerle bazı kurumlar geliştirilerek yeni sosyal görüşlere ve ihtiyaçlara cevap verebilir duruma getirilmiştir.”

Genel Gerekeç’de bunun ardından “Türk Medeni Kanunumuzun bu gelişmelerden uzak kalmasının düşünülemeyeceği” belirtilmiştir.

Bu durumda, İsviçre Medeni Kanun'unun yeni hükmünün çevirisi yoluyla yeni MK’muza alınmış “ilgisini inanılır kılma “ koşulunu, sadece bir anlatım değişikliği olarak kabul edilip, eskisi gibi “ilgisini kanıtlama” (“alakası olduğunu ispat etme”) koşulu mu aranacaktır? Yoksa, bu yeni hükmün İsviçre’de neden getirildiği dikkate alınıp, o yönde daha “yumuşak” ve “geniş” bir yorum mu yapılacaktır?

4 Özdemir OKTAY, agm. s.515

5 Özdemir OKTAY, agm. s.517

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün web sitesinde yer verilmiş **“Güncel Sıralı Genelgeler”** başlığı altında, konuyla ilgili görünen iki Genelge vardır⁶. Ancak, bunlar yeni Medeni Kanun'un yürürlük tarihi olan 1 Ocak 2002'den önce yayınlanmış belgelerdir. Bu genelgeler, **“Bilindiği üzere Türk Medeni Kanun'unun 917. maddesi ...”** tümcesiyle eski Medeni Kanuna göndermede bulunarak başlamaktadır. Dolayısıyla, MK'daki ilgili yeni hükmün uygulamada nasıl anlaşılacağı konusunda yararlı değildir. Kısacası, yeni Türk MK m.1020/II'nin uygulamada nasıl anlaşılıp, yorumlanması gerektiği konusunda Tapu Kadastro Genel Müdürlüğüne kamuya açıklanmış bir bilgi yoktur.

Yeni Türk Medeni Kanunu 10 yılı aşkın bir süredir yürürlükte bulunmaktadır. Geçen bu uzun süreye karşın, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün, önceki kanunun yürürlükte olduğu zaman yayınlanmış genelgeleri, yeni kanuna uygun hale getirememiş olduğu bir gerçektir. Bu durum, ortada bir sorun olduğunun göstergesi sayılmalıdır.

Kanımca, (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle MK.1020/II'nin yürürlükten kalkığı kabul edilmeyecekse⁷) yeni Medeni Kanunumuza, kaynak kanun İsviçre Medeni Kanun'unun yeni biçiminden alınmış “ilgisini inanılır kılma” koşulunu İsviçre'deki gelişmeler dikkate alınarak geniş bir yorumla (deyim yerindeyse “yumuşak” bir yaklaşımla) uygulamak gerekir. Gerekçede yer verilmiş olan ve 1926 metni ile 2001 metni arasında “hüküm farkı” olmadığı yolundaki anlatımı ise dikkate almamak gerekir. Böyle yapılmazsa, “alakası olduğunu ispat etme” koşulu yerine “ilgisini inanılır kılma” koşulunun getirilmesinin anlamı kalmamış olacak ve yasakoyucunun “abesle iştigal” ettiği sonucu ortaya çıkacaktır.

II-Tapu sicili, özel yaşamın gizliliği ve yolsuzluklar

Tapu kütüğündeki bilgilerin herkese açık ve saydam olmasının gerçekten sağlanmasında, kişilerin özel yaşamlarının gizliliği açısından sakıncalar olduğu düşünülebilir. Böyle bir durum, taşınmaz mallarla ilgili bir takım spekülasyon işler çevirmek isteyenlerce yada mülkiyet haklarının gizli kalmasını isteyen bazı taşınmaz maliklerince “sakıncalı” sayılabilir. Ama çağdaş hukukta toprak mülkiyetinin, bireysel çıkarların ötesinde, kamuyu ilgilendiren bir boyutu olduğu unutulmamalıdır.

Çağdaş anayasa anlayışı, mülkiyetin “toplumsal bir işlevi olduğunu” (İtalyan Anayasası m. 42/II) kabul etmeyi ve mülkiyetin kullanılmasının

6 “Tapu Sicilindeki Bilgi ve Belgelerin Veriliş Esasları” Sayı: B021TKG010000-473/-1556 ve 2001/11 sayılı Genelge, Genelge nu.2001/11 (8.Ağustos 2001)

7 Bkz. aşağıda V- Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK m. 1020 'yi Yürürlükten Kaldırdı mı ?

"kamu çıkarına uygun olmasını" (F. Alman Anayasası m. 14/2) gerektirmektedir. Bizim 1961 Anayasamız da, mülkiyet hakkına "Sosyal ve İktisadi Haklar" bölümünde yer vermekle, aynı çağdaş anlayışı benimsediğini ve mülkiyete toplumsal içerikli bir hak niteliği tanıdığını göstermiştir. 1961 Anayasası'nın gerekçesinde **"artık mülkiyet hakkı(nın), Roma hukukundaki anlamda, ferdin toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımadığı"** açıkça belirtilmiştir. Bu anlayış, özellikle büyük rantların sözkonusu olduğu kent arazileri açısından çok önemlidir.

1982 Anayasası, bu konuda da, 1961'den geriye gitmiş ve mülkiyet hakkına, 1961 Anayasasından farklı olarak "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" başlığı yerine "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde yer vermiştir. Böylece, mülkiyete, "kanun hükmünde kararnamele düzenlenemeyecek" haklar arasında yer verilmiştir (bkz. AY m.91). Ancak, 1961 Anayasası'nın "Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz" ilkesi, 1982 metnine de aynen alınmıştır (AY m. 35/III). Anayasa Mahkememizin kararlarında, mülkiyet, 1982'den sonra da yine "sosyal yapıda bir hak" olarak kabul edilmektedir. Tapu sicilindeki bilgilerin gerçekten "herkese açık olması"ndaki toplum yararının, bireylerin özel yaşamının gizliliğinin korunması karşısında daha üstün bir değer taşıdığı kabul edilmelidir. Kaldı ki, tapu kayıtları için öngördüğümüz sistem, kişilere değil, taşınmazlara yönelik olacak; hangi kişinin nerede ne kadar mülkü olduğu değil, belli bir mülkün kime ait olduğu bilgilerine ulaşılacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, İsviçre'de de gelişme ve uygulama bu yönde olmuştur.

Öte yandan, kamusal nitelikte olan ve kuramsal olarak herkese açık olan tapu sicilindeki bilgilere ulaşmak isteyen kişinin, bu bilgilere hangi amaçla ulaşmak istediğini açıklamak zorunda bırakılması, o kişinin özel yaşamının gizliliğine aykırı sayılmalıdır. Örneğin kişi, evlenmek yada birlikte iş kurmak istediği kişinin; kendisinin malı olduğunu söylediği bir taşınmazın gerçekten onun mülkü olup olmadığını öğrenmek için tapu müdürlüğüne başvurmuşsa; bu amacını açıklamak zorunda bırakılması, onun özel yaşamının gizliliğine bir aykırılık oluşturur. Belli bir taşınmaz malı edinmek düşüncesiyle, onun ve çevresindeki taşınmazların kimlere ait olduğunu öğrenmek isteyen kişinin, bu niyetini açıklamak zorunda bırakılması da, kişinin özel yaşamının gizliliğine aykırı sayılabilir.

Günümüzde, dev boyutlara varmış görünen yolsuzluklar, uluslararası düzeyde önlemler alınmasını, yolsuzlukla mücadele için uluslararası

sözleşmeler yapılmasını gerektirecek düzeye ulaşmıştır⁸. Her yerde, halk “temiz toplum” için büyük özlem duymakta, ama buna ulaşmanın yasal ve teknik araçlarını ortaya koymak durumunda olan siyasal kadrolar, bu konuda da parlak sözler söylemenin ötesine pek geçmemektedir. Toplumun ilgilendiren konularda “saydamlık” sağlanması bu bakımdan çok önemlidir. Birçok ülkede “bilgiye ulaşma yasaları” (**Freedom of Information Act**) herkesin, bilgilenme hakkını güvenceye almaktadır. Bizde de 2003 yılında yayınlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu benzer düzenlemeler getirmiştir⁹. Amaç, toplumdaki bütün bireylerin, kamu yönetiminin elindeki bilgilere ulaşabilmesinin sağlanmasıdır. Kişi, böylece gelişmeleri nesnel verilere dayanarak değerlendirme olanağına kavuşmuş olabilecek, bu da demokratik bir toplumun sorumlu ve bilinçli yurttaşı olmayı kolaylaştıracaktır.

Her dönemde var olan ama çağımızda daha da artmış görünen yolsuzlukların önlenmesinde, kamusal işlemler ve değerlerle ilgili işlerde “saydamlık” en etkili araçlardandır. Tapu kütüklerindeki bilgilerin, herkesçe ulaşılabilir bir saydamlığa kavuşturulmasında, çeşitli bakımlardan toplumsal yarar vardır. Özellikle, büyük kentlerdeki arsa spekülasyonlarını önleyecek bir araç olarak “herkese açıklık” konusu üzerinde durulmalıdır. Böyle bir saydamlık, pek çok yolsuzluğun ortaya çıkarılmasında ve önlenmesinde büyük işlev görebilir.

Öte yandan, bu saydamlığın, tapu harçlarının ve öteki vergilerin, taşınmazların gerçek değerleri üzerinden alınabilmesi, dolayısıyla Hazine'nin gelir kaybının önlenmesi açısından da yararları vardır.

Konunun bir başka boyutu da şudur: kamusal kayıtların “herkese açıklığı” gerçekten sağlanırsa, hakkında yolsuzluk suçlamaları yapılan kişiler de, haksız suçlamalardan korumuş olacaklardır.

8 Birleşmiş Milletlerce açıklanan rakamlara göre, dünya çapındaki “gayrisafi yurtiçi hasıla” (GDP)nin %5'ine eşit olan 2.6 trilyon dolar, her yıl yolsuzluklara gitmektedir.

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 164 devlet, BM Yolsuzlukla Savaşım Sözleşmesini onaylamış; yani yolsuzlukları önlemek için etkili biçimde çalışmayı yükümlenmiş bulunmaktadır. 14 Aralık 2005 de yürürlüğe girmiş olan bu Sözleşme, Türkiye açısından 9 Kasım 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Konuyla ilgili iki Avrupa Konseyi Sözleşmesi de vardır: “Yolsuzluk Konusunda Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” ve “Yolsuzluk Konusunda Özel Hukuka İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”. 1 Temmuz 2002 de yürürlüğe girmiş olan Ceza Hukukuna İlişkin Sözleşme, Türkiye açısından 1 Temmuz 2004 de yürürlüğe girmiştir. Yürürlük tarihi 1 Kasım 2003 olan Özel Hukuka İlişkin Sözleşme ise Türkiye için 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Oldukça ayrıntılı inceleme ve açıklama gerektiren bu Sözleşmelere, bu makale bağlamında değinmekle yetiniyorum.

9 Bkz. aşağıda “III-Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK m.1020'yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”

Sonuç olarak, tapu kütüğünde yazılı bilgilerin gerçekten kolay ulaşılabilir duruma getirilmesi sağlanabilirse, bazı kişiler biraz rahatsız olabilirler ama, temiz topluma ve toplumsal erince (huzura) bir katkı yapmış olur.

III-Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK m. 1020 'yi Yürürlükten Kaldırdı mı¹⁰?

Medeni Kanun'daki, Tapu sicilindeki bilgilere ulaşmayı "ilgisini inanılır kılmak" koşuluna bağlayan düzenlemeyi, 2003 yılında yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu açısından da değerlendirmek zorunludur. Bilgi Edinme kanununun amacı: "demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek"tir (madde 1). Bilgi Edinme Kanun'unun kapsamına "kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır" (madde 2); "Herkes ¹¹ bilgi edinme hakkına sahiptir"(madde 4/I).Bu düzenlemelerden çıkan sonuç şudur: gerçek ve tüzel kişilerin, Bilgi Edinme Kanunu kapsamın giren kamusal nitelikteki her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme hakkı vardır.

Kanun'un, "**Bilgi Edinme Hakkının Sınırları**" başlıklı Dördüncü Bölümünde (madde 15-28),bilgi edinme hakkının sınırlarını gösteren hükümlere yer verilmiştir. Bu bölümdeki madde kenar başlıkları şunlardır: "Yargı denetimi dışında kalan işlemler" (m.15); "Devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler"(m.16);" Ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler"(m.17); "İstihbarata ilişkin bilgi ve belgeler" (m.18); "İdari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler"(m.19); "Adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler" (m.20) "Özel hayatın gizliliği"(m.21); "Haberleşmenin gizliliği"(m.22); "Ticari sır" (m.23); "Fikir ve sanat eserleri (m.24); "Kurum içi düzenlemeler"(m.25); "Kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler"(m.26); "Tavsiye ve mütalaa talepleri"(m.27); "Gizliliği kaldırılan bilgi veya belgeler" (m.28).

Kanun'un dördüncü bölümünde sayılmış olan nedenlerin büyük çoğunluğu, Tapu Sicilindeki bilgilere ulaşma hakkıyla ilgili olduğunu düşündürecek nitelikte değildir. Kanun'un 21. maddesindeki "Özel hayatın gizliliği" ile "Ticari sır" başlıklı 23. maddesindeki düzenlemeler açısından durum tartışılabilir.

10 Bu konuda daha önce yayımlanmış bir makalemiz için bkz. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi yürürlükten kaldırdı mı? TBB Dergisi,2004,sayı 53,s.216 vd.

11 "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 yükümlülükler saklıdır."(madde 4/II-III).

A) Özel yaşamın gizliliği ilkesi açısından

Özel yaşamın gizliliği gerek Anayasada (AY m. 20) gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS m. 8) kabul edilmiş bir ilkedir. Bilgi Edinme Kanunu'nda bu konu şöyle düzenlenmiştir:

“Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.”

“Kamu yararının gerektirdiği haller hâllerde, kişisel bilgi ve belgeler, kurum ve kuruluşları tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir” (madde 21)

Bilgi Edinme Kanun'unda “özel yaşamın gizliliği”ni korumayı amaçlayan ayrıksılık hükümleri arasında “tapu sicilindeki kayıtlar” gösterilmiş değildir¹². Dolayısıyla, bu hüküm, tapu sicilindeki belgelerin “herkese açık olması” gerektiği ilkesini ortadan kaldıracak nitelikte sayılamaz.

Tapu sicilindeki bilgilerle kişinin sağlık bilgileri, aile yaşamı, şeref ve haysiyeti arasında ilişki kurmak yanlıştır. Tapudaki kayıtlarla, kişisel sağlık durumu arasında mantık bağı olamaz. Öte yandan, “şeref ve haysiyet” gibi kavramlarla tapu sicilindeki bilgiler yani kişinin özel mülkiyet durumu arasında ilişki kurma girişimi bile, kişinin onuruna saldırı niteliğindedir. Kişinin “şeref ve haysiyet” tapuda kayıtlı olan yada olmayan mülkiyetle ölçülemez.

“Özel yaşam” kavramı, Tapu Sicilindeki bilgileri kapsar nitelikte sayılamaz; çünkü kişiler, tapu sicilinin Medeni Kanun'daki düzenleme uyarınca, ilke olarak, herkese açık olduğunu bilmek durumundadır. “İlgisini inanılır kılarak” tapu sicilindeki bilgilere ulaşabilecekler arasında, taşınmaz malikinin şu yada bu nedenle, bilgilerini öğrenmesini istemeyeceği kişiler olması her zaman olasıdır. Kişinin kendisinin de “ilgisini inanılır kılarak” başkalarının tapuda kayıtlı mülklerinin bilgisine ulaşma olanağı vardır

Öte yandan, bir inşaat yada tadilat yapılmasına başlanıldığında, proje ile bilgilerin (ve bu arada malikin kim olduğunun), bir levhaya yazılarak, herkesçe rahatlıkla görülebilecek biçimde taşınmazın önüne asılması,

¹² İsviçre'deki “Bilgilerin Korunması Hakkında Kanun”da ise, kanunun tapu sicillerine uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bkz. Özdemir, agm., s513, dn 39

İmar Yönetmeliklerine göre zorunludur¹³.

Ayrıca, gözden kaçırılmaması gereken bir nokta daha vardır: benim anlayışına göre tapu sicilindeki bilgilerin herkese açık olmasındaki temel amaç, belli kişilerin Türkiye'nin neresinde, ne kadar taşınmazın malik- li olduklarının değil, belli bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet durumunun saptanmasıdır. Bunu da, kişilere doğrudan yönelik bir durum yaratma olarak değil, spekülasyonları ve yolsuzlukları önlemeye yönelik bir girişim saymak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre; özel yaşamla ilgili olarak, toplumsal yararlar, bireylerin kişisel yararları arasında uygun bir denge kurulmalıdır. Özellikle, bilgilerin başkalarının ulaşılabilir olacağı, önceden bilinebilir nitelikte olması halinde özel yaşamla ilgili gizlilik korunmaz. Türkiye'de kişiler tapu sicilinin ilke olarak herkese açık olduğunu bilmek durumundadır. Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz gibi, taşınmazın maliki, taşınmazı üzerinde bir inşaat yada tadilat işine giriştiğinde, kendi adı (unvanı) da içinde olarak, proje ile ilgili bilgileri herkesin kolayca görebileceği bir levhaya yazarak, asmak zorundadır.

MK m. 1020/II hükmü açısından, Bilgi Edinme Kanunu'nun "sonraki kanun" niteliğinde olduğunda kuşku yoktur. Bu açıdan yapılacak bir değerlendirme, Bilgi Edinme Kanunu'nun, MK.m.1020 ile aynı konuyu düzenleyen önceki hükümlerinin yerine geçtiği, dolayısıyla MK m.1020/II yi yürürlükten kaldırdığı sonucuna götürür.

Ancak, konunun "önceki kanun-sonraki kanun" ilişkisinin yanında "genel hüküm-özel hüküm" ilişkisi açısından da değerlendirilmesi gerekebilir. Çünkü, Bilgi Edinme Kanunu'nun "genel" kanun, MK.1020/II'nin ise "özel" hüküm olduğu, bu nedenle de, "zimni ilga"nın burada sözkonusu olamayacağı savı ileri sürülebilir. Kanıma göre burada öncelikle dikkat edilmesi gereken olgu; Bilgi Edinme Kanunu'nun uygulanmayacağı konular arasında, örneğin İsviçre'nin benzer yasasındaki düzenlemede olduğu gibi "tapu sicili kayıtlarını dışarda bırakan" bir düzenleme bulunmadığıdır. Türk yasakoyucu, özellikle İsviçre örneği de ortada iken, tapu kayıtlarına da Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun uygulanmayacağı ayrıksılıklar arasında açıkça yer verebilirdi.

Bilgi Edinme Kanunu'nun "genel", MK.m.1020/II'nin ise "özel" hüküm niteliğinde olduğu kabul edildiğinde; sorun, sonraki "genel" hükmün, önceki "özel" hükmü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü konusunda, her durum için geçerli, salt bir yorum ilkesi olduğunu sanmıyorum. Sorun, konunun özelliğine göre

¹³ Örneğin, bkz. Ankara Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği m.91; İstanbul Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği, m 14.01; İzmir Büyükşehir İmar Yönetmeliği, m. 75; Bursa Büyükşehir İmar Yönetmeliği, m. 12.09

yapılacak bir değerlendirme sonucunda, yeni “genel” hükme yada eski “özel” hükme öncelik verilerek çözüme bağlanmalıdır.

Kanımca, burada yapılacak yorumda, toplumsal çıkarlar, kamu yararı, spekülasyonları ve yolsuzlukları önleme gibi amaçlar gözönünde bulundurulmalı ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun'unda tapu sicili kayıtlarını ayırsızlık kapsamına sokan bir düzenlemenin bulunmadığı da dikkate alınarak, MK.1020/II'nin yürürlükten kalktığı kabul edilmelidir.

B) “Ticari sır” açısından

Bilgi Edinme Kanunu'nun “Ticari sır” başlıklı 23. maddesine göre **“Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi, ve belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlan ticari ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır.”**¹⁴

“Ticari sır” kavramına bazı kanunlarda ve gönderme yapıldığı görülmektedir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesinin başlığı “Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması” başlığını taşımakta ve bu tür bilgileri yetkisiz kişilere vermeyi yada ifşa etmeyi suç saymaktadır. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda (madde 73); 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'da da ilgili hükümler vardır.

Bununla birlikte, “ticari sır” kavramının eksiksiz bir tanımını yapmak; içeriğini tam olarak belirlemek olanaklı görünmemektedir. Nitekim, bu gerçek hükümetlerce de kabul edilmiş ve “ticari sır” kavramına açıklık getirmek amacıyla özel bir kanun çıkarılması için kanun tasarıları hazırlanmıştır. Bir önceki Tasarının, yasama dönemi içinde kanunlaşmaması üzerine hükümsüz kalan tasarıların yenilenmesi için, Hükümetçe TBMM Başkanlığına sunulan 21 Ekim 2011 tarihli yazı ekindeki listede sayılan sekiz tasarıdan biri de “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” olmuştur (Esas no.1/517).

Tasarının Genel Gereğesinde, ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin gizliliğinin sağlanmasının önemi belirtilmekle birlikte; bu gizliliğin sınırsız olamayacağı da vurgulanmıştır. Genel Gereğede “iktisadi, ticari ve malî sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketleri, sermaye ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların şeffaflığının sağlanmasına, kayıt dışı ekonominin, haksız mal edinmenin ve kara para aklanmasının önlenmesine, çıkar amaçlı suç örgütleri ve bunların mensuplarının takibine ilişkin tedbirlerle doğrudan ve dolayısıyla bağlantılı olduğu bilinen bir gerçektir ” anlatımına yer verilmiştir.

¹⁴ Aynı anlatım, Bilgi Edinme Kanun'unun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller hakkında Yönetmelikte (RG 27 Nisan 2004, 25445) de yer almıştır (m.34).

Gerekçede, ticari sır konusuyla ilgili olarak çeşitli kanunlarda hükümler bulunduğu belirtilmiş ve şu konuya da dikkat çekilmiştir: “Ancak, bu hükümler yeterli olmamakta, uygulamada çoğu zaman karışıklığa ve tereddütlere neden olmaktadır. Ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı olduğu ileri sürülerek bilgi ve belge taleplerine yeterli (**cevap verilmemesi**) veya hiç cevap verilmemesi ya da sırrın gereği gibi korunmaması nedeniyle, yolsuzluk iddiaları açıklığa kavuşturulmamaktadır.”

Tasarıda; ticarî sır, **“bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağıları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeler”** olarak tanımlanmıştır (Tasarı madde 2).

Bu tasarı da henüz kanunlaşmış değildir ve kanımca kanunlaşması halinde, tapu sicilindeki kayıtlar bu tanımın kapsamına girmiş sayılmamalıdır. Toprak ve arazi mülkiyetinin yukarıda belirtmeye çalıştığım hukuksal ve sosyal niteliği ve özellikle tasarının genel gerekçesinde belirtilen “kayıt dışı ekonominin, haksız mal edinmenin ve karapara aklanmasının önlenmesi” ve “çıkar amaçlı suç örgütleri ile savaşım” gibi amaçlar açısından tapu sicilinin herkese açık olmasında toplusal yarar olduğu kabul edilmelidir.

IV-Duruşmaların “herkesine açık” olması ile Tapu Sicilinin “herkesine açık” olmasının benzerliği ve farklılığı

Anayasa'ya göre **“mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.** (AY m.141/I)¹⁵. **“Duruşma herkese açıktır”**¹⁶ (CMK m.182/1). Anayasa'nın ve CMK'nın bu anlatımı, MK'nun **“Tapu sicili herkese açıktır”** (MK m.1020/I) anlatımıyla özdeştir:

15 “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.” (AY . 141/I-2).

16 (1) “Duruşma herkese açıktır.”

(2) “Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.”

(3) “Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.”

Gerek Anayasa'da, gerek CMK'da gerek Medeni Kanun'da, "herkese açıklık" ilkesinin ayrıksıları (istisnaları) da gösterilmiştir. Ancak bu ayrıksılıklarla ilgili düzenlemeler açısından Anayasadaki ve CMK'daki düzenlemelerle ile MK hükmü arasında çok büyük bir ayırım vardır.

MK'ndaki; "herkese açıklığı" ortadan kaldıran "ilgisini inanılır kılma" kavramının içerik, ölçütler ve bu konuda karar vermeye yetkili organ konularındaki belirsizliğine karşılık; Anayasada ve Ceza Muhakemesi Kanun'unda "duruşmaların herkese açıklığı" ilkesinin ortadan kalkabileceği durumlar, sayılarak ve ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bunlar şöyle özetlenebilir:

- i. Duruşmaların herkese açıklığı ilkesine, ancak "genel âhlak" yada kamu güvenliği gerekçesiyle ayrıksılık getirilebilir;
- ii. Herkese açıklık ilkesinden ayrılmasına ancak, durumun "**kesin olarak gerekli kıldığı**" hallerde karar verilebilir;
- iii. Bu karar gerekçeli olmalıdır;
- iv. Bu kararı ancak mahkeme verebilir.

Kısacası, bir duruşmayı izlemek isteyen kişiden, o duruşmayla "ilgisini inanılır kılması" istenemez. Duruşmayı izlemek isteyen kişiden kimliğini açıklamasının da istenilememesi gerekir¹⁷.

Anayasada ve kanunda belirtilen gerekçelere ve usullere dayanılarak alınmış bir "kapalı duruşma" kararı sözkonusu ise, bu genel ve objektif niteliktedir; sadece belli kişilere yönelik olamaz. Öte yandan, görevi gereği duruşmada bulunacak avukatlar gibi kişileri de kapsamaz¹⁸.

V-Avukatlık Kanunu ve Tapu sicili

Avukatlık Kanun'unun, 4667 sayılı kanunla değiştirilmiş madde 2/III hükmüne göre:

"Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve ku-

17 Duruşmalarda sanık, tanık, davacı, davalı gibi sıfatlarla bulunanları, saldırlardan korumak amacıyla güvenlik önlemlerinin alınması gerekli görülebilir. Ancak, Adliye Binalarının girişlerinde güvenlik denetimi zaten yapılmakta olduğundan, bu denetimden geçmiş kişinin hangi davanın duruşmasını izlemek istediğini açıklaması gerekli sayılmamalıdır.

Yer darlığı nedeniyle, sınırlı sayıda dinleyicinin alınabildiği duruşma salonlarına girişlerin "sanıkların yakınları", baroların görevlendirdiği gözlemci avukatlar, gazeteciler gibi, belli kategorilere giren insanlarla sınırlanması gerekli görülebilirse de; kanımca, böyle durumlarda bile bu kategorilere girmeyen insanlar için, olanaklar ölçüsünde bir yer ayrılması, duruşmanın "herkese açık olması" ilkesinin gerçekleşmesi açısından zorunludur.

18 Bkz. CMK 'nun "Kapalı duruşmada bulunabilme" başlıklı 187.maddesi.

ruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzakereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.

Tapu siciliyle ilgili devlet dairelerinin, avukatlara görevlerini yerine getirmekte yardımcı olması gereken kamu kurumlarından olduğunda kuşku yoktur. Kanun'da belirtilen "avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür" hükmü, tapu sicilindeki kayıtlar açısından nasıl yorumlanmalıdır? MKm. 1020/II deki "ilgisini inanılır kılma" koşulu, Avukatlık Kanun'unun "Kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla" sınırlamasının kapsamına girer mi?

Kanımca, zaten içeriği belirsiz ve keyfiliğe açık bir kavram olan "ilgisini inanılır" kılma koşulu, avukatın avukatlık mesleğinin uygulaması nedeniyle Tapuya yaptığı başvurularda aranmamalıdır. Avukat, kimliğini kanıtlamak ve konuyla avukat sıfatıyla ilgilendiğini belirtmek koşuluyla, tapu kayıtlarını, kolaylıkla inceleyebilmelidir. Çünkü avukat, kendisine önerilen işi alıp almama konusunda karara varmadan önce, işin niteliğini anlamak için, konuyla ilgili tapu kayıtlarını görmeye gereksinim duymuş olabilir. Nasıl, bir tutukluyla, tutukevinde görüşmek için vekaletname göstermesi gerekmiyorsa, tapu kayıtlarını incelemek için de vekaletnameye göstermesi gerekmemelidir.

Kaldı ki, vekaletname ibraz edilmesinin gerekli olması halinde, bunun kimin verdiği vekaletname olması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır.

Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 8 Ağustos 2001 tarihli ve 2001/11 sayılı Genelgesinde, "Avukatların Tapu Sicilini İncelemeleri ve Belge İstemleri" başlığı altında şu açıklama vardır:

"Kamu görevi ifa eden avukatların vekâletname ibraz etmeden yazılı olarak talepte bulunması koşuluyla (idaremizce istem belgesi düzenlenecektir) bir memur huzurunda tapu sicilini inceleyebilmeleri ve görevleri sırasında kendilerine kolaylık sağlanması gerekir."

Genelgede bunun ardından şu kısıtlayıcı hükme yer verildiği görülmektedir:

“Ancak,avukatların tapu sicilinden örnek istemeleri halinde vekâletname ibraz etmeleri zorunlu olup (belge örneği istemlerinde ilgilinin saptanması gerekmektedir) gerekli harç ve vergilerin vs. tahsilini müteakiben yetkili kılındığı ölçüde belge örneklerinin verilmesi mümkün bulunmaktadır.”

Burada da, öncelikle şu soruları sormak gerekiyor: bu kısıtlamanın amacı nedir? Avuktattan ibraz etmesi istenecek vekaletnamenin “asili” kim olmalıdır? Tapu kayıtlarında malik yada ipotek gibi bir hak sahibi olarak görünenler mi? Bunların dışında kalan kişilerden alınmış bir vakaletname yeterli sayılmayacak mıdır?

Kanımca bu kısıtlayıcı anlatımı, şöyle anlayıp, uygulamak hem amaç hem de zaman kazanılması açısından uygun olacaktır: avukata, vekaletname ibraz etmesi gerekmeksizin; istemesi halinde tapudaki bilgiler, bir bilgisayar çıktısı olarak verilmelidir. Bunun için uygun bir basım gideri ödenmesi istenebilir. Bu avukatın, zaman ve yer darlığı içinde tapu kayıtlarına bakıp, notlar almasını gereksiz kılacak ve işleri hızlandıracak bir çözüm olacaktır.

SONUÇ

Kanımca, tapu siciline kayıtlı olan bilgiler, Bilgi Edinme Hakkı Kanun'unda sayılmış olan ayrıksılık konularına ve hallerine,yani,“Bilgi Edinme Hakkının Sınırları” kapsamına girmemektedir. Bu nedenle, Bilgi Edinme Hakkı Kanun'daki temel hak olan bilgi edinme hakkı, tapu sicilini de kapsar niteliktedir. Buradaki tek ayrıksılık, yukarıda değindiğim “yabancı gerçek ve tüzel kişilerle ilgili olarak,4. maddede belirtilmiş olan durumdur¹⁹.Türk yurttaşı gerçek kişiler ve Türk tüzel kişileri, Bilgi Edinme Hakkı Kanun'ndaki usullere başvurarak Tapu Sicilindeki bilgilere de ulaşabilmelidir.

Sonuç olarak, kanıma göre, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu karşısında, MK.1020/II hükmünün yürürlükten kalkmış olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanun'un ilgili düzenlemeleri karşısında, kendisinden önce yürürlüğe girmiş olan MK.m.1020/II deki “ilgisini inanılır kılma” yükümlüğünün yürürlükten kalkmış olduğu kabul edilmez ise; Yasakoyucu bu çelişkili hükme (MK 1020/II'ye) - Medeni Hukukçularımızın doğal olarak hep gözönünde tuttıkları- İsviçre'deki değişimleri de dikkate alan yeni bir düzenleme ile çözüm bulmalıdır.

¹⁹ Bkz. yukarıda dipnotu 14

Bu yapıncaya kadar geçecek sürede MK 1020/II, çağdaş gereksinimlere ve gelişmelere uygun biçimde yorumlanmalıdır. Bu hüküm, yapısında barındırdığı keyfilik ve kötüye kullanılmaya elverişli niteliği dolayısıyla, zaten çağdaş, demokratik ve saydam bir hukuk devletinde yeri olmaması gereken bir düzenlemedir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünce, yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinin üstünden 10 yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına karşın bu konuda yeni bir Genelge yayınlanamamış olması da ortada sıkıntılı bir durum olduğunu göstermektedir.

MK.m.1020 nin, kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'ndaki ve İsviçre uygulamasındaki değişikliklerini de dikkate alan ve yolsuzlukları, spekülasyonları önleme amacına öncelik veren bir anlayışla yorumlanması gerekir. Böyle yapılmazsa, MK 1020/II kamu yararına uygun olmayan ve yarardan çok zarar getiren sonuçlara yol açacaktır. Bu konuda yıllardır, çeşitli ortamlarda yazılı ve sözlü olarak dile getirdiğim görüşler²⁰, pek destek bulmuş gibi görünmese de; değerli yazar Oktay Ekşi 'nin 2002 yılında yayınlanmış bir başyazısındaki tümce gibi destekler karşısında umudumu yitirmeden çağdaş bir uygulamaya geçilmesini bekliyorum.

Sayın Ekşi şöyle diyordu:

“Asıl önemlisi – dostumuz **Prof. Dr. Rona Aybay**'ın ısrarla üzerinde durduğu gibi- **ülkenin tümündeki tapu kayıtlarını da herkesin ulaşabileceği şekilde** kamuya açmak, örneğin internet ortamında yayınlamaktır. Çünkü **mülkiyet hakkı** sadece ilgili kişinin değil **toplumun** da meşru çıkarını ilgilendiren bir haktır.²¹”

Yolsuzlukla savaşım, gizliliği değil açıklığı ve saydamlığı öne çıkararak yapılırsa daha etkili olur. Nüfuzlu yada kötü niyetli kişilerin tapu sicilindeki bilgilere ulaşmasını engellemek için konulmuş görünen, “ilgisini inanılır kılmak” koşulunun, bu kişiler için ne kadar caydırıcı olabildiği de tartışmaya açık bir konudur.

20 Bkz.yukarıda 14. dipnotunda belirttiğim makalem:“Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi yürürlükten kaldırdı mı?; II.Galip Esmer Mülkiyet Sempozyumu'na sunulan “Tapu Sicilinde Açıklık” başlıklı Bildirim;3-4 Haziran 2002; “Tapu Kütüğü Kamuya Açık Olmalı”, CUMHURİYET 9 Temmuz 2001

21 Ekşi, Oktay;” Mehterden kötü”, HÜRRİYET, 29 Ocak 2002

KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ VE SİLAH KULLANMA YASAĞI ÜZERİNE YENİ T.C. ANAYASASI'NA DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

Prof. Dr. Mahmut T. BİRSEL

I. ÖNERİ METİNLERİ

A. KANUN ÖNÜNDE KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ

Anayasa Madde 10'a eklenmesi önerilen ikinci fıkra:

- i. *“Kanun önünde kadın ve erkek, her alanda eşittir. Kadın hak ve hürriyetleri, değiştirilemez temel insan haklarındanır”.*
- ii. Anayasa Madde 5'e eklenmesi önerilen ikinci fıkra:

“Kadın ve erkeklerin hak ve hürriyetleri, ancak usûlüne uygun olarak yürürlüğe girmiş emredici ve kamu düzeninden bir kanun hükmü ile sınırlandırılabilir. İnsan hak ve hürriyetleri, Anayasa hükümlerine aykırı olarak yorumlanamaz. Kadın-Erkek eşitliğinin, kadına negatif ayrımcılık yapılmadan, hukuken ve fiilen uygulanan ması devletin amaç ve görevlerindedir”.

B. SİLAH KULLANMA YASAĞI

Anayasa Madde 18'e eklenmesi önerilen deđiőtiklikler:

Kenar başlığı:

- i. **“(Zorla çalıştırma), silah kullanma ve kişisel ihkak-ı hak yasaıkları”**

ii. Üçüncü fıkra:

(a) Silahlı Kuvvetler ve Emniyet mensupları dışında, kişinin ateşli ve kesici silah kullanması ve bunlara sahip olması yasaktır.

(b) Türk Ceza Kanun'unda çizilen sınırlar dışında, zarar gören kişinin dahi, kişisel ihkak-ı hakka teşebbüs etmesi veya bunu ika etmesi yasaktır.”

Önerilerimiz doğrultusunda Anayasa'nın "Genel Hükümleri" içindeki 10. ve 5. Maddelere eklenecek ikinci fıkralarla "Kadın Hak ve Hürriyetlerinin Kuvvetlendirilmesi" ve Anayasa'nın 18. Maddesine eklenecek "Silah Kullanma Yasağı" ile, İnsan Hak ve Hürriyetleri daha sağlam Anayasal yapılara sahip olacaklardır. Vakitli olduğu kadar yerinde de olan bu önerilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından benimseneceğini ümit ediyoruz.

II.GEREKÇELER

A. KANUN ÖNÜNDE KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİNİN GEREKÇELERİ

1. Dünya ve Türkiye'de Kadınların Yeri ve Tarihe Yön Veren Katkıları

Günümüzde küreselleşmenin doğal bir sonucu olarak devletlerin kalkınmasının hız kazanması ve birbirleri ile olan ilişkilerinin ve bağlantılarının yoğunlaşması ve değişen güç dengeleri göz önünde bulundurulduğunda, bir devletin küresel düzende sağlam bir yer edinebilmesi için, sadece iktisaden kalkınmış, gelirin dengeli ölçüde dağıtıldığı ve zengin ile fakirin arasındaki uçurumun mümkün olduğunca azaltıldığı bir devlet seviyesine ulaşılmış olması gibi iktisadî başarılar elde edilmiş olması tek başına yeterli değildir. Zira, küresel düzende bir devletin söz sahibi olabilmesi için örnek bir "Hukuk Devleti" olması gerekmektedir, ve bu ancak İnsan Haklarına bağlı, Medeni ve Siyasi Hakların herkese eşit olarak tanındığı demokratik bir düzende mümkün olabilir. Bu hedefe ulaşabilmenin önemli ve zarurî adımlarından biri de kadın-erkek eşitliğinin hukuken ve fiilen tam olarak sağlanmasıdır.

Küresel dünya sisteminde devletler incelendiğinde görülecektir ki, kadının dünya toplumlarındaki yeri ve tarihe yön veren katkısı her geçen gün artmakta ve buna paralel olarak da kadın-erkek eşitliğinin önemi konusunda dünya çapındaki farkındalık belirginleşmektedir. Yakın siyasi tarih incelendiğinde, eski Pakistan Başbakanı **Benazir Bhutto**, eski Hindistan Başbakanı **İndira Gandhi**, eski İngiltere Başbakanı **Margaret Thatcher**, halen Amerikan Dışişleri Bakanlarından **Hillary Clinton**, Almanya Başbakanı **Angela Merkel**, halen Uluslararası Para Fonu Başkanı olan **Christine Lagarde** gibi bir çok kadın liderin öne çıktığı görülecektir. Bu sayılan örnekler göstermektedir ki, devletlerin küresel düzende örnek olarak ileri çıktıkları dönemler kadın-erkek eşitliğine yaklaşımlarının olumlu olduğu dönemler olmuştur, ve bu anlamda bir devletin gelişmişlik seviyesinin ana göstergelerinden birinin de kadının toplumdaki rolü olduğu ifade edilebilir.

Sorun bu açıdan değerlendirildiğinde, her ne kadar Türkiye iktisadi olarak gelişmekte olan bir ülke olsa da, ve her ne kadar jeopolitik konumu itibariyle bölgedeki diğer devletlere nazaran siyasi ve ekonomik üstünlüğü sağlamış, Birleşmiş Milletler'de aktif rol alarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde yer almış, ve yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen 2005 yılında Avrupa Birliği Anayasası'nın imzalanması da dahil olmak üzere Avrupa Birliği üyeliği yönünde somut adımlar atmakta olsa da; Türkiye, ancak kadın-erkek eşitliğini sağlaması, kadınların toplumun genelinde ve özellikle eğitim, çalışma yaşamı ve siyasette yerini sağlamlaştırması ile küresel düzende örnek bir devlet olabilir. Bu sebeple, demokrasinin, İnsan Haklarının ve kadın-erkek eşitliğinin, tasarlanmakta olan T.C. Yeni Anayasası'nda da vurgulanması gerekir.

Bu değerlendirmeler yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır ki Kurtuluş Savaşı yılları da dahil olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti, ilk yıllarından beri kadının toplumdaki yerinin hep farkında olmuş ve kadın haklarını tanımıştır. Kadınların Kurtuluş Savaşı yıllarında hem cephe de hem de cephe gerisinde sergilediği destansı katkıların yanı sıra, bu yıllarda liderlik vasıfları ile öne çıkan kadınlar da o dönemin seyrinde önemli rol oynamışlardır. Bu dönemde öne çıkan isimlerden olan **Halide Edip (Adivar)**, İzmir'in 15 Mayıs 1919 günü Yunanlılar tarafından işgal edilmesini protesto için düzenlenen 19 Mayıs 1919 tarihli Asrı Kadınlar Birliği'nin Fatih Mitingi'nde ilk konuşmacı olarak kürsüye çıkarak hitabet yeteneğini sergilediği bir nutuk atmış ve bunu takiben Üsküdar Mitingi, Kadıköy Mitingi ve Sultanahmet Mitingi'nde söylediği nutuklarla dönemin önemli liderlerinden birisi haline gelmiştir.

Kadın-erkek eşitliğinin kanunlar önünde tesis edilmesinin devrim niteliğinde bir göstergesi olan, kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınması konusunda Türkiye, çağdaşları arasında örnek bir devlet olmuştur. Türkiye'de kadınlar 20 Mart 1930'da belediye seçimlerinde seçme hakkı, 1933'te Köy Kanunu'nda muhtar seçme ve köy heyetine seçilme hakkı, milletvekili seçimlerinde ise 5 Aralık 1934'te yapılan Anayasa değişikliğiyle seçme ve seçilme hakkına kavuşmuşlardır. 8 Şubat 1935'de ilk defa meclis seçimlerine katılan Türk kadınları mecliste 18 sandalye elde etmişlerdir. Bu hakların tanınmasında Dünya ve Türkiye kadınlarının rolünü de unutmamak gerekir. 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında özellikle Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nde kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınması için mücadele eden Süfrajat hareketleri ile benzerlik taşıyan Kadınlar Halk Fırkası'nın 15 Haziran 1923'te kurulması teşebbüsü ile, bu teşebbüsün başarılı olarak sonuçlanamaması neticesinde 7 Şubat 1924'te Türk Kadınlar Birliği'nin kurulması üzerine

bu Birliğin kadın hakları konusunda farkındalık yaratma çalışmalarını ve Birliğin liderliğini üstlenen **Nezihe Muhiddin**'i de anmak gerekir. Kadının siyasal haklarını elde etmesi ve sosyal yaşama aktif olarak katılmasının sağlanması için kurulan Türk Kadınlar Birliği kurucularından Nezihe Muhiddin o dönemde Birliğin amacını şu şekilde ifade etmiştir:

“Biz Türk Kadınları toplumsal ve siyasal yaşamda hak ettiğimiz yeri almalıyız. Önce Türk Kadınlarını bilinçlendirmeli ve eğitmeliyiz. Onlara daha fazla şey istemelerini ve bunlara nasıl ulaşacaklarını anlatmalıyız. Amacımız Türkiye’de kadın ve erkeğin toplumsal, ekonomik ve siyasal eşitliğidir.”¹

2. T.C. Anayasasının Madde 14 ve Madde 16 Hükümleri

“Zamanın değişmesi ile, Anayasa dahil, kanun hükümlerinin değişmesi ilkesi”² uygarlık evriminin şaşmaz bir toplum ve hukuk kuralıdır.

Birinci kısımda yer alan “Kadın-Erkek Eşitliği”ne ilişkin aşağıdaki değişiklik önerileri Anayasa'nın Madde 14 ve Madde 16 hükümlerine ve mevcut T.C. Anayasası'nın sistematığına de uygundur.

“III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

MADDE 14- (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

V. Yabancıların durumu

MADDE 16- *Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”*

1 Türk Kadınlar Birliği İnternet Sitesi, Erişim tarihi: 20 Aralık 2012, <http://www.turkkadınlarbirliği.org/index.php?p=genel_icerik&content=tarihce_tuzuk>.

2 1926 tarihli Türk Medenî Kanunu ile mülga Mecelle'nin 39. maddesinde de aynı esas benimsenmiştir: “Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz”.

Yabancıların durumunu düzenleyen Anayasa Madde 16 hükmü ile, “Yabancıların Temel Hak ve Hürriyetleri” lehine Pozitif Ayrımcılık getirilmiştir. Yabancıların İnsan Hakları ve Hürriyetleri konusunda getirilen bu sınırlama, ancak milletlerarası hukuka uygun olarak Türkiye’deki gerçek ve tüzel kişilere de uygulandığı takdirde, tam bir eşitliğe kavuşulması mümkün olacaktır.

3. Batıda “Bireyselleşme Süreci”

Batıdaki “birey” ve “bireyselleşme” kavramlarına ilişkin, Rönesans süreci içinde Batıda gelişen resim açısından, Sayın **Murat Belge**’nin “Osmanlı’da Kurumlar ve Kültür” adlı kitabında (sh. 433) yer verdiği bakış açısına göre; “*İrade Muhtariyeti: Özgür İrade*”nin bireysel olarak geliştirilmesi, “*Batı dışında herhangi bir yerde görülmemiştir*”:

1564’te Fransız Hukukçu Dumoulin “Özgür İrade” (*autonomie de la volonté*, İrade Muhtariyeti) kavramını geliştiren eserler yazmış, Napoléon’a Medeni Kanuna gidecek yolu hazırlamıştır.

1791’de Amerika’da Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) onanmıştır.

1796’da Babeuf “Eşitler Bildirisi”ni yayınlamıştır.

Cumhuriyetimizin Lider ve Öğretmen Kurucusu Atatürk’ün Muasır Medeniyete ulaşma hedefinde de; Türkiye Cumhuriyeti’ni, Osmanlı mirası üzerine Rönesans ve Aydınlanma Çağının Harçlarını katarak, (i) Kara Avrupası’nın “İrade Muhtariyeti”ni de benimseyen laik ve çağdaş (*secular*) Kanunları (ii) Parlamenter sistemi, ve (iii) halk oylamasına ağırlık veren Anayasaları yürürlüğe koyarak, bina etme fikri egemen olmuştur.

B. SİLAH KULLANMA YASAĞININ GEREKÇELERİ

1. Tarihî Gelişim: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın İkinci Değişikliği

Silah taşıma ve bulundurma hakkı, kişisel kullanım için bireylerin silah sahibi olması ile milisler (güvenlik kuvvetleri) için silah taşıma hakkını ifade eder. Bu hak ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın İkinci Değişikliği’nde (*Second Amendment 1791*) tanımlanmış olup bu hakkın kapsamı, sınırları ve uygulaması konusunda devletler kendi kurallarını koymuşlardır. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın İkinci Değişikliği şu şekilde ifade edilmiştir:

“*Düzenli bir milis gücü, hür bir eyaletin güvenliği için zorunlu olduğundan, halkın silah bulundurma ve taşıma hakkı ihlal edilmeyecektir.*”³

3 “A well regulated militia being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed.”

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'na yapılan yukarıda anılan değişikliğin esin kaynağı, 1689 tarihli İngiliz Haklar Bildirgesi'nin uzun yıllardır benimsenen ve dayanağı olan doğal ve kanunen savunulabilir yaşama hakkının bir uzantısı olarak görülen silah taşıma hakkıdır. Bu sebeple hem İngiliz Haklar Bildirgesi'nin hem de Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın İkinci Değişikliği'nin yeni haklar tanımadığı, varolan ve kabul edilmiş hakları yeniden ifade ettiği belirtilmektedir (*District of Columbia v. Heller*, 2008, İngiliz Yüksek Mahkemesi). İngiliz Yüksek Mahkemesi içtihatları da İngiliz Haklar Bildirgesi'nde anılan ve o dönemde ifade edilen bu hakkın bireysel bir hak olduğunu ve milis kuvvetlerine mensup olmakla bir ilişkisi olmadığını belirtmektedir (*District of Columbia v. Heller*, 2008, İngiliz Yüksek Mahkemesi). Herhalde, silah taşıma hakkı hem İngiliz Haklar Bildirgesi'nin hem de Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın İkinci Değişikliği'nin kaleme alındıkları dönemdeki siyasi karışıklıklar göz önünde bulundurulduğunda, meşru müdafaa hakkına paralel olarak tanınan silah taşıma hakkının tutarlı olduğu düşünülebilir.

2. Türkiye Cumhuriyeti'nde Gerçek Kişilerin Silah Taşıma ve Kullanma Hakkı

Türkiye'de ise günümüz koşullarında söz konusu silah taşıma ve bulundurma hakkı, bireysel bir hak teşkil etmekten ziyade, bireyin İnsan Hak ve Hürriyetleri karşısında önemli ölçüde tehdit ve tehlike arz etmekte, ve maalesef İnsan Hak ve Hürriyetlerinin ihlâlinde en sık karşılaşılan araçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'de silah taşıma ve bulundurma hakkı, 15 Temmuz 1953 tarihli ve 8458 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 10 Temmuz 1953 tarihli ve 6136 sayılı *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun* ve bu kanuna istinaden 1 Haziran 1991 tarihli ve 20888 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 21 Mart 1991 tarihli ve 91/1779 sayılı Kararname ile çıkarılan *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik* ile düzenlenmiştir.

3. Silah Taşıma ve Kullanma Hakkı Aleyhine Gelişen Kamuoyu

Son yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Norveç'te gerçekleştirilen, uluslararası medyada geniş yer bulan ve bütün dünyada kınanan okul katliamları ile kamuoyunda derin izler bırakan örnekleri de içeren bireysel silahla işlenen suçlardaki –üzücü– artış, ne yazık ki ülkemizde de gözlenmektedir. Türkiye'de bireysel silahsızlanma alanında faaliyet gösteren **Umut Vakfı**'nın araştırmalarına göre 2012 yılı içinde bireysel silahla işlenen suçların mağduru olan toplam 1796 kişiden 1020 kişi hayatını

kaybetmiş, 527 kişi yaralanmalar sebebiyle hayatını kaybetmiş ve 248 kişi yaralanmıştır.⁴ Umut Vakfı'nın açıkladığı yıllık istatistikî verilere göre üzülen kaydetmek gerekir ki, 2011 yılında toplam mağdur sayısı 2010 yılına nazaran %60'lık bir artış gösterirken, 2012 yılında toplam mağdur sayısı 2011 yılına nazaran %8,5'luk bir artış göstermiştir. Maalesef, toplam ölüm vakaları göz önünde bulundurulduğunda bireysel silahla işlenen suçlar sebebi ile hayatını kaybeden kişi sayısı 2012'de 2011 yılına nazaran %64'lük bir yükseliş göstermiştir.

Bu çerçevede, dünyada bireysel silahlanmaya karşı oluşan kamuoyu göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun da bu yönde adım atması gerekliliği yönünde ülkelerde bilinç artmaktadır. Son günlerde bu yönde atılan önemli adımlardan biri ise, yukarıda açıklandığı üzere silah taşıma ve kullanma hakkı Anayasal olarak düzenlenmiş olan Amerika Birleşik Devletleri'nin Başkanı Barack Obama tarafından mevcut silah kanunlarının getirdiği sınırlamaların güçlendirilmesini, silahlı şiddete karşı akıl sağlığı ve okul güvenliği alanında imzalanan 23 yürütme kararının yanı sıra gündeme getirilen askeri tipte saldırı silahlarının yasaklanmasını, silah dergilerine çeşitli kısıtlamalar getirilmesini, bütün silah satışlarında geçmiş kontrolü ve sabıka kaydı incelemelerinin yapılmasını ve silah taşıyamayacak ve kullanamayacaklara silah satanlara uygulanacak yaptırımları kapsayan bir kanun teklifi fikridir.⁵ **Barack Obama**'nın atmış olduğu bu adım ve kamuoyunda başlayan tartışmalar ve değerlendirmeler umut verici olmakla birlikte, bireysel silahsızlanma yönünde atılacak adımlarda öncülük etmek için devletlerin duyarlı davranması gerektiği de bir gerçektir.

Bütün bu açıklamalar değerlendirildiğinde, **gerek Dünyada, gerekse Türkiye'de Kadınlara ve Çocuklara karşı işlenen "canhıraş" cinayetlerin durdurulması yolunda kanun koyucunun atacağı çeşitli adımlar içinde bireysel silahsızlanmayı amaçlayan Anayasal düzenlemeler yapılması en etkili yöntemdir ve bu bağlamda "Silah Kullanma Yasağı" madde önerimizin Anayasa'nın Madde 18 hükmüne eklenerek derhal yürürlüğe girmesi oldukça yerinde olacaktır.**

Silah Kullanma Yasağı ile ilgili Anayasa değişikliği önerilerimizin kabulü halinde de, önerdiğimiz yeni Anayasa hükümleri muvacehesinde, yukarıda anılan Kanun ve Yönetmeliğin de muhakkak değiştirilmesi elzem olacaktır.

4 "Bireysel Silahla İşlenen Suçlara Genel Bakış" Umut Vakfı, 8 Ocak 2013. Erişim tarihi: 17 Ocak 2013 <<http://www.umut.org.tr/public/haftaninyorumu.aspx?id=28356>>

5 "Obama announces 23 executive actions, asks Congress to pass gun laws" CNN, 17 Ocak 2013. Erişim tarihi: 17 Ocak 2013 <<http://news.blogs.cnn.com/2013/01/16/obama-to-announce-gun-control-proposals-shortly/?on.cnn=1>>; "What's in Obama's Gun Control Proposal" The New York Times, 16 Ocak 2013, Erişim Tarihi: 17 Ocak 2013 <<http://www.nytimes.com/interactive/2013/01/16/us/obama-gun-control-proposal.html>>

TİCARİ BİLANÇO VE BORCA BATIKLIK BİLANÇOSU

Prof. Dr. Haluk SUMER¹

1. Ticari Bilanço

Bilanço bir kurumun belirli bir tarihteki varlıklarını, alacaklarını, borçlarını ve özkaynaklarını gösteren tablodur.²

Bilanço aktif ve pasif olmak üzere 2 taraftan oluşur. Aktif ve pasif taraf yanyana yazılabileceği gibi, alt alta tablo şeklinde de düzenlenebilir.

Aktif tarafta kurumun varlıkları ve alacakları; pasif tarafta ise (aktif taraftaki varlık ve alacakların) kaynakları yer alır.

Kaynaklar “Yabancı Kaynak” ve “Öz Kaynak” olmak üzere iki türdür. Bankaya, satıcıya veya diğer üçüncü şahıslara olan borç “Yabancı Kaynak”, ortakların koydukları sermaye, vergi sonrası kar ve dağıtılmamış karlar “Özkaynak”tır.³

Varlıkların, alacakların ve borçların değerlemesinde genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri esas alınarak düzenlenmiş bilançoya ticari bilanço denir.

Ticari Bilançonun Türkiye Muhasebe Standartlarına/şu an geçerli olan Muhasebe Sistemi Uygulama Gelen Tebliği'ne uygun düzenlenmiş olması gerekmektedir.

İflas erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık olup olmadığı, esas olarak iflas erteleme için açılmış olan dava tarihi itibarıyla tespit edilir. Ancak bu tarih itibarıyla dava dosyasına denetlenmiş ticari bilançonun sunulması muhasebe tekniği açısından mümkün olmadığından, ilk aşamada dava tarihine çok yakın bir tarihte düzenlenmiş ticari bilanço sunulabilir.

1 Marmara Üniversitesi – İşletme Fakültesi Almanca İşletme Bölümü Muhasebe Finansman Öğretim Üyesi

2 Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği, No: 1.; Türkiye Muhasebe Standartlarında Bilanço “Finansal Durum Tablosu” olarak isimlendirilmiştir (TMS – 1, Md.54).

3 1.000.000 TL sermayeli bir şirket kurulmuş ve sermayenin tamamı banka hesabına ödenmiş ise; bankadaki 1.000.000 TL bilançonun aktifinde varlık; sermaye (hesabı) ise bankadaki 1.000.000 TL nin (öz)kaynağı olarak bilançonun pasif tarafında yer alır.

Ticari bilanço düzenlenmesinde aşağıdaki konulara dikkat edilmelidir.

1. 1. Kasada mevcut paranın, çeklerin, senetlerin, stokların (hammadde, ticari mallar vb.), duran varlıkların (gayrimenkuller, makineler, demirbaşlar, taşıtlar vb), yani işletmedeki mevcutların fiziki envanterlerinin,⁴ yapılmış olması gerekir.
2. 2. Bankadaki mevduatın, alacakların, banka kredilerinin, borçların kaydi envanterinin⁵ yapılmış olması ve şirket kayıtları ile karşılaştırılmış olması gerekir.

Yani varlıkların fiziki envanterinin, alacakların ve borçların da kaydi envanterinin (borçlular ve alacaklılar ile mutabakatların) yapılmış olması ve doğruluğunun tespit edilmiş olması gerekir.

3. Alınan Vadeli Çekler, hazır değerler grubunda değil, alacak senetleri olarak ticari alacaklarda gösterilmelidir.
4. Ticari Bilançoda şirket tarafından keşide edilmiş olan vadeli çekler hazır değerler altında eksi olarak gösterilmemeli, keşide edilmiş bu çekler pasif tarafta borç senetleri altında yer almalıdır. Aksi halde bilançoda yer alan şirket borçları gerçeği yansıtmayacağı gibi hazır değerlerin de bilançoda eksi olarak gözükmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır.
5. Alacak kalanı veren alıcı hesapları pasifte; borç kalanı veren satıcı hesapları ise aktifte gösterilmelidir. Aksi halde bilançoda yer alan şirket alacakları ve borçları gerçeği yansıtmayacaktır.
6. Bankalarda teminatta olan çekler hazır değerler grubunda değil, Alacak Senetleri altında gösterilmelidir.
7. Vadesi geçmiş, tahsili şüpheli olan alacaklar (zarar yazılmamış olsa bile) sağlam alacaklardan ayrı gösterilmelidir.
8. Bu tarih itibariyle ticari defterlerin de yazdırılmış olması gerekir. Dava dosyasına sunulan mizan toplamı yevmiye defteri toplamına uygun olmalıdır.
9. Çekler, senetler, stoklar, duran varlıklar gibi varlıkların envanter listeleri de bilançoya eklenmiş olmalıdır.

4 Fiziki envanter, fiziken mevcut varlıkların sayılması, ölçülmesi, tartılması yoluyla miktarlarının tespitidir.

5 Kaydi envanter, kayıtlarda mevcut olan tutarların karşı taraftan alınan belgelerle karşılaştırılması ve doğrulanmasıdır.

Aşağıda basit bir ticari bilanço örneği verilmiştir.

AKTİF			
Dönen Varlıklar		20.000	
Kasa ve Bankalar	2.000		
Ticari Alacaklar – Alıcılar	8.000		
Stoklar	10.000		
Duran Varlıklar		20.000	
Binalar	25.000		
Bir. Amortisman	- 5.000		
Aktif Toplamı			40.000
PASİF			
Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar		60.000	
Banka Kredileri	30.000		
Ticari Borçlar - Satıcılar	30.000		
Özkaynaklar		-20.000	
Sermaye	40.000		
Kar Yedekleri	10.000		
Geçmiş Yıl Zararları	- 70.000		
Pasif Toplamı			40.000

2. Borca Batıklık Bilançosu

İcra İflas Kanununa göre iflas erteleme talebinin yerine getirilme şartlarından biri iflas erteleme talebinde bulunabilecek şirketin borca batık olmasıdır. Şirketin borca batık olmasından, aktiflerinin değeri ile borçlarını karşılayamaması anlaşılır. Şirketin borca batık olduğunu gösteren bilançoya “Borca Batıklık Bilançosu” denir. Borca batıklık bilançosu mal varlığını tespit eden bir bilançodur.⁶ Bu bilançoda borçlar varlıklardan fazladır.

Borca batıklık bilançosu ticari bilanço esas alınarak hazırlanır. Bu nedenle ticari bilançonun yanıtıcı olmaması gerekir.

İflas ertelenmesi talep eden bir şirketin borca batıklık bilançosu dü-

⁶ Selçuk Öztekin, İflasın Ertelenmesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 43 - 44.

zenlenirken işletmenin sürekliliği varsayımının artık geçerli olmadığından hareket edilir. Bu bilançoda iflas ertelenmesi isteyen şirketin tüm gizli yedek ve borçlarının ortaya çıkarılması ve tasfiyesi halinde şirketin varlıklarının değerinin borcunu karşılamaya yetip yetmediğinin tespit edilmesi amaçlanır.⁷

Borca batıklık bilançosunda aktif ve pasifte gerçek değerler esas alınır.⁸ Gerçek değerlerden kasıt, paraya çevrilmeye, piyasada satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattır.⁹ Aktiflerin paraya çevrilme değerleri tespit edilirken, tasfiye sonundaki (ileri bir tarihteki) satış fiyatları değil, borca batıklık bilançosunun düzenlendiği tarihteki değerler esas alınmalıdır. Daha açık bir ifade ile; “Borca batıklık bilançosu” envanter sonuçlarının piyasa fiyatları ile değerini gösterir; mevcut olmayan, fiktif değerler bu bilançoda dikkate alınmaz.

Yukarıdaki ticari bilançoya göre düzenlenen borca batıklık bilançosu aşağıdaki gibi olacaktır:

Ticari bilançoda 10.000,00 TL olarak gözükten stokların rayiç değerinin 5.000,00 TL ve amortisman sonrası net değeri 20.000,00 TL olan binaların rayiç değerinin 30.000,00 TL olması halinde borca batıklık bilançosu aşağıdaki gibi olacaktır.

Dönen Varlıklar		15.000	
Kasa ve Bankalar	2.000		
Ticari Alacaklar – Alıcılar	8.000		
Stoklar	5.000		
Duran Varlıklar		30.000	
Binalar	30.000		
VARLIKLAR TOPLAMI			45.000

7 Thomas Uppenbrink, “Unternehmensberaterhaftung im Zuge der neuen Insolvenzordnung”, s. 15, Alman Yüksek Mahkemesi Kararı, II ZR 88/99, 08.01.2001, s. 7.

8 Selçuk Öztekin, S.; 44, Oğuz Atalay, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 16., Industrie und Handelskammer für München und Oberbayern: “Merkblatt – Insolvenzantrag”, 2008.

9 Yargıtay 19. HD nin 17.11.2005 tarih ve E: 2005/6312, K: 2005/11314 sayılı kararına göre de bu bilançoda tüm aktifler rayiç değerleri, yani piyasadaki satış değerleri üzerinden bilançoya geçirilmelidir

Kısa Vadeli Yabancı Kaynaklar		60.000	
Banka Kredileri	30.000		
Ticari Borçlar - Satıcılar	30.000		
BORÇLAR TOPLAMI			60.000
BORCA BATIKLIK TUTARI			-15.000
(- ÖZSERMAYE)			

2.1. Varlıkların Değerlemesi

Borca batıklık bilançosunda varlıklar ve alacaklar düzenleme tarihindeki (gerçek değerleri) rayiç değerleri ile gösterilir.¹⁰

2.1.1. Dönen Varlıklar

Hazır Değerler

Kasa ve Bankalar

Kasada ve bankada mevcut Türk Lirası nominal değerler ile gösterilir. Dövizlerin değerlendirilmesinde bilançonun düzenlendiği tarihteki efektif/döviz alış kurları esas alınır.

Alınan Çekler

Kasada mevcut (vadesiz) çekler itibari değerleri ile gösterilir.

Ticari Alacaklar

Alacaklar (Alıcılar)

Alacaklar, eğer tahsil edilebilir durumda ise, borca batıklık bilançosunda kayıtlı değer (defter değeri) ile değerlendirilir. Bu durumda ticari defterlerde kayıtlı değerler, karşılıklı mutabakatın mevcudiyeti halinde, gerçek değerdir. Ticari defterlerdeki değerlerin esas alınabilmesi için hesap mutabakatı aranmalıdır.

Yurt dışından olan alacaklar ise bilanço tarihindeki döviz alış kuru ile değerlendirilmiş olmalıdır.

Şüpheli Ticari Alacaklar

Şirketin alacakları her bir borçlunun ödeme gücü hakkında yapılacak

¹⁰ Bkz. Haluk Sumer, "Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesinin Teknik Yapısı", Kriz Yönetimi (Der. H. Sumer – H. Pernsteiner), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2009, s. 455 – 467.

bir değerlendirmeden sonra, yani ticari defterlerde yazılı miktar üzerinden değil, tahsili muhtemel olan miktar üzerinden aktife yazılmalıdır.¹¹ Tahsil edilmesi mümkün olmayan veya şüpheli olan alacaklar için değer düzeltilmesi yapılmalıdır.¹²

Değer düzeltilmesinden kasıt, tahsili mümkün olmayan alacakların, değerlemede ve "Borca Batıklık Bilançosu" nda dikkate alınmamasıdır. Bir alacağın şüpheli veya değersiz olması nedeniyle borca batıklık bilançosunda yer almaması için o alacağın şüpheli veya değersiz olduğu objektif bir belge ve kanıtla dayandırılması gerekir. Karşı tarafla yapılan sözleşmeler, mutabık kalınan vadeler, şirket alacaklarının yaşlandırma tabloları, mutabakat yazışmaları, tutarın ödenmesi için gönderilen taahhütlü mektuplar, yazılar, e-posta'lar, gönderilen yazılara gelen cevaplar, noterden çekilen ihtarnameler objektif belgelere örnektir. İflas erteleme aşamasında olan işletmenin ortalama alacak tahsil süresi, alacağın şüpheli olduğu müşteriden yapılan ortalama tahsilat süresi, alacağın ne zaman tahakkuk ettiği, müşteri borcunun ortalama tahsil süresini aşmış olmadığı, müşterinin (kanıtlanabilir) mali durumu, alacağın tahsil edilebilir olup olmadığına tespitinde değerlendirilmesi gereken kriterlerdir.

Vergi Usul Kanunu'na göre dava açılmış veya icra takibi yapılmış olması da bir kanıttır. Ancak yasal takibin dayanaklarının mevcut olması gerekir. Şüpheli bir alacağın değerlemeye alınmaması için Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre dava açılmış olması zorunlu şart olmamalıdır.

İflas erteleme talebinde bulunan şirketin alacaklı olduğu kurumun da iflas erteleme talebinde bulunması alacağın tahsilinin mümkün olmayacağını (değersiz olduğunu) gösterir.¹³ Eğer birbirlerinden alacaklı ve birbirlerine borçlu olan şirketler birlikte iflas talebinde bulunmuşlarsa, birbirlerinden olan alacakların ve borçların borca batıklık bilançosunda yer almaması gerekir.

İflas erteleme aşamasında olan bir şirketten olan alacak için karşılık ayrılmasını ve zarar yazılmasını vergi kanunları da kabul etmektedir.

Alacak Senetleri ve Vadeli Çekler

Alacak senetleri ve vadeli çekler bilançoda tasarruf değerleri ile yer almalıdır. Tasarruf değeri senet ve vadeli çeklerin bilanço günündeki değeridir.

11 Selçuk Öztek, s. 44.

12 Stahlschmidt, M., "Die Begriffe Zahlungsunfähigkeit, Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und die Methoden Ihrer Feststellung", Juristische Rundschau, Mart 2002.

13 Radtke, Rainer/Reszies, Sabine, Klose, Wolfgang; "Grundlagen Rechnungswesen und Datev", 2002.

Diğer Alacaklar

Ortaklardan Alacaklar

Hukuki açıdan bakıldığında ortaklardan alacaklar borca batıklık bilançosunda şirket alacağı niteliğindedir.¹⁴

Finansal açıdan bakıldığında ise ortaklardan alacağın kaynağını incelemek gerekir. Ortaklar şirketten belirli vadede geri ödemek üzere borç almışlar ise bu tutar borca batıklık bilançosunda ortaklardan alacaklar olarak gösterilebilir.

Ancak gerçekte maliyet unsuru olmalarına rağmen (belgelendiril(e) medikleri için) gider olarak kayıtlara intikal ettirilemeyen harcamalar (çalışanlara, yöneticilere, çalışan şirket ortaklarına belgesiz - ağıktan- ödenen ücretler, faturasız satın almalar, üçüncü kişilere yapılan belgelendirilemeyen ödemeler, v.b.) ortaklar hesabına kaydedilmiş ise, bu tutarların tüketilmiş değer olarak düşünülmesi, borca batıklık tutarının hesabında özün önceliği ilkesine göre varlıklar toplamına dahil edilmemesi gerekir. Bu harcamalar, belgelendirilmiş ve maliyet olarak kayıtlara geçirilmiş olsalardı, zaten bilançoda yer almayacaklardı.

Aynı şekilde uzun süre önce ortaklar tarafından şirketten çekilmiş ve geri ödenmemiş tutarlar da tüketilmiş değerler olarak düşünülmeli ve borca batıklık bilançosunda varlıklar arasında gösterilmemelidir.

Ortaklardan alacaklar nedeniyle borca batık hale gelmiş şirketin bu durumdan nasıl kurtulacağı iyileştirme projesinde inandırıcı bir şekilde açıklanmalıdır¹⁵.

Ortakların ödenmemiş sermaye borçları ise aktifte yer almaz (bu tutar pasifte özkaynaklar grubunda (-) olarak yer alır), dolayısıyla ödenmemiş sermaye tutarının borca batıklık tutarının hesabında önemi yoktur, yani ödenmemiş sermaye borca batıklık bilançosunda dikkate alınmaz.

Tazminat Alacakları

Tazminat alacakları varlıklar arasında yer alır.¹⁶

Stoklar

Stoklar piyasada satılabilir değerleri ile gösterilir. Satılabilir değerlerin tespitinde son alınan malların değerleri veya biraz daha düşüğü esas alınabilir. Borca batık bir şirketin stoklarının daha düşük bir değerle alıcı

14 Bkz. Oğuz Atalay, s. 20.

15 Haluk Sumer, "Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesinin Teknik Yapısı", Kriz Yönetimi (Der. H. Sumer – H. Pernsteiner), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2009, s. 459.

16 Oğuz Atalay, s. 20.

bulacağı da unutulmamalıdır. Ancak değerini kaybetmiş olan ve satılma imkanı olmayan stoklar değerlendirme dışı tutulmalıdır ve bu malların değerinin düştüğü objektif belgelerle kanıtlanmalıdır.

Son kullanım tarihi yakın olan (ilaç, parfüm, gıda maddesi, boya gibi) stoklar ise değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Yarı mamul mallar ise satılabilirlik değerleri ile gösterilmelidirler.

Stokların rayiç bedellerinin tespiti aşamasında ticari defterlerdeki (stok kartlarındaki) stok kayıtlarının da incelenmesi gerekir. Kayıtlarda gözükün, ancak fiziken mevcut olmayan stokların tespitinde, stok noksanlığının nedenleri araştırılmalıdır. Önemli miktarda stok noksanı varsa nedeni objektif belgelerle kanıtlanmalıdır. İşlenmek üzere başka yerlerde bulunan veya konsinye verilmiş (şirket bünyesinde fiziken mevcut olmayan) stoklar varlık toplamına dahil edilmelidir.

Verilen Sipariş Avansları

Ticari bilançoda yer alan “Verilen Sipariş Avanslar Hesabı” yurt içinden ya da yurt dışından satın alınmak üzere siparişe bağlanan stoklarla ilgili olarak yapılan avans ödemelerinin izlendiği hesaptır. Yurt içi piyasadan satın alınan veya ithal edilen mallar depoya girince hesap stoklar hesabına devredilerek kapatılması gerekir.

İthalatı tamamlanmış, depoya konmuş; satış değerleri tespit edilmiş malların ticari bilançoda bu hesapta değil, stoklar hesabında yer almaları gerekmektedir. Aksi halde (aynı tutar hem fiziken sayılan stoklar arasında, hem de verilen sipariş avansları hesabında yer alacağından) borca batıklık bilançosunda varlıklar yüksek gösterilmiş olur. Borca batıklık bilançosu hazırlanırken bu hususa dikkat edilmelidir.

Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Maliyetleri

Ticari bilançoda yer alan “Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Maliyetleri”, geçici kabul yapılmadan önceki maliyetlerdir (bu hesaplarda bulunan maliyet geçici kabul yapıldığında satılan hizmet maliyeti hesabına devredilecektir).

Gelecek Dönem Giderleri ve Gelir Tahakkukları

Gelecek dönem giderleri muhasebedeki dönemsellik ilkesi gereği aktifleştirilen tutarlardır. Sözleşmenin iptali halinde ödenen bedelin geri alınması veya tahakkuk etmiş borcun silinmesi mümkün ise bu tutarlar borca batıklık bilançosunda gelecek dönem gideri olarak yer alır. Aksi halde yer almaz.

Örneğin gelecek dönem gideri olarak kaydedilmiş yangın sigortası bedeli, sözleşmenin iptali halinde geri alınabilecek veya bununla ilgili tahak-

kuk etmiş borç silinebilecek ise, bilançoda yer alır. Aksi halde, yani bedel geri alınamayacaksa veya tahakkuk etmiş borç silinmeyecekse, tüketilmiş sayılır ve borca batıklık bilançosunda yer almaz. Gelecek dönemlere ait kira gideri için de aynı ilke geçerlidir.

Diğer Dönen Varlıklar

KDV Hesapları

Katma Değer Vergisi Kanunu gereği indirim konusu olmamış katma değer vergileri (Devreden KDV) şirketin tasfiyesi veya iflası halinde şirkete iade edilmez.

İcra Daireleri tarafından haczedilen veya İflas İdareleri kontrolüne geçen mallarda tasarruf yetkisi ilgili merciiye ait olduğu için, malların çıkışında şirket açısından KDV hesaplanması da gerekmemektedir.

Bu şartlar altında devreden KDV tutarının tüketilmiş değer olarak düşünülmesi mümkün görülebilse de; iflas erteleme talebinde bulunan şirket, talebinin kabulü halinde faaliyetine devam edecek ve yaptığı satışlardan elde ettiği Katma Değer Vergisinden, devreden KDV tutarını düşebilecektir. Dolayısıyla devreden KDV bu şartlarda, şirket için alacak niteliğindedir ve borca batıklık bilançosunda yer almalıdır.

İhracat dolayısıyla iadesi talep edilen KDV vergi dairesinden bir alacak niteliğinde olduğundan borca batıklık bilançosunda yer almalıdır.

Peşin Ödenen Vergiler

Peşin ödenen vergiler, diğer vergilerden mahsup edilebilir, kalan tutar vergi dairesinden iade alınabilir. Bu nedenle peşin ödenen vergiler alacak niteliğinde olduğundan borca batıklık bilançosunda yer almalıdır.

2.1.2. Duran Varlıklar

Mali Duran Varlıklar

Bağlı Menkul Değerler ve İştirakler

Finansal varlıklar gerçeğe uygun değerle değerlendirilir. Finansal varlıklar için, gerçeğe uygun değer, bilanço tarihi itibarıyla piyasa veya borsa değeridir.

İştirakler, borca batık şirketin başka şirketlerdeki ortaklık paylarını gösterir. İştiraklerin borca batıklık bilançosundaki değeri, borca batık şirketin diğer şirketteki payının değeri (gerçek değeri) kadardır. Diğer şirket borsaya kayıtlı ise, borca batık şirketteki iştirakın değeri, borsa verilerine göre hesaplanır. Diğer şirket borsaya kayıtlı değil ise, bilanço tarihine yakın bir tarihte yapılmış olan alımlar finansal varlıkların gerçeğe

uygun değeri hakkında bilgi verir ve bu finansal varlıkların değerlemesinde kayıtlı değer veya son alış değeri esas alınabilir.

İştirak edilen şirket de borca batmış, eldeki hisse senetleri değersiz hale gelmiş ise, iştirakler varlık toplamına dahil edilmez. Ancak iştirak edilen şirketin batmış olduğu objektif belgelere dayanmalıdır.

Maddi Duran Varlıklar

Arazi, Arsa, Yer Altı – Üstü Düzenler ve Binalar

Arazi, arsa ve binaların satış fiyatının belirlenmesinde emsal değerler, m2 satış fiyatları, emlak vergisi değerleri, gayrimenkul değerlendirme şirketleri tarafından tespit edilmiş değerler esas alınabilir. Arsa, arazi ve bina gibi gayrimenkullerin değerlerinin tespitinde satış süresi önemlidir. Kısa bir sürede gerçekleşecek satış için belirlenecek fiyat düşük, uygun bir satış zamanı beklendiğinde gerçekleşecek satış için belirlenecek fiyat yüksek olabilir. Bu yüzden borca batıklık durumunda bilanço hazırlanırken derhal gerçekleşecek bir satışta uygulanacak fiyatın esas alınması daha doğru olur.¹⁷

Tesis, Makine ve Cihazlar

Kullanılmış makinelerin piyasa fiyatları yoksa, tahmini değerler esas alınabilir.

Bir başka dikkat edilmesi gereken husus ise birlikte bir bütün oluşturan ve ancak bu şekilde fonksiyon görebilecek olan mal varlığı parçalarının nasıl değerlendirileceğidir. Bu gibi malların parçaları birbirinden ayrıldıkları takdirde daha düşük bir fiyatla satılacağından, satış fiyatı tespit edilirken bu husus dikkate alınmalıdır.¹⁸

Tesis, makine ve cihazların rayiç bedellerinin tespiti aşamasında ticari defterlerdeki duran varlık kayıtlarının da incelenmesi gerekir. Kayıtlarda gözüken, ancak fiziken mevcut olmayan duran varlıkların tespitinde, noksanlığının nedenleri araştırılmalıdır.

Taşıtlar

Taşıtlar satılabilecekleri değerler ile gösterilir. Taşıtların satış fiyatının belirlenmesinde taşıt piyasası, ikinci el satış fiyatları veya emsal kasko değerleri esas alınabilir.

Demirbaşlar

İşletmelerde mevcut kullanılan demirbaşlar piyasa değeri ile değerlendirilmelidir, ancak bu değerler genellikle çok düşüktür, alıcısı yoktur ve satış imkanları oldukça düşüktür.

17 Oğuz Atalay, s.18.

18 Selçuk Öztekin, s. 45.

Birikmiş Amortismanlar

Maddi ve maddi olmayan duran varlıklar “Borca Batıklık Bilançosu”nda bilanço tarihindeki piyasa değerleri ile gösterildiğinden ticari bilançoda yer alan birikmiş amortismanlar “Borca Batıklık Bilançosu”nda yer almaz.

Yapılmakta Olan Yatırımlar

Yapılmakta olan yatırımlar “Borca Batıklık Bilançosu”nda o tarihteki rayiç değerleri ile gösterilmelidir.

Maddi Olmayan Duran Varlıklar

Haklar (Lisans, Patent, Marka)

Satın alınmış olan ve paraya çevrilmesi mümkün olan lisans, patent ve markalar piyasa fiyatı ile değerlendirilmelidir. Tek başına satılma imkanı bulunmayan (kullanılmak üzere satın alınmış muhasebe programları gibi) maddi olmayan duran varlıklar ise borca batıklık bilançosunda yer almaz¹⁹.

İlke olarak, şirketin kendi ürettiği/yarattığı patentler, lisanslar, markalar vs bilançoda gösterilmez. Ancak borca batıklık bilançosu düzenlenirken erteleme isteyen şirketin kendi ürettiği/yarattığı maddi olmayan duran varlıklar, tek başlarına değerlendirilebildikleri takdirde, varlık olarak bilançoda gösterilmelidir. Bu varlıkların değeri, söz konusu varlıklarını satın almak isteyen bir alıcının ödemeye hazır olduğu fiyattır ve bu değer bu konuda uzman kişi tarafından tespit edilmesi gerekir.

Kiralanan Varlıklar (Finansal Kiralama)

Finansal kiralama konusu mal kiralayan şirketin (finansal kiralama şirketinin) mülkiyetindedir.²⁰ Kiracı, sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedidir.

Finansal kiralama sözleşmesi sözleşme süresinin dolması sebebiyle sona erebileceği gibi şirketin sona ermesi, tüzel kişiliğinin hitamı, kiracının iflası veya aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması, kiracının ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi veya işletmesini tasfiye etmesi, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, hallerinde de sona erer. Sözleşme sona erdiğinde, sözleşmeden doğan satın alma hakkını kullanmayan veya bu hakkı bulunmayan kiracı, finansal kiralama konusu malı derhal geri vermekle mükelleftir.

19 Selçuk Öztek, s. 46.

20 Finansal Kiralama Kanunu Md. 9 ve 17.

Sözleşmenin kiralayan tarafından feshi halinde kiracı malı iade ile birlikte vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerini ödemek yükümlülüğü altında olduğu gibi kiralayanın bunu aşan zararından da sorumludur. Sözleşme kiracı tarafından feshedilirse kiracı malı geri vermekle beraber uğradığı zararın tazminini kiralayandan talep edebilir.²¹

Yukarıda belirtilen yasa hükmü çerçevesinde finansal kiralama dolaşısıyla ticari bilançoda yer alan haklar, borca batıklık bilançosunda yer almamalıdır.

Şerefiye

Şerefiye tek başına paraya çevrilebiliyorsa borca batıklık bilançosunda aktifte yer verilmelidir, tek başına paraya çevrilemiyorsa yer verilmelidir.²²

Kuruluş ve Örgütlenme Giderleri

İlk kuruluş giderlerinin paraya çevrilme özelliği yoktur. Bu nedenle "Borca Batıklık Bilançosu"nda bu hesaplara yer verilmemelidir.

Araştırma Geliştirme Giderleri

Kayıtlı değerlere göre düzenlenen bilançoda maddi olmayan duran varlıklar bölümünde yer alan Araştırma ve Geliştirme Giderlerinin borca batıklık bilançosundaki değeri tespit edilirken Türkiye Muhasebe Standartlarında (veya IFRS) belirtilen hükümler dikkate alınabilir.²³

Standartlara göre araştırmadan (veya işletme içi bir projenin araştırma safhasından) kaynaklanan herhangi bir maddi olmayan duran varlık işletmenin finansal tablolarında gösterilmez. Araştırma harcamaları da aktifleştirilmez, gerçekleştiğinde gider olarak muhasebeleştirilir.

Özel Maliyet

Özel maliyet, kiralanan gayrimenkullere kiracı tarafından yapılan (kiralanan deponun duvar ile bölünmesi gibi) yatırımlardır. Özel maliyet hesabında yer alan varlıkların öncelikle satılarak değerlendirilebilir bir unsur olup olmadıklarına bakılmalıdır. Bu varlıklar satılabilir nitelikte ise borca batıklık bilançosunda dikkate alınmalı, satılabilir nitelikte değilse dikkate alınmamalıdır.

21 Finansal Kiralama Kanunu Md. 22, 24, 25.

22 Oğuz Atalay, s. 21.

23 "TMS 38 - Maddi Olmayan Duran Varlıklar" par. 54 - 61.

2.2. Borçların Değerlemesi

2.2.1. Kısa ve Uzun Süreli Borçların Değerlemesi

Mali Borçlar

Bankalara Borçlar

Bankalara olan borçlar bilanço tarihindeki değer ile değerlendirilmeli ve bu borçlara işlemiş faizler de borçlara dahil edilmelidir.

Finansal Kiralama İşlemlerinden Borçlar

Finansal kiralama şirketlerine olan borçlar bilançoda yer alır.

Çıkartılan Tahviller

Çıkartılan tahviller (tahvilin türüne göre), itfa değerleri ve faizleri ile birlikte borca batıklık bilançosunda gösterilmelidir.

Ticari Borçlar

Satıcılara Borçlar

Değerlemede dikkate alınacak borçlar bilanço tarihinde satıcılara olan borçlardır. Bilanço tarihine kadar olan ödenmesi sözleşmeye bağlı faizlerin de bu borca dahil edilmesi gerekir.

Birbirlerinden alacaklı ve birbirlerine borçlu olan şirketler birlikte iflas talebinde bulunmuşlarsa, birbirlerinden olan alacakların ve borçların borca batıklık bilançosunda yer almaması gerekir. Bunun yansırı satıcılar ile mutabakatların yapılmış olması gerekir.

Borç Senetleri ve Verilen Vadeli Çekler

Borç senetlerinin ve verilen vadeli çeklerin kaydı envanterinin yapılmış olması gerekir. Borç senetleri ve vadeli çekler borca batıklık bilançosunda tasarruf değerleri ile gösterilmelidir.

Diğer Borçlar

Ortaklara Borçlar

Ortakların sermaye dışında şirkete koydukları paralar “Ortaklara Borçlar” olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla borca batıklık bilançosunda şirket borçlarının hesabında ortaklara olan borçlar da dikkate alınacaktır.²⁴

²⁴ Almanya da, borç veren ortağın, şirket krizden çıkana kadar verdiği paranın geri ödenmesini hiç bir şekilde istemeyeceğini yazılı olarak bildirmesi durumunda, ortağın verdiği para şirket borcu sayılmamakta, özkaynak olarak değerlendirilmektedir (Alman Yüksek Mahkemesi - Bundesgerichtshof, 08. Ocak. 2001 tarihli, II ZR 88/99 no.lu Kararı).

Şirket ortaklarının kar payı, kira gibi alacakları borca batıklık bilançonun pasif tarafında gösterilir.

İştiraklere ve Bağlı Ortaklıklara Borçlar

İştiraklere ve Bağlı Ortaklıklara olan borçlar bilançoda yer alır.

Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Hakedişleri

Borca batıklık bilançosunun hazırlandığı tarihte inşaatların tamamlanma yüzdelerine göre hakedişlerin düzenlenerek tahakkuk ettirilmemiş durumdaki bölümlerinin yaklaşık olarak hesaplanması, ayrıca “Alınan Avanslar” hesaplarından henüz “Hakediş” hesaplarına aktarılmamış durumdaki tutarların da hesaplanarak, inşaatların tamamlanma yüzdeleri ile orantılı olarak ilgili inşaatların hakedişlerine yansıtılması gerekir.

Özetle, “Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Maliyetleri” ve “Yıllara Yaygın İnşaat ve Onarım Hakedişleri” arasında mevcut olan tamamlanma yüzdelere göre hesaplanan kar bilançoda borçlardan arındırılmalıdır (Bitirilmiş işlere isabet eden kar borçlar içinde yer almamalıdır).

Ödenecek Vergi ve Diğer Yükümlülükler

Vergi ve SGK borçları bilançoda işlemiş faizleri ile birlikte gösterilmelidir.

Borç ve Gider Karşılıkları

Kıdem Tazminatı Hesapları

Kıdem tazminatları şirketin iş akdini fesh edeceği personele borç niteliğindedir ve bu nedenle borca batıklık bilançosunda kıdem tazminatları yer almalıdır.

Gelecek Dönemlere Ait Gelirler ve Gider Tahakkukları

Gelecek dönemlere ait gelirler dönem ayırımı nedeniyle ticari bilançoda yer alırlarken, gerçek şirket borcu olmadıklarından borca batıklık bilançosunda bu hesaplara yer verilmemelidir.

Gider Tahakkukları ise gerçek şirket borcu olduğundan borca batıklık bilançosunda yer almalıdır.

2.3. Özsermaye Hesapları

Borca Batıklık Bilançosunda “Özsermaye” rayiç değerleri ile değerlendirilmiş varlıklar ile rayiç değerleri ile değerlendirilmiş borçlar arasındaki (-) farktır ve bu fark “borca batık tutar” olarak adlandırılır. Ticari Bilançoda özsermaye sınıfında bulunan hesaplar Borca Batıklık Bilançosunda yer almaz. Ancak İyileştirme Projesinde özsermaye grubunun detaylarına yer vermekte yarar vardır.

Borca Batıklık Tutarı		
(- Özsermaye)		-15.000
Sermaye	40.000	
Kar Yedekleri	10.000	
Geçmiş Yıl Zararları	- 70.000	
Stok Değer Azalış Farkı	- 5.000	
Bina Değer Artış Farkı	+ 10.000	

3. SONUÇ

“Ticari Bilanço” genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine ve muhasebe standartlarına göre düzenlenmiş bilançodur. “Borca Batıklık Bilançosu” ise varlıkların, alacakların ve borçların rayiç değerler esas alınarak düzenlenmiş şeklidir. Borca batıklık bilançosu ticari bilançoya dayanmaktadır. Rayiç değerlere göre belirlenen varlıklar ve alacaklar toplamından, yine rayiç değerlere göre belirlenen borçlar çıkartılır ve şirketin borca batık olup olmadığı tespit edilir.

Borçların toplamı, rayiç değerlere göre belirlenen varlık ve alacak toplamından fazla ise şirket borca batıktır.

Şirketin borca batık olması iflasın ertelenebilmesi için aranan ilk şarttır. Şirketin borca batıklıktan nasıl kurtulacağı mahkemeye sunulacak iyileştirme projesinde belirtilir.²⁵

İcra İflas Kanunu'ndaki “İflasın Ertelenmesi” olayı işletmeci açısından bakıldığında, ticari bilançodan başlayıp, borca batıklığın görülmesi, iyileştirme projesinin hazırlanması, iflasın ertelenmesi için dava açılması, mahkemenin kabulü halinde iflasın ertelenmesi, alacaklılarla borç erteleme anlaşmalarının yapılması, şirket faaliyetlerinin - planlama ve kontrolün gözden geçirilmesi, daha sonra gerektiğinde iyileştirme projesinin revize edilmesi, sonunda borca batıklıktan çıkılması durumlarını kapsayan bir projedir.

25 İyileştirme Projesi için Bkz. Haluk Sumer, s. 467 – 483; Münir Şakrak, “İflasın Ertelenmesi Öncesi ve Sonrasında Finansal Planlama ve Kontrol” Kriz Yönetimi (Der. H. Sumer – H. Pernsteiner), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2009, s. 306 – 324.; Mert Erer, Finansal Planlama ve Kontrol Araçlarının İyileştirme Projesinde Kullanılması ve İflas Erteleme Örneğine Uyarlanması, Parşömen Yayıncılık, İstanbul, 2011.

MERKEZİ ISITMA VE SICAK SU SİSTEMİNİN BULUNDUĞU YAPILARDA ISI GİDERLERİNİN PAYLAŞTIRILMASI ESASLARI (ISI PAY ÖLÇER SİSTEMİ) VE BUNUN KAT MÜLKİYETİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL¹

I. GİRİŞ

Dünyanın sayılı ekonomilerinden biri olmayı hedefleyen ülkemizde sanayi ve teknolojideki gelişmeler, nüfusun artması ve bu nüfusun hayat kalitesindeki yükselme eğilimi, daha fazla enerji ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Enerji bakımından yeterli kaynaklara sahip olmayan, aksine dışa bağımlılığı her geçen gün artan ülkemizin bu ihtiyacının yeterli ve ekonomik bir biçimde sağlanması zorunludur. Ancak, hızla artan enerji talebi karşısında, söz konusu ihtiyaçtan vazgeçilmesi ya da bu ihtiyacın azaltılması mümkün olmadığı gibi iç kaynaklardan karşılanması da henüz olası görünmemektedir. Bu durumda mal veya hizmet üretim sektöründe ya da sosyal yaşamda halihazırdaki enerji kullanımı ile elde edilen kalite ve performansın devam ettirilebilmesi bakımından enerjinin verimli kullanılmasından başka bir seçenek bulunmamaktadır. Bu çerçevede ülkemizde enerji verimliliğinin artırılmasına yönelik idari, mali, kurumsal ve yasal alt yapının geliştirilmesi amacıyla bir takım adımlar atılmıştır. Bunlardan biri de, 18.04.2007 tarihinde kabul edilen 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu'dur (EVK).

Kapsamlı bir düzenleme olan EVK, enerji verimliliğinin artırılması amacıyla enerjinin üretimi, iletimi ve tüketim aşamalarında endüstriyel işletmelerde, enerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir. Bunun yanında Kanun, sadece ifade ettiğimiz işletme ve tesislere ilişkin değil, aynı zamanda konut ya da işyeri olarak kullanılan binalar bakımından enerjinin verimli kullanılması amacıyla hükümler içermektedir. İşte bu çalışmanın amacı, EVK ve söz konusu Kanun'un Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapmış olduğu değişiklik çerçevesinde enerjinin etkin kullanılması, israfın önlenmesi gibi neden-

¹ Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lerle bazı binalarda merkezi ısıtma ve sıcak su sistemi kurulmasına ve bu giderlerin bağımsız bölüm kullanıcıları arasında paylaştırılmasına ilişkin hüküm ve sonuçları irdelemektir.

II. KANUNİ DÜZENLEME

18.4.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu'nun² amacı, enerjinin etkin kullanılması, israfının önlenmesi, enerji maliyetlerinin ekonomi üzerindeki yükünün hafifletilmesi ve çevrenin korunması için enerji kaynaklarının verimliliğinin artırılmasıdır (m. 1). EVK, enerji verimliliği çalışmalarının etkin olarak yürütülmesi, izlenmesi ve koordinasyonu konusunda oluşturulan idari yapı yanında enerji verimliliği hizmetlerinin yürütülmesi konusunda yapılacak yetkilendirmeleri, görev ve sorumlulukları, eğitim ve bilinçlendirmeyi içeren kapsamlı bir kanuni düzenleme niteliğindedir. Bu niteliği itibarıyla Kanun daha çok sektörel bazda enerji üreten veya ileten işletme ya da tesislere ilişkin hükümler içermekle birlikte, konumuz itibarıyla enerjinin sadece ısınma veya sıcak su amacıyla kullanıldığı binalara ilişkin hükümlere de yer vermektedir. Gerçekten, EVK m. 7/c bendinde merkezi ısınma sistemine sahip binalarda, ısı veya sıcaklık kontrolünü sağlayan cihazların ve ısınma giderlerinin paylaşımını sağlayan sistemlerin kurulmasını öngörerek buna aykırı olarak hazırlanan projelerin ilgili mercilerce onaylanmayacağını düzenleme konusu yapmaktadır. Yine EVK m. 7/ç bendinde binalarda enerji performansına ilişkin hükme yer verilmekte, (d) bendinde ise bazı yapılara, enerji ihtiyacını, yalıtım özelliklerini, ısıtma ve/veya soğutma sistemlerinin verimi ile binanın enerji tüketimine ilişkin sınıflandırmayı içeren enerji kimlik belgesi düzenleme yükümlülüğü getirmekte, ancak uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir. Söz konusu yönetmelik ilgili Bakanlıkça 2008 tarihinde Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği³ (Enerji Yönetmeliği olarak anılacaktır) olarak çıkarılmıştır. Belirtelim ki, doğrudan inceleme konumuzla ilgili olmamakla birlikte ilerleyen bölümlerde Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği'ne konuyla ilgili olduğu ölçüde yer verilecektir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, asıl inceleme konumuz olan merkezi ısınma ve sıcak su sisteminin kurulması ve giderlerin paylaşımına ilişkin hüküm EVK m. 7/c bendinde yer almaktadır. Ancak mesele, söz konusu düzenlemede de genel hatlarıyla ifade edilmekte, ayrıntıya yer verilmemektedir. Bununla birlikte konuyla ilgili olarak EVK m. 16 hükmü 634

2 RG. 02.05.2007, Sayı: 26510.

3 RG. 05.12.2008, Sayı: 27075.

sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m. 42 hükmüne iki fıkra eklemektedir. KMK'nın 42. maddesine eklenen dördüncü fıkra, merkezi ısıtma sistemlerinde ısınma giderlerinin paylaşılmasına ilişkin usul ve esasların yine Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmektedir. Söz konusu Yönetmelik, Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik⁴ (Merkezi Isıtma Yönetmeliği olarak anılacaktır) adı altında 2008 tarihinde ilgili Bakanlıkça çıkarılmıştır. Merkezi Isıtma Yönetmeliği, mevcut ve yeni yapılacak birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezi ya da bölgesel ısınma ve sıcak su sistemli binalarda, ısınma ve sıcak su giderlerinin bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaşılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Dolayısıyla, her ne kadar EVK ve Enerji Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine yeri geldikçe değinilecekse de, çalışmamızın temelini Merkezi Isıtma Yönetmeliği teşkil edecektir.

III. ISI TÜKETİMİNİN ÖLÇÜLMESİ ve PAYLAŞIMINA İLİŞKİN ESASLAR

A. Genel Olarak

Ülkemizde konut ya da işyeri niteliğindeki yapılaşma genellikle tek parselde tek bir münferit yapı şeklindedir. 1965 tarihli KMK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren, tek parselde birden fazla bağımsız bölüm oluşturacak biçimde bir yapılaşmaya ve her bir bağımsız bölümün ayrı bir mülkiyet konusu teşkil etmesine imkan tanınmıştır. KMK çerçevesinde özel bir mülkiyet türü olarak nitelendirilen bu yapılaşma, başlarda tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyeti⁵ şeklindeydi. Ancak günümüzde, farklı ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişme ve gereksinimlere paralel bir biçimde çoğu yapılaşmanın neredeyse küçük birer şehir niteliğindeki toplu yapılara⁶ dönüştüğü görülmektedir.

Gerek klasik kat mülkiyetinde, gerekse toplu yapılarda yapının ni-

4 RG. 14.04.2008, Sayı: 26847.

5 KMK'da tanımlanmış olmamakla birlikte öğretilerde KMK m. 1'de ifade edilen bağımsız egemenlik hakkına konu edilmiş ve başlı başına kullanıma elverişli birden fazla bağımsız bölümü içeren ve halk dilinde apartman olarak adlandırılan blok kütle (anayapı) klasik dikey kat mülkiyeti olarak ifade edilmiştir. Bkz. ARCAK Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983 s. 1086; ÖZMEN, E. Saba, Kat İrtifakı, Ankara 1997 s. 225; ŞENGÜL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 47-49.

6 Toplu yapı, bir ya da birden fazla parsel üzerinde yer alan alt yapı tesisleriyle, ortak kullanım yerleriyle, sosyal tesis ve hizmetleriyle, ayrıca tüm bu ortak yer ve tesislerin yönetimiyle hukuki ve/veya fiziki olarak birbiriyle bağlantılı hale gelmiş birden çok yapıyı ifade etmektedir (KMK m. 66/I). Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENGÜL, s. 189 vd.; ÖZMEN E. Saba/KIR Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 143 vd.

teliğine, bulunduğu bölgeye ve bağımsız bölüm maliklerinin arzularına göre farklı ısınma ve sıcak su sistemleri bulunmaktadır. Bu çerçevede yapılar, katı, sıvı, gaz ve benzeri biçimlerde enerji kaynağının kullanıldığı ferdi ya da merkezi ısınma ve sıcak su sistemine sahip olabilmektedir. Ancak, önceleri ferdi sistemin daha ekonomik olduğu düşünülmeyle birlikte, yapılan teknik ve bilimsel incelemeler sonucu hangi yakıt tipi kullanılırsa kullanılsın enerji verimliliğinin sağlanmasında merkezi sistemin daha faydalı sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında, merkezi sisteme oranla ferdi sistemin daha fazla enerji kullanımına neden olması da, bazı yapılar bakımından merkezi sistemle ısınmaya ilişkin bir takım yasal zorunlulukları beraberinde getirmiştir. Söz konusu yasal zorunluluğun temelini ise EVK m. 7/c hükmü ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği oluşturmaktadır.

Gerçekten EVK m. 7/c hükmü, merkezi ısınma sistemine sahip binalarda ısı ve sıcak su tüketiminin ölçülmesine ve bağımsız bölümü kullananlar arasında bu tüketiminin paylaşılmasına ilişkin sistemlerin kurulmasına işaret etmektedir. Ancak, bu sistemin ne şekilde kurulacağına ilişkin usul ve esasların ayrıntısı Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik öncelikle ısı tüketiminin ölçülmesine ilişkin ekipmanların nelerden oluştuğunu ve bunların ne şekilde kurulacağını düzenlemektedir. Bunun yanında, bu ekipmanları satmaya, kurmaya ve sonrasına ilişkin okuma ve işletim işlemlerini yapmaya yetkili kuruluşların özellikleri hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik ayrıca ısı ve sıcak su giderlerinin ne şekilde hesaplanacağına ve bunun bağımsız bölüm kullanıcıları arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin hükümlere yer vermektedir. Biz de öncelikle Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde ısı tüketiminin ölçülmesine ilişkin bazı teknik hususlara değinmekte yarar görüyoruz.

B. Isı Tüketiminin Ölçülmesi

1. Isı Tüketimini Ölçmek İçin Gerekli Ekipmanlar

Merkezi sisteme sahip binalarda ısı tüketiminin ölçülmesi, her konutun harcadığı enerji kadar yakıt paylaşımını sağlayan ölçüm ekipmanları sayesinde mümkündür. Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 3/n bendinde ölçüm ekipmanlarının ısı ve sıcak su sayacı, ısı ölçer, ölçüm okuma ve faturalandırma cihazlarından oluşacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, binalarda kullanılan merkezi sistemin türü, kullanılacak ölçüm ekipmanının türünü belirleyecektir. Buna göre, sadece merkezi ısıtma sisteminin bulunduğu binalarda ölçüm ekipmanları ısı ölçer (ısı pay ölçer), ısı sayacı, termostatik vana ve bunların okuma ve faturalandırılmasını sağlayan diğer cihazlardan oluşmaktadır (Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 6/1). Hem

merkezi ısıtma hem de merkezi sıcak su sistemine sahip binalarda ise, bunlara ek olarak ayrıca sıcak su tüketimini ölçen sıcak su sayacı kullanılacaktır (Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 6/II). **Isı ölçer (ısı pay ölçer)**, radyatör suyunun bağımsız bölüme birden fazla kolondan gönderildiği sistemlerde, her radyatöre monte edilerek bireysel bazda tüketim değerlerini kaydeden ve böylece bağımsız bölümlerin gerçek tüketim değerlerine göre gider paylaşımı yapılabilmesini sağlayan ölçüm ekipmanıdır⁷. **Isı sayacı**, radyatör suyunun tek bir hattan gönderildiği ve üzerine yerleştirildiği ısıtma hattından geçen ısı enerjisi miktarını debi ve sıcaklık farkına göre ölçen alettir⁸. **Sıcak su sayacı**, üzerine yerleştirildiği sıhhi sıcak su giriş hattından geçen ve sıcak su miktarını ölçen cihazdır⁹. **Termostatik vana** ise bulunulan ortamın istenilen sıcaklığa gelmesi durumunda sıcak suyun akış yolunu kapatan akış kontrol elemanıdır (Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 5/V)¹⁰. Görüldüğü üzere, termostatik vanalar sayesinde, bağımsız bölüm kullanıcıları her odayı istenilen sıcaklığa ayarlama imkanına sahiptir. Böylece kullanılmayan odalarda radyatör sıcaklığının düşürülmesi önemli derecede ısı enerjisi tasarrufu sağlayacaktır. Ancak hemen belirtelim Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 5/VI hükmüne göre, bağımsız bölümlerdeki mahal sıcaklıklarının asgari 15 °C olacak şekilde ayarlanması zorunludur. Dolayısıyla, bu sisteme sahip merkezi ısıtmalı binalarda bağımsız bölümlerdeki radyatör vanalarının tamamen kapatılması ya da her bir radyatör sıcaklığının 15 °C'nin altına düşürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, konut veya işyeri geçici ya da sürekli bir biçimde fiilen kullanılmasa dahi, ilgililerin ısınma giderlerine belli oranda katılma mecburiyeti bulunmaktadır.

Öte yandan yakıt giderlerinin daha adil bir biçimde konutlara paylaştırılması için ayrıca, belirlenen zaman dilimlerinde bu cihazlardan okuma yoluyla verilerin alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Isı sayaçları ve ısı pay ölçerler (varsa sıcak su sayaçları) doğrudan üzerlerindeki ekrandan enerji sarfiyatının okunabildiği bir sisteme sahip olabileceği gibi, kablolu bağlantı ile bir bilgisayar sistemine aktarıldığı sistemler şeklinde de okunabilmektedir. Bunun yanında takılacak ekipmanlar sayesinde öl-

7 <https://www.bayindirlik.gov.tr/dosyalar/images/file/merkezigiderbrosuru.doc>. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özsoy, Ahmet, Merkezi Isıtma Sistemlerinde Isınma Problemleri ve Yakıt Paylaşımı, SDU International Journal of Technologic Science, Vol. 1, No. 1, June 2009, s. 12.

8 <https://www.bayindirlik.gov.tr/dosyalar/images/file/merkezigiderbrosuru.doc>. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özsoy, s. 12, 13.

9 <https://www.bayindirlik.gov.tr/dosyalar/images/file/merkezigiderbrosuru.doc>. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özsoy, s. 13.

10 <https://www.bayindirlik.gov.tr/dosyalar/images/file/merkezigiderbrosuru.doc>. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özsoy, s. 13.

çüm ve veri gönderme işlemlerinin radyo frekanslı vericiler yardımıyla yapılması da mümkündür¹¹.

2. Isı Tüketimini Ölçme Sisteminin Kurulması ve Kurulum Sonrası Hizmetler

Binalarda ısı ölçüm ve paylaşımına ilişkin uygulama sadece merkezi ısıtma ve sıcak su sisteminin bulunduğu yapılaşmalar bakımından geçerlidir. Bu çerçevede uygulama, öncelikle sistemin kurulması ve kurulum sonrası işletilme hizmetlerini bünyesinde barındırmaktadır.

Sistemin kurulması ile kastedilen, bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz ısı tüketimini ölçmek için gerekli ekipmanların kurulumudur. Buna göre yapılacak etüt çalışması sonucunda radyatörlere ısı pay ölçerlerin, termostatik vanaların ve ısı sayaçlarının; şayet merkezi sıcak su sistemi varsa ayrıca sıcak su sayaçlarının takılması bu kapsamdadır. Görüldüğü üzere, kurulum açısından mevcut merkezi ısıtma ve sıcak su sisteminin bulunduğu binalarda peteklerin, kazan sisteminin veya yakıt tipinin değiştirilmesi gibi bir yenileme ya da tadilat zorunluluğu bulunmamaktadır¹². Öte yandan sistemin kurulabilmesi, ancak merkezi ısıtma ve sıcak su sistemi için gerekli cihaz ve ekipmanların satışı, projelendirilmesi, kurulumu ve uygulaması bakımından yetkili bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketleri marifetiyle mümkündür. Diğer bir anlatımla, merkezi ısıtma ve sıcak su sisteminin ölçüm ve paylaşımına ilişkin sistemin herhangi bir şirket tarafından kurulması mümkün değildir. Bu konuda yetkilendirilmiş şirketlerin özellikleri Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde belirtilmiş, ayrıca söz konusu hüküm çerçevesinde hangi şirketlerin sistemi kurmaya ve ölçüm yapmaya yetkili olduğu da Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın www.bep.gov.tr adresinde gösterilmiştir¹³. Dolayısıyla, mer-

11 Özsoy, s. 14.

12 Örucü, Orhan, 2011'de Neler Değişiyor?, Cumhuriyet Enerji Dergisi, 1 Şubat 2011, Yıl. 3, Sayı. 21, s. 9.

13 27.12.2012 tarihi itibarıyla Merkez Isıtma Yönetmeliği gereği yetkilendirilmiş şirket sayısı 35'tir. Söz konusu şirketler şunlardır; Techem Enerji Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), İsta Enerji Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti. (İstanbul), Termosar Isı Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), Honey-Home Otomasyon Bilişim ve İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Termmarket Isıtma Soğutma Pompa ve Tek Mlz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (İzmir), Ekserji Enerji Ölçüm ve Paylaşım Sistemleri İmalat Sanayi Ticaret A.Ş. (Ankara), Daf Enerji ve Sanayi Ticaret A.Ş. (İstanbul), E-Yönetici Profesyonel Proje Yönetimi Enerji Danışmanlık ve Ölçüm Hizmetleri Emlak San. ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), Manas Enerji Yönetimi Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ankara), Çokesen Elektronik Sanayi Ticaret Şirketi (İstanbul), Brunata Enerji Sistemleri Ltd. Şti. (İstanbul), Pro-Tek Enerji Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti. (Sivas), Envotek Enerji Verimlilik Otomasyon Yazılım Ve Danışmanlık Ticaret Ltd. Şti. (Kayseri), Enve Enerji Eğitim Danışmanlık Proje Taahhüt ve Ticaret Ltd. Şti. (İstanbul), Tebaş Endüstriyel Isı Sistemleri İnşaat Turizm San. ve Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Procals Grup İnşaat Taahhüt Gıda Tesisat Reklam ve Organizasyon San. ve

kezi sisteme sahip bina ya da site yönetimlerinde, öncelikle sistemi kuracak şirketin, Bakanlığın internet sitesinden ilan edilmiş yetkili şirket olup olmadığını araştırılmaları ve düzenlenecek sözleşmede yetki belgesine yer verilmesi, yaşanabilecek olumsuzlukların önüne geçme adına büyük önem arz etmektedir¹⁴.

Sistemin kurulumu açısından yetkilendirilmiş bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketi ile anlaşma zorunluluğu bulunmakta ise de, ısı paylaşım verilerinin ölçülmesi bakımından bu, şart değildir¹⁵. Zira, sistem bir kez kurulduktan sonra veri ölçümlerinin ve bunların bağımsız bölümlere paylaştırılmasının bina sahibi, yönetici, yönetim kurulu veya enerji yöneticisi tarafından yapılması mümkündür. Ancak, ölçümlerin yapılması ayrıca personel ihtiyacını ve teknik donanımı gerektireceğinden, uygulamada sıklıkla kurulumu yapan yetkili şirketten hizmet alımı yoluna gidildiği görülmektedir. Belirtelim ki, kurulumu yapan şirketle ölçümü yapan şirket aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Dolayısıyla Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 10 hükmündeki şartları taşıyan ve Bakanlığın bu konuda yetkilendirdiği ölçüm şirketlerinden herhangi biri ile kurulum sonrası ölçüm hizmetlerinin satın alınması amacıyla sözleşme yapılması mümkündür.

C. Isı Tüketimi Paylaşım Sisteminin Uygulanacağı Yapılar

1. Isıtma ve Sıcak Su Sistemine Sahip Olma Bakımından

Gerek EVK gerekse Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde ısı tüketimi paylaşım sistemi merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılar bakımından uygulanma imkanına sahiptir. Diğer bir anlatımla, ferdi

Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Enersis Enerji Sistemleri Müh. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (İstanbul), Teknik Isı Müh. San. ve Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Arel Mekanik İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), İzmir Jeotermal Enerji San. ve Tic. A.Ş. (İzmir), I A Enerji Müşavirlik, Danışmanlık, Mühendislik ve Bağımsız Denetim Hizmetleri Sanayi ve Tic. A.Ş. (Ankara), Dağgaz Doğalgaz Malz. Müh. Müş.Tur. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Kocaeli), Karansu Plas. İnş. Mak. Amb. Isıtma-Soğ. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Konya), Myb Isı Sistemleri Taah. İnş. Enerji Danışmanlık San. ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), Alarko Carrier Sanayi ve Ticaret A.Ş. (İstanbul), Güneş Eğitim Mühendislik Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti (İstanbul), Amps Enerji Ölçüm ve Paylaşım Sistemleri Doğalgaz Proje Danışmanlık Mühendislik Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. (Edirne), Lifos Ölçü Aletleri Yazılım Danışmanlık San.ve Tic. A.Ş. (İstanbul), Sayı Pay Ölçer ve Bina Enerji Performansı Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Azel Elektronik Tasarım Mekanik Bilgisayar Yazılım Enerji Ölçüm ve Paylaşım Sistemleri İmalat Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), Sarp Grup Gıda İnş. Mak. Elektr. Tur. Otom. Paz. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Ankara), Biytaş Bursa İnşaat Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi (Bursa), Sezginler Enerji Danışmanlık ve Müh. Hiz. San. Tic. Ltd. Şti. (İstanbul), Eskon Enerji Verimliliği Danışmanlığı San. Tic. Ltd. Şti. (İzmir), Atlas Savaş ve Otomasyon San. Tic. A.Ş. (Kayseri)

14 Özücü, s. 9.

15 Çevre ve Şehircilik Bakanlığının merkezi sistemli binalarda ısı pay ölçer uygulaması hakkındaki duyurusu için bkz. <https://www.bayindirlik.gov.tr/turkce/sayfa.php?Sayfa=haberduyurudetay&ID=710>.

ısıtma ve sıcak su sisteminin bulunduğu yapılarda ısı tüketimi paylaşım sisteminden elbette ki söz edilemez¹⁶.

Öte yandan, ısı tüketimi paylaşım sistemi, sadece merkezi ısıtmaya sahip yapılarda değil, aynı zamanda merkezi sıcak su sisteminin bulunduğu yapılar bakımından da zorunludur. Gerçi EVK m. 7/c bendinde ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin bazı maddelerinde "merkezi ısıtma veya sıcak su" ifadesine, bazı maddelerinde ise "merkezi ısıtma ve sıcak su" terimine yer verilmiş ve bu şekildeki özensizlik, sistemin hangi yapılarda zorunlu olduğu hususunda bir tereddüt yaşanmasına neden olmuştur. Halbuki, bazı yapılarda sadece ısınma veya sadece sıcak su sistemi, bazılarında ise hem ısınma hem de sıcak su sistemi merkezidir. Dolayısıyla, EVK'nın genel gerekçesinden ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin yürürlük amacından hareketle, söz konusu ifadenin "merkezi ısıtma ve/veya sıcak su" sistemine sahip yapılar şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, sadece merkezi ısıtma sistemine sahip yapılarda sistem ekipmanları olan ısı ölçer (ısı pay ölçer) veya ısı sayacı yanında peteklere termostatik vananın takılması ve ısı tüketim paylaşım sisteminin kurulması zorunludur. Isınma sisteminin ferdi, ancak sıcak su sisteminin merkezi olduğu yapılarda ise, ısı tüketim paylaşım sisteminin kurulma mecburiyeti sadece sıcak su paylaşımı bakımındandır. Dolayısıyla bu nitelikteki yapılarda merkezi sıcak su hattından gelen ve sıcak su miktarını ölçen sıcak su sayacının yerleştirilmesi gerekli ve yeterlidir. Buna karşılık hem ısınma hem de sıcak su sisteminin merkezi olduğu yapılarda, ısınma ve sıcak su tüketimi paylaşımı sisteminin kurulması ve bunun sağlanması amacıyla ifade ettiğimiz tüm ekipmanların takılması gerekmektedir.

2. Yapım Tarihi Bakımından

Enerji Verimliliği Kanunu 18.04.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 02.05.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık KMK 42/IV hükmüne dayanılarak Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca çıkarılan Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin Resmi Gazete'de yayınlanma tarihi ise 14.04.2008'dir. Acaba ısı tüketimi paylaşım sistemine geçme, hangi tarihten itibaren zorunludur? Bu konuda EVK, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerini yazarak sonuç çıkarmak istiyoruz.

Daha önce de ifade edildiği üzere, merkezi ısıtma ve sıcak su sistemi ne sahip binalar bakımından ısı kontrolünü ve ısı kullanım miktarının

16 Belirtelim ki, her ne kadar ferdi ısıtma sisteminin bulunduğu yapılarda ısı tüketim paylaşım sistemi kurulması mümkün değilse de, söz konusu bazı yapılara, enerji ihtiyacını, yalıtım özelliklerini, ısıtma ve/veya soğutma sistemlerinin verimi ile binanın enerji tüketimine ilişkin sınıflandırmayı içeren enerji kimlik belgesi düzenleme yükümlülüğü getirilmektedir (EVK m. 7/d; Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m. 25). Şu kadarını ifade edelim, ısı tüketimi paylaşım sistemi ve bu sistemin kurulmasına ilişkin şartlar ile enerji kimlik belgesi düzenleme yükümlülüğü ve buna ilişkin şartlar birbirinden ayrı hususlardır.

paylaşımını sağlayan sistemlerin kurulmasına ilişkin temel düzenleme, EVK m. 7/c hükmünde yer almaktadır. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olup, devam eden cümlesinde buna aykırı olarak hazırlanan projelerin ilgili mercilerce onaylanmayacağını da ifade etmektedir. Öte yandan EVK'nın geçici 6. maddesi, 7/c hükmünün, EVK'nın yayımı tarihinden önce mevcut olan binalar ile inşaatı devam edip henüz yapı kullanma izni alınmamış olan binalar hakkında Kanun'un yayımı tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmayacağını düzenlemektedir. EVK'nın Resmi Gazete'de yayım tarihi 2.5.2007 olduğuna göre, geçici 6. maddede ifade edilen binalar hakkında ısı tüketimi paylaşım sistemi bu tarihten itibaren 5 yıl içerisinde kurulmalıdır. Benzer şekilde hüküm getiren bir diğer düzenleme ise Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, "Bu Yönetmelik hükümlerinin merkezî ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip mevcut binalar, inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binalar ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binalar için uygulanabilir olan maddeleri uyarınca yapılması gereken iş ve işlemler, bina sahibi veya yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi ile işletmecisi tarafından, 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanun'unun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve geçici 6. maddesi gereğince 02/05/2007 tarihi itibari ile beş yıl içinde yerine getirilir."

Görüldüğü üzere, gerek EVK gerekse Merkezi Isıtma Yönetmeliği 02.05.2007 tarihinden itibaren 5 yıllık bir süre öngörmekte ve bu sürenin sonuna kadar merkezî ısıtma ve sıcak su sistemine ilişkin gerekli ısı tüketimi paylaşım sistemine geçilmesini öngörmektedir. Söz konusu süre, 2.5.2012 tarihi itibariyle dolmuş bulunmaktadır. İlerleyen bölümlerde bu tarih itibariyle sisteme geçilmemesine ilişkin sonuçlar üzerinde durulacaktır. Ancak burada şu kadarını ifade edelim ki, EVK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde ısı tüketimi paylaşım sisteminin uygulanacağı yapıları iki şekilde değerlendirmek mümkündür. Buna göre, şayet yapı 02.05.2007 tarihinden sonra yapılmış ve merkezî ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahipse, ısı paylaşım sisteminin kurulması zorunludur. Zira, söz konusu tarihten sonraki merkezî ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda ifade ettiğimiz sistemin kurulup kurulmadığını yetkili idare denetlemekte ve EVK m. 7/c uyarınca buna aykırı hazırlanan projeler ilgili mercilerce onaylanmamaktadır. Benzer şekilde, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 12 maddesine göre de, yeni bina tasarımlarında, mevcut binaların proje değişikliği gerektiren esaslı onarım ve tadilat projelerinde, ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemlerine ait mekanik tesisat değişikliklerinde binanın özelliklerine göre Yönetmelikte öngörülen esaslar göz önüne alınacaktır. Bu nedenle şayet binanın, merkezî ısıtma ve sıhhi sıcak su

tesisat projeleri ısı paylaşım sistemine ilişkin şartlara uygun değilse yapı ruhsatı verilmeyecektir. Aynı şekilde, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde öngörülen esaslara uygun olarak projelendirilmediği veya imalat yapılmadığının tespit edilmesi halinde, bu eksiklikler giderilinceye kadar binaya yapı kullanma izin belgesi veya çalışma ruhsatı verilmeyeceği de Yönetmeliğin 12. maddesinde ifade edilmektedir.

Buna karşılık, 02.05.2012 tarihinde zaten merkezî ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip mevcut binalar ile yine bu tarih itibariyle inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binalar ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binaların 5 yıl içinde, yani 02.05.2012 tarihine kadar ısı tüketimi paylaşım sistemine geçmeleri gerekmektedir. Söz konusu hükmün niteliği ve bu tarihe kadar ısı paylaşım sistemine geçilmemesinin hüküm ve sonuçları üzerinde ileride ayrıca durulacaktır.

3. Yakıt Tipi Bakımından

Gerek EVK ve gerekse Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde ısı tüketimi paylaşım sistemine geçme zorunluluğu bakımından yakıt tipinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, katı, sıvı veya gaz yakıtlı merkezî ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapıların ısı tüketimi paylaşımına ilişkin sistemi kurmaları ve gerekli ekipmanları taktirmaları zorunludur. Burada şu hususu da ifade etmek gerekir ki, EVK'nın genel gerekçesinden hareket edilecek olursa, ısı paylaşım sisteminin kurulmasındaki temel amacın, gerekli ekipmanlar sayesinde yurtdışından ihraç edilen sıvı veya gaz şeklindeki enerji kaynağı kullanımının kontrol altında tutulması ve böylece enerji verimliliğinin sağlanması olduğu söylenebilir. Nitekim, bu düşünceden hareketle EVK m. 7/c hükmünün TBMM'de kabulünden önceki metninde ısı paylaşım sistemi kurma zorunluluğu sadece sıvı ve gaz yakıtlı merkezî sisteme sahip binalar bakımından getirilmekteydi. Ancak söz konusu düzenleme tasarıdan farklı olarak kanunlaşmış ve hangi yakıt tipine sahip olursa olsun, merkezî ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip tüm yapılarda ısı paylaşım sistemine geçme zorunluluğu getirilmiştir.

4. Bağımsız Bölüm Sayısı Bakımından

Isı paylaşım sisteminin merkezî ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılarda kurulması zorunludur. Acaba sistemin kurulması bakımından bağımsız bölüm sayısı ne olmalıdır? Bunun yanında, sistemin kurulma zorunluluğu, sadece kat mülkiyetine tabi yapılaşmalar bakımından mı zorunludur?

İfade ettiğimiz her iki hususa ilişkin olarak da ne EVK ne de Merkezi

Isıtma Yönetmeliği'nde doğrudan bir düzenlemeye yer vermemiştir. Buna karşılık EVK m. 7/c sadece "merkezi ısıtma sistemine sahip binalarda" ısı paylaşım sisteminin kurulmasından söz etmiş, ancak zorunluluğun kaç bağımsız bölüme sahip binalar bakımından olduğu hususu üzerinde durulmamıştır. Ancak, Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin "Amaç ve kapsam" kenar başlığını taşıyan 1. maddesinde yönetmeliğin amacının mevcut ve yeni yapılacak "birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezi ısıtma veya bölgesel ısıtma sistemli ve sıhhi sıcak su sistemli binalarda" ısı paylaşım sisteminin usul ve esaslarını belirtmek olduğu ifade edilmiştir. Şu halde, iki veya daha fazla bağımsız bölümden oluşan, ayrıca merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılarda ısı paylaşım sistemine geçilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmek mümkündür. Acaba söz konusu bağımsız bölümlerin aynı binada ve üst üste yer alması zorunlu mudur? EVK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinde "bina" kavramından söz edilmekte, bina kavramı ise Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 3/c bendinde "Kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü, insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapı" olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, EVK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinden hareket edilirse, ısı paylaşım sisteminin, birden fazla bağımsız bölümü bünyesinde barındıran binalar bakımından zorunlu olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir. Ancak, söz konusu düzenlemelerin böyle bir sonucu doğuracak bilinçle hazırlandığını düşünmüyoruz. Dolayısıyla, ısı paylaşım sistemine geçilmesi için, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin bulunması ve birden fazla bağımsız bölüme sahip olunması yeterli olup, yapılaşmanın ne şekilde olduğunun bir önemi bulunmamalıdır. Diğer bir anlatımla, merkezi sistemle ısınan bağımsız bölümler aynı binada dikey şekilde (üst üste) bulunabileceği gibi yatay (yan yana) şekilde de yer alabilir. Bunun yanında, merkezi ısınma sisteminin bulunduğu ancak birbirine bitişik olmayan yaygın alanda inşa edilmiş ve villa olarak ifade edilen münferit bağımsız bölümlü yapılaşmalar da bu kapsam da değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, ısı paylaşım sistemine geçilmesi bakımından bağımsız bölümlerin üst üste, yan yana veya ayrıık nizamda bulunmaları önemli değildir; önemli olan merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip olmalarıdır.

Öte yandan, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nden sistemin kurulma zorunluluğunun birden fazla bağımsız bölümden oluşan merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılar için aranacağı anlaşılmakta ise de, bu nitelikteki yapılaşmanın kat mülkiyetine konu bir yapılaşma şeklinde mi olacağı hususu yine belirgin değildir. EVK ise bu konuda tama-

men suskun kalmaktadır. Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 2 maddesinde, yönetmeliğin KMK m. 42/IV hükmüne dayanılarak hazırlandığının ifade edilmiş olması ve bazı hükümlerinde “bağımsız bölüm”, “yönetici”, “yönetim kurulu” gibi kat mülkiyetine özgü terimlerin kullanılmış olması, ısı paylaşım sistemine sadece merkezi sisteme sahip kat mülkiyetine konu yapılaşmalarda geçileceği şeklinde yorumlanabilir. Ancak, kanaatimizce ısı paylaşım sistemine geçme mecburiyeti bakımından, bağımsız bölümlerin kat mülkiyetine konu olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim bu sonuca Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin uygulama kapsamını düzenleyen 1. maddesinden de ulaşılabilir. Zira söz konusu düzenleme kat mülkiyetine geçme koşuluna yer vermeksizin ısı paylaşım sisteminin “birden fazla bağımsız bölüme sahip ... binaları” kapsadığını hüküm altına almaktadır.

Sonuç olarak, kat mülkiyetinin bulunup bulunmadığına ve yapılaşma türüne (dikey, yatay, yaygın) bakılmaksızın birden fazla bağımsız bölüm merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahipse, gerekli ekipmanların takılması suretiyle ısı paylaşım sistemine geçmeleri gerekmektedir.

5. Kullanım Alanı Bakımından

Isı paylaşım sisteminin kurulması bakımından birden fazla bağımsız bölümün merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip olması yeterli olup, bağımsız bölümlerin kullanım alanlarının büyüklük ya da küçüklüğü önemli değildir. Bunun gibi, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin kullanıldığı bağımsız bölümler, ortak yerler ve eklentilerin toplam kullanım alanları da, ısı paylaşım sistemi kurma zorunluluğu bakımından herhangi bir önem taşımaz.

D. Isı Giderlerinin Bağımsız Bölümlere Paylaştırılması

Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8/I hükmü uyarınca ısı giderlerinin bağımsız bölümler arasında paylaştırılması bakımından ikili bir sistem benimsenmiştir. Buna göre, **merkezi ısıtma sistemindeki** toplam ısınma giderlerinin %70'i, bağımsız bölümlerin ölçülen ısı tüketimlerine göre paylaştırılacak; toplam ısınma giderinin %30'luk kısmı ise, ortak kullanım alanları, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı gideri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaştırılacaktır¹⁷. Öte yandan Yönetmeliğin 8/II. fıkrasında ise, **bölgesel ısıtma sistemlerinde** toplam ısıtma giderlerinin %20'sinin asgari ısınma, ortak kullanım yerleri, sistem kayıpları ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderlerinin, bağımsız bölümler arasında kullanım alanlarına göre

17 ÖRÜCÜ, s. 9.

paylaştırılacağı ifade edilmektedir. Bu durumda, bölgesel ısıtma sistemlerinde bağımsız bölümlerin ölçülen ısı tüketimine göre sorumlu olacakları oran, toplam ısıtma giderlerinin % 80'i olacaktır.

Görüldüğü üzere, Merkezi Isıtma Yönetmeliği “merkezi ısıtma” ve “bölgesel ısıtma” kavramlarına yer vererek, her iki ısıtma sistemi bakımından bağımsız bölümlerin sorumlu olacakları toplam ısıtma gider oranlarını farklı şekilde düzenleme gereği duymuştur. Yönetmeliğin 3/1 bendinde merkezi ısıtma sistemi, “Bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin binalara dağıtılmasını ve bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistem” olarak tanımlanmış, bölgesel ısıtma sistemi ise yine Yönetmeliğin 3/g bendinde “Bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin bölge içerisindeki binalara dağıtılmasını ve bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistem” olarak ifade edilmiştir. Belirtelim ki, Yönetmelikteki merkezi ve bölgesel ısıtma sistemine ilişkin tanımlar oldukça yetersizdir. Zira, her iki tanımda yer alan “binalara dağıtılması” ve “bölge içerisindeki binalara dağıtılması” kavramları, sisteminin kaç binaya veya bağımsız bölüme ısı dağıttığında merkezi sayılacağı ya da bölge ile, parsel veya ada bazlı olarak ısı dağıtımından yararlanan binaların mı kastedildiği gibi hususlarda büyük bir belirsizliği bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, tek merkezden tek bir binadaki bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistemin merkezi ısıtma sistemi olduğu hususunda tereddüt yoktur. Buna karşılık, iki ayrı binanın tek ısıtma merkezinden ısıtıldığı hallerde acaba bu merkezi mi yoksa bölgesel ısıtma sistemi olarak mı kabul edilecektir? Bunun yanında acaba kaç bina bir bölge olarak kabul edilecektir?

İfade ettiğimiz tereddütler çerçevesinde bu hususta iki görüş ileri sürülebilir. İlk olarak, bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin tek bir binaya dağıtılmasını ve o binadaki bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistem, merkezi ısıtma sistemi; buna karşılık bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin birden fazla binaya dağıtılmasını ve bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistem ise bölgesel ısıtma sistemi olarak kabul edilebilir. Bu durumda, örneğin tek bloktaki bağımsız bölümler aynı ısınma sistemine sahipse merkezi ısıtma sistemi olarak kabul edilmeli ve dolayısıyla Yönetmeliğin 8/I çerçevesinde bağımsız bölümlerin ortak kullanım mahalleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderlerine katılım oranı, toplam ısı giderlerinin %30'unu teşkil etmelidir. Buna karşılık, iki ve daha fazla bloktaki bağımsız bölümler aynı ısınma sistemine sahipse, bölgesel ısıtma sistemi olarak kabul edilmeli ve Yönetmeliğin 8/II hükmü gereği bağımsız bölümlerin yukarıdaki giderden sorumluluğu, toplam ısı giderlerinin %20'sini oluşturmalıdır.

Bu konuda ileri sürülebilecek bir diğer görüş ise, merkezi ve bölgesel ısınma sistemi ayırımında Yönetmeliğin ısınma sisteminin bulunduğu yer bazında bir ayırma gitmiş olabileceğidir. Buna göre örneğin, bloklardan birinin oturduğu zeminde yer alan ısınma sistemi sadece o bloktaki bağımsız bölümlerin veya o blokla birlikte başka bloklardaki bağımsız bölümlerin ısınmasını sağlıyorsa, merkezi ısıtma sistemi olarak kabul edilmeli ve toplam ısınma giderlerinden sorumluluk bakımından mesele Yönetmeliğin 8/I kapsamında değerlendirilmelidir (%30). Görüldüğü üzere, ifade ettiğimiz durumda merkezi ısıtma sisteminden söz edilebilmesi için ısıtma sisteminin mutlaka binalardan birinin oturduğu zeminde yer alması gerekmektedir. Buna karşılık, ısınma sisteminin binaların oturduğu zemin dışında yer aldığı ve birden fazla blok yapıdaki, parseldeki veya adadaki bağımsız bölümlerin ısınmasını sağlayan sistem, bölgesel ısınma sistemi olarak kabul edilmeli ve toplam ısınma giderlerinden sorumluluğa ilişkin sorun, Yönetmeliğin 8/II çerçevesinde ele alınmalıdır (%20). Belirtelim ki, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'ndeki yetersiz tanım nedeniyle ifade ettiğimiz her iki görüşün ileri sürülmesi mümkün ise de, biz bu son görüşün daha yerinde olacağı kanaatindeyiz¹⁸.

Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8/I ve II. fıkralarından da anlaşılacağı üzere, bağımsız bölüm kullanıcıları merkezi ısıtma sisteminde toplam ısınma giderinin %30'undan ve bölgesel ısıtma sisteminde %20'sinde her durumda sorumlu olacaklardır. Elbette buradaki sorumluluk, her bir bağımsız bölümün kullanım alanına göre yapılan paylaşırma sonucu ortaya çıkacak değer nispetindedir. Buna karşılık, bağımsız bölüm kullanıcılarının bağımsız bölümlerinde kullandıkları ısı tüketiminden sorumluluğu, merkezi ısıtma sisteminde toplam ısınma giderinin %70'inden ve bölgesel ısıtma sisteminde %80'inden paylarına düşeni kadardır. Bu pay, bağımsız bölümde tüketilen ısı miktarının ısı sayaçları veya ısı pay ölçerler sayesinde ölçülmesiyle belirlenecektir¹⁹. Daha önce ifade edildiği üzere,

18 Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8/III fıkrası ayrıca merkezi ısıtma sistemlerinde ısı giderlerinin ısı pay ölçer kullanılması veya ısı sayaçlarının kullanılması halinde hangi formül çerçevesinde hesaplanacağını düzenlemektedir. Yönetmeliğin 8/IV. fıkrasında ise, "Merkezî sıhhi sıcak su sistemlerinde toplam sıhhi sıcak su giderleri, kullanıcıların ölçülen sıcak su tüketimlerine göre paylaşılır." İfadesine yer verilmiş ve V. fıkrasında bu giderlerin hangi formül çerçevesinde hesaplanarak bağımsız bölümlere dağıtılacağı düzenleme konusu yapılmıştır. Ön ödemeli ısı sayaç sisteminin kullanılması veya jeotermal kaynaklı ısıtma sisteminin bulunması halinde gider paylaşımının nasıl paylaşılacağı hususu ise Yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Jeotermal kaynaklı ısıtma sistemine dahil binalarda, bina ana ısı sayacı ile bağımsız bölüm süzme ısı sayaçları kullanılması halinde, bina ısıtma ortak gider tutarı; ana ısı sayacı ile bağımsız bölüm ısı sayaçları toplamı arasındaki farkın bağımsız bölüm kapalı kullanım alanları oranında bağımsız bölümlere paylaşılması suretiyle hesaplanır."

19 Örücü s. 9.

Yönetmeliğin 5/VI. fıkrası çerçevesinde, termostatik vanalar sayesinde asgari sıcaklık 15 °C olacak şekilde ayarlanacağından, ısınma sisteminin tamamen kapatılması veya bağımsız bölümlerdeki mahal sıcaklıklarının bu miktarın altına düşürülmesi mümkün değildir. Şu halde, ısı paylaşım sisteminin kurulduğu yapılarda, bağımsız bölüm kullanıcılarının mutlak surette sorumlu olacakları asgari iki ısı gideri bulunmaktadır. Bunlardan birincisi bağımsız bölümde kullanılması zorunlu ve bağımsız bölüm mahal sıcaklığını 15 °C'de tutan asgari ısı tüketimidir. İkincisi ise, ortak kullanım yerleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderlerinin kullanım alanlarına göre paylaşılmasıyla bağımsız bölüme düşecek gider payıdır. Görüldüğü üzere, bağımsız bölüm hiç kullanılmasa dahi, her durumda ifade ettiğimiz iki ısınma giderinden sorumluluk söz konusudur.

Öte yandan, bağımsız bölümlerin ısınma ve/veya sıcak su paylarının, ısı paylaşımını sağlayan ekipmanların arızalanması ya da benzer nedenlerden dolayı belirlenememesi olasıdır. Bunun gibi, ekipmanların doğru ölçüm yapmaması nedeniyle paylar doğru bir şekilde hesaplanmamış da olabilir. Bu gibi hallerde sorunun ne şekilde çözümleneceği Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 11/I. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, ifade ettiğimiz ihtimaller çerçevesinde hiç belirlenemeyen veya yanlış hesaplanan paylar, "söz konusu bağımsız bölümlerin daha önceki benzer gider paylaşım belgesi düzenlenen dönemlerdeki tüketimleri veya o gider paylaşım belgesi düzenlenmesi dönemindeki diğer benzer bağımsız bölümlerin tüketimleri esas alınarak bina yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi, bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketlerince veya yetkilendirilmiş ölçüm şirketlerince belirlenir." Görüldüğü üzere Yönetmelik, ifade ettiğimiz soruna ilişkin ortalama bir yol benimsemiş ve daha önceki dönemlerdeki tüketime veya benzer bağımsız bölümlerdeki tüketime göre ısı paylaşımının belirleneceği esasını kabul etmiştir. Herhalde benimsenen bu ortalama yolun, ısı paylaşım sisteminin Ülkemizde yaygınlaşması ve milyonlarca bağımsız bölümün ısı pay ölçerle, ısı ve/veya sıcak su sayaçlarıyla, termostatik vanalarla ve bunların tümünün okumasını yapacak diğer ekipmanlarla donatılacağı gerçeği karşısında, en pratik yol olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak Yönetmelik hükmü, bağımsız bölüm kullanıcılarının ayrıca açacağı tespit davasına engel değildir.

Isı paylaşım sisteminde, bağımsız bölüm kullanıcıları yukarıdaki esaslar çerçevesinde ısıtma ve/veya sıcak su giderlerinden sorumlu olacaktırlar. Ancak, bağımsız bölümün bir ısı paylaşım belgesi düzenlenme dönemi içerisinde birden fazla kimse tarafından kullanılması olasıdır. İşte Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 11/II. fıkrası, gider paylaşım belgesi

düzenleme dönemi içerisinde bağımsız bölüm kullanıcısının değişmesi halinde gider paylaşımının ne şekilde yapılacağını düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, bağımsız bölüm kullanıcısı dönem içinde değişmişse, talep halinde yönetici, yönetim kurulu, enerji yöneticisi, bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketleri veya yetkilendirilmiş ölçüm şirketlerince değişim tarihlerine ilişkin ara okuma yapılır ve dönem sonunda iki ayrı gider paylaşım belgesi düzenlenir. Bu durumda, dönem içinde bağımsız bölümü kullananların ısı giderlerinden sorumlu olacakları miktar ayrı ayrı tespit edilir. Ancak, ara okuma mümkün olmayabilir veya bağımsız bölüm kullanıcısının değişim zamanından kaynaklanan ya da teknik sebeplerden dolayı ara okuma yapılamamış olabilir. İşte Yönetmeliği göre bu gibi durumlarda mesele, bağımsız bölümün kullanım gün sayısına göre dönem sonunda iki ayrı gider paylaşım belgesi düzenlenmek suretiyle giderilecektir.

IV. ISI TÜKETİMİNİN PAYLAŞIMINA İLİŞKİN SİSTEMİN KAT MÜLKİYETİ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Isı Paylaşım Sistemine Geçilmesi

1. Isı Paylaşım Sistemine Geçme Zorunluluğu

Bu başlık altına gelinceye kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, EVK m. 7/c yanında söz konusu Kanun'un geçici 6 maddesi gereğince ve ayrıca KMK m. 42/IV hükmünce çıkarılan Merkezi Isıtma Yönetmeliği gereğince, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip tüm yapıların ısı paylaşım sistemine geçmeleri zorunludur²⁰. Söz konusu düzenlemeler emredici niteliktedir. Bu nedenle, merkezi sisteme sahip yapılarda bina ya da bağımsız bölüm maliklerinin aksini kararlaştırmaları mümkün olmadığı gibi, oybirliği ile alınacak karar ile ısı paylaşım sistemine geçilmeyeceğinin kararlaştırılması da olası değildir. Bu husus aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Burada şimdilik, kullanılan yakıt tipine, kullanım alanına, bağımsız bölüm sayısına ya da kat mülkiyetine konu olup olmadığına bakılmaksızın merkezi ısınma ve/veya sıcak su sisteminin bulunduğu tüm yapılarda ısı paylaşım sistemine geçme mecburiyetinin bulunduğunu ifade etmekle yetinelim²¹.

20 Örücü, s. 9.

21 Örücü, s. 9. Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin merkezi sistemle çalışan ve birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin bulunduğu tüm yapılarda zorunlu olduğu hususunu bir kez daha hatırlatmak istiyoruz (m.1). Bu nedenle öğretilde ileri sürülen ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin sadece jeotermal enerji ve benzeri kaynaklar kullanılarak tek bir merkezde ısıtılan suyun il veya ilçe gibi büyük çaplı yerlerdeki çok fazla sayıda binadan kullanma veya ısınma amaçlı olarak kullanılması halinde bunun karşılığı bedelin hesaplanıp tahsili usul ve esaslarını düzenlediği şeklindeki görüşe katılmadığımızı ifade edelim. Bu yöndeki görüş için bkz. PULAK Murat, Açıklamalı - İçtihatlı- Örneklili - Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2009, s. 614.

Bu başlık altında, daha önce ele aldığımız bazı hususlara eleştirel yönden değinmek istiyoruz. EVK 7/c hükmünün merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemli yapılarda ısı paylaşımı sisteminin kurulmasını, aksi halde ilgili idarece projelerin onaylanmayacağını düzenlemekte, geçici madde 6 hükmü ise mevcut yapılar bakımından EVK'nın yürürlüğünden itibaren 5 yıllık bir geçiş süreci öngörmektedir. Aynı hükmün Merkezi Isıtma Yönetmeliği geçici 1. maddesinde de yer aldığını ve merkezi sisteme sahip mevcut binalar ile inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binalar ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binaların 5 yıl içinde, yani 02.05.2012 tarihine kadar ısı tüketimi paylaşım sistemine geçmeleri gerektiğini hatırlatalım. Belirtelim ki, söz konusu tarihten önce bazı basın yayın organlarınınca mesele sıklıkla gündeme getirilmiş ve ısı pay ölçer sistemine geçmemenin suç teşkil ettiği dahi ileri sürülmüştür. Hatta sistemi kurma zorunluluğunun yöneticide olduğu ve 02.05.2012 tarihine kadar sistemin kurulmamasının yöneticiler bakımından ciddi cezaları da beraberinde getireceği hususu özellikle işlenmiştir. Özellikle diyoruz, zira bunun altında, binlerce kat malikini ikna ederek sistemi kurdurmak yerine, meselenin yöneticilerin bilinçli ancak Kanuni olmayan bir şekilde tehdit edilmesi suretiyle daha kolay aşılacağı düşüncesi yatmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu tarih geçmiş olmasına rağmen pek çok merkezi sisteme sahip yapı hala ısı paylaşım sistemine geçmemiş, dolayısıyla da maksat henüz hasıl olmamıştır. Ancak uygulamada pek çok yöneticinin sistemi kurma yönünde arayışlara giriştiği ve bazılarının yetkilendirilmiş şirketlerle! görüşmelere başladığı düşünüldüğünde yakın zamanda bu yöndeki çabaların sonuç vereceği aşıkardır. Böyle bir çabanın amacının, enerjinin verimli kullanılması, enerji tasarrufunun ve merkezi sisteme sahip kullanıcılar arasında adil bir paylaşımın sağlanması olduğunu düşünmek istiyoruz. Ancak, EVK geçici madde 6 hükmünün mevcut merkezi sisteme sahip yapılar bakımından 5 yıl sonra ısı paylaşım sistemine geçme zorunluluğu getirmesine rağmen, söz konusu düzenlemenin TBMM'de kabulünden önceki "Kanun'un yayımı tarihinden önce mevcut olan ve inşaatı devam edip henüz yapı kullanma izni almamış olan... merkezi ısınma sistemine sahip binalara ... ısı/sıcaklık kontrol cihazlarının ve ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemlerin kullanımını konusundaki bu Kanun'un 7inci maddesinin (c) bendi uygulanmaz" şeklindeki ifadesi, bu konudaki çabanın asıl amacının sorgulanmasına yol açar niteliktedir. Belirtelim ki, 02.05.2007 tarihinden itibaren merkezi sisteme sahip olacak yapılarda ısı paylaşım sisteminin kurulması EVK m. 7/c hükmünce zorunludur. Dolayısıyla söz konusu tarih itibarıyla

sistemin kurulduğu konut ya da işyeri sayısı dışarıda bırakılırsa, mesele, 02.05.2007 tarihinden önceki 1,8 milyon merkezi sisteme sahip konut ya da işyerini ilgilendirmektedir. İfade ettiğimiz rakam, enerjinin verimli kullanılması ve merkezi sisteme sahip kullanıcılar arasında adil bir paylaşımın sağlanması amacıyla ısı paylaşım sistemi kurulma zorunluluğunu haklı gösterebilir. Ancak, EVK geçici 6. maddede yapılan değişiklik küçük olmasına rağmen, 1,8 milyon konut ya da işyeri için ısı paylaşım sisteminin kurulmasına ve sonrasında hizmet giderlerine ilişkin rakamlar oldukça büyüktür. Gerçekten, sistemin kurulması için (ısı ve/veya sıcak su sayaçlarının, her bir radyatöre ısı pay ölçerin ve termostatik vanaların takılması) konut ya da işyeri başına 700-1.200 TL arası ve sistemin kurulmasından sonraki okuma hizmetlerine ilişkin olarak da her ay için 7-10 TL arası gider ortalaması dikkate değer rakamlardır.

Öte yandan EVK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği, ısı paylaşım sisteminin kurulmasında kullanılacak yakıt bakımından da herhangi bir ayrıma yer vermemektedir. Dolayısıyla, ısı paylaşım sisteminin kurulma zorunluluğunda önemli olan, sistemin merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip olmasıdır. Diğer bir anlatımla, merkezi sistemde hangi yakıt tipinin kullanıldığı önemli değildir. Tam da bu noktada, bir önceki paragrafta EVK'ya ilişkin eleştiri ve endişelerimizi bir kez daha hatırlatmak istiyoruz. Zira, EVK m. 7/c hükmü, herhangi bir ayrıma gitmeksizin hangi yakıt tipi kullanılırsa kullanılsın merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda ısı paylaşım sisteminin kurulma zorunluluğundan söz etmektedir. Ancak, söz konusu hükmün TBMM'de kabul edilmesinden önceki ifadesinde ve gerekçesinde sadece "sıvı veya gaz yakıtlı" merkezi ısınma ve sıcak su sistemine sahip binalar bakımından ısı paylaşım sistemi kurma zorunluluğu getirilmekteydi. Şayet hüküm bu şekilde yasalaşmış olsaydı, kömür ve benzeri katı yakıtlı merkezi sisteme sahip yapılarda böyle bir mecburiyetten söz edilemeyecekti.

Görüldüğü üzere, EVK m. 7/c yanında geçici 6. maddenin TBMM'de kabul edilmeden önceki hükümleri dikkate alındığında, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte hangi yakıt tipi kullanılırsa kullanılsın merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip mevcut yapılar yanında, söz konusu tarihten sonra yapılacak katı yakıtlı merkezi sistemle çalışan yapılarda ısı paylaşım sistemini kurma zorunluluğu bulunmayacaktı. Ancak bugün (02.05.2011 tarihi de geride kaldığı için), hangi yakıt tipi kullanılırsa kullanılsın merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip tüm yapıların ısı paylaşım sistemine geçmeleri ve bunun için gerekli ekipmanları kurmaları zorunludur.

2. Isı Paylaşım Sistemine Geçilmesine İlişkin İş ve İşlemleri Yerine Getirecek Kişiler

Enerji Verimliliği Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 02.05.2007 tarihinden sonraki merkezi ısıtma sistemine göre projelendirilen yapılarda ısı paylaşım sisteminin kurulması zorunludur. İfade ettiğimiz zorunluluk EVK m. 7/c hükmünden ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nden doğmakta olup, Kanun ve Yönetmelikte öngörülen şartlara uygun olmayan projeye ruhsat verilmeyeceği, ruhsatı bulunsa dahi yapı kullanma izin belgesi veya çalışma ruhsatı verilmeyeceği açıkça ifade edilmiştir (Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 12). Hal böyle olunca, söz konusu tarihten sonraki yapılarda ısı paylaşım sisteminin kurulmasından sorumlu kişilerin, yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi veya çalışma belgesi almakla yükümlü gerçek ya da tüzel kişiler olduğunu söylemek mümkündür.

Acaba, 02.05.2007 tarihinden önceki merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılarda ısı paylaşım sistemine geçilmesine ilişkin iş ve işlemleri kim ya da kimler yerine getirecektir. Bu konudaki düzenlemenin Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde hükme bağlandığını görüyoruz. Buna göre, 02.05.2007 tarihi itibarıyla merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip mevcut binalarda, inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binalarda ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binalarda 5 yıl içinde ısı paylaşım sistemine geçilmesi için gereken iş ve işlemler, **bina sahibi** veya **yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi** ile **işletmecisi** tarafından yerine getirilir.

Yönetmeliğin 3/ç bendinde bina sahibi "Binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf eden" kimse olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, bu haliyle söz konusu düzenleme, Yönetmeliğin gelişigüzel ve hukukçu olmayan kimselerce hazırlandığı izlenimi uyandırmaktadır²². Zira, bina sahibi kavramı sadece bina maliki olmayı ifade etmesine rağmen, intifa hakkı sahibinin ve hatta aynı hakkı bulunmamakla birlikte binaya malik gibi tasarruf eden kimsenin de bina sahibi kavramı içerisinde sayılmış olması yerinde olmamıştır. Öte yandan, binaya malik gibi tasarruf eden kimse kavramı ile herhalde binaya malik sıfatıyla zilyet olma hali kastedilmektedir. Sonuç itibarıyla, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip birden fazla bağımsız bölümden

²² Bina sahibi kavramı daha önce EVK m. 3/h bendinde tanımlanmış ve söz konusu düzenlemede "Binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf edeni" olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde bina sahibi kavramı için yapılan tanım, EVK m. 3/h bendindeki tanımın tekrarıdır ibarettir.

oluşan bir yapı bulunmakta ve bu yapı tek kişi mülkiyetinde ise bu kimse; intifaya konu edilmişse intifa hakkı sahibi; bunların bulunmaması halinde binayı malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse “bina sahibi” olarak kabul edilecek ve ısı paylaşım sistemini kurmaya ilişkin iş ve işlemler bu kimselerce yerine getirilecektir. Öyle zannediyoruz ki, söz konusu iş ve işlemlerin yerine getirilmesi için binanın kat mülkiyetine konu olup olmaması durumu değiştirmeyecektir.

Buna karşılık, kat mülkiyetine konu bir yapılaşma söz konusu ise ısı paylaşım sistemine geçilmesine ilişkin yapılacak iş ve işlemler, yönetici veya yönetim kurulu tarafından yerine getirilecektir. Belirtelim ki, KMK m. 34/II uyarınca, bağımsız bölüm sayısı sekiz ve daha fazla olan kat mülkiyetine konu yapılaşmalarda yönetici atanması zorunludur. İfade ettiğimiz durumda yönetim tek bir yöneticiye veya üç kişilik yönetim kuruluna bırakılabilir (KMK m. 34/I). İşte, kat mülkiyetine konu yapılaşmada yöneticinin veya yönetim kurulunun varlığı halinde ısı paylaşım sistemini kurma, bu kimselerce yerine getirilir. Şayet binada yönetici seçme zorunluluğunu gerektirecek sayıda bağımsız bölüm bulunmuyorsa, kanaatimizce ısı paylaşım sistemini kurmaya ilişkin sorumluluğun tüm kat maliklerinde olduğunun kabulü gerekir.

Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde ısı paylaşım sistemi kurma için gerekli iş ve işlemleri yerine getirecek kişiler arasında “enerji yöneticisi ile işletmecisi” de sayılmıştır. Enerji yöneticisi kavramı ilk kez EVK ile huku-kumuza girmiş ve Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde de ısı paylaşım sistemi için gereken iş ve işlemleri yerine getirecek kişilerden biri olarak ifade edilmiştir. Bu çerçevede enerji yöneticisi, binalarda enerji yönetimi ile ilgili faaliyetleri yerine getirmekle sorumlu ve enerji yöneticisi sertifikasına sahip kimse olarak tanımlanmaktadır (EVK m . 3/n; Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 3/h).

3. Isı Paylaşım Sistemine Geçilmemesinin Sonuçları

EVK geçici madde 6/I ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesine göre, 02.05.2012 tarihinden itibaren merkezî ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip mevcut binaların, inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binaların ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binaların 5 yıl içinde ısı paylaşım sistemine geçmeleri gerekmektedir. Bugün için bu süre 02.05.2012 tarihi itibarıyla dolmuş bulunmaktadır. Bunun yanında söz konusu sürenin üzerinden 7 aydan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen, gerek klasik kat mülkiyetine konu gerekse toplu yapı niteliğindeki pek çok yapılaşmada henüz gerekli ekipmanlar takılmamış ve ısı payla-

şım sistemi kurulmamıştır. Acaba merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemi bulunmakla EVK, KMK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde ısı paylaşım sistemi kurma mecburiyetine aykırı davranmanın hukuki neticeleri nelerdir? Bu neticelerden kim ya da kimler hangi hukuki gerekçelerle sorumludur?

Belirtelim ki, yukarıdaki hususlar 02.05.2012 tarihinin hemen öncesinde basın yayın organlarınca sıklıkla gündeme getirilmiş ve özellikle ısı paylaşım sistemini kurma sorumluluğunun yöneticilerde olduğu, yöneticilerin bu sorumluluğuna aykırı davranması halinde cezai yaptırıma(!) tabi tutulacağı veya 1.600 TL'den başlayan cezalar ödemek zorunda kalacakları gibi pek çok haber ve yayın yapılmıştır. Nitekim bu hususlar, bugün için de uygulama bakımından güncelliğini ve tartışma konusu olma özelliğini muhafaza etmektedir.

Öncelikle şunu ifade edelim ki, gerek EVK m. 7/c ve KMK m. 42/IV hükmü gerekse Merkezi Isıtma Yönetmeliği, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemli yapılarda ısı paylaşım sistemini kurma zorunluluğundan söz etmekle birlikte, buna aykırı davranmaya ilişkin sorumluluğa doğrudan yer vermemektedir²³. Gerçekten, özellikle EVK 10. maddesi, enerjinin etkin kullanılması, israfın önlenmesi ve enerji verimliliğinin artırılması amacıyla getirilen bazı hükümlere aykırı davranan gerçek ya da tüzel kişilere uygulanacak idari yaptırımları düzenlemiş olmasına rağmen, ısı paylaşım sisteminin 02.05.2012 tarihine kadar kurulmamasına ilişkin herhangi bir yaptırımdan söz edilmemiştir. Aynı şekilde Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde de bu konuda herhangi bir ifadeye yer verilmiş değildir. Söz konusu Yönetmelik sadece, ısı paylaşım sistemi için yapılması gereken iş ve işlemlerin, bina sahibi veya yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi ile işletmecisi tarafından, 02.05.2007 tarihinden itibaren beş yıl içinde yerine getirileceğini düzenleme konusu yapmaktadır.

Şu halde, 02.05.2012 tarihinden bugüne kadar ısı paylaşım sistemine geçilmemiş olmasından, başta yönetici veya yönetim kurulu olmak üzere Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde ifade edilen kişilerin herhangi bir cezai(!) ya da idari sorumluluğundan söz edilemez²⁴. Bu yönde EVK, KMK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği herhangi bir sorumluluktan söz etmediğine göre, devletin ilgili birimlerinin, örneğin belediye, valilik ya da kaymakamlıkların merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin bulunduğu yapıları kontrol ederek, ısı paylaşım sistemine geçmeyen bina sahibine, kat maliklerine, yönetici veya yönetim kuruluna ya da varsa enerji yöneticisine herhangi bir idari yaptırım uygulaması mümkün değildir. Ancak, kanaati-

23 Örücü, s. 9.

24 Örücü, s. 9.

mizce ifade ettiğimiz kişilerin ısı paylaşım sistemini kurma için gerekli iş veya işlemleri yapmaktan kaçınmalarına ilişkin sorumluluğu, dolaylı bir biçimde ortaya çıkabilir. Şöyle ki; yukarıda ifade ettiğimiz hükümler çerçevesinde ısı paylaşım sistemine geçme, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda zorunlu olduğuna göre kat maliklerinden sadece birinin talebi halinde dahi diğer kat maliklerinin ısı paylaşım sistemine geçme zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu yönde kat malikleri kurulunun toplanmasına veya belli bir çoğunlukla karar alınmasına gerek olmaksızın, tek bir kat malikinin talebi, diğer kat maliklerini ısı paylaşım sistemini kurma borcu altına sokacaktır. Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 1. maddesine göre ise bu yöndeki talebi yerine getirmek durumunda olan kişi yönetici veya yönetim kurulu'dur. Şayet yönetici veya yönetim kurulu bu sistem için gerekli iş ve işlemleri yerine getirmekten kaçınırsa, kat maliklerinden her biri KMK m. 33 hükmünce hakim m. müdahalesini isteme imkanına sahiptir²⁵. İşte, söz konusu düzenleme çerçevesinde hakim belirleyeceği süre içerisinde ısı paylaşım sisteminin kurulması için gerekli iş ve işlemlerin yapılmaması halinde yönetici veya yönetim kurulu mahkemece idari para cezasına çarptırılabilir. İfade ettiğimiz duruma ilişkin hakim kararını yerine getirmeyen yönetici veya yönetim kurulunun çarptırılacağı idari para cezası ise KMK m. 33/son uyarınca 250 TL ile 2.000 TL arasında olacaktır. Görüldüğü üzere, basında sıkça yer alan ısı pay ölçer sistemini kurmayan yöneticilerin 1.600 TL'ye kadar para cezasına çarptırılacağına ilişkin haberlerin doğrudan Kanuni dayanağı bulunmamakla birlikte, yönetici veya yönetim kurulunun idari para cezası verileceğine ilişkin bu konunun temelinde, az yukarıda ifade ettiğimiz KMK m. 33/son hükmü yatmaktadır²⁶.

B. Isı Tüketiminin Paylaştırılmasına İlişkin Sorunlar

“Anagayrimenkulün genel giderlerine katılma” kenar başlığını taşıyan KMK m. 20 hükmü genel giderlerin kapsamını ve nelerden oluşacağını örnek vererek saymış, ayrıca bunlardan bazılarının kat malikleri arasında eşit, bazılarının ise arsa payı oranında paylaştırılacağını düzenleme konusu yapmıştır. Bu çerçevede, aksi kararlaştırılmamışsa pek çok gider yanında²⁷ merkezi sisteme sahip yapılarda ısınma ve sıcak su sistemine ilişkin masraflardan kat malikleri arsa payları oranında sorumlu olacaktır (KMK m. 20/b).

25 Örüçü, s. 9.

26 Örüçü, s. 9.

27 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arcak, s. 449, 450; PULAK, s. 316 vd.; Karahacıoğlu A. Haydar, Açıklamalı - İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2006, s. 538.

Ancak Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8/I ve II. fıkraları, KMK m. 20 hükmü çerçevesinde ısı giderlerinin paylaşımına ilişkin arsa payı oranını değiştirmektedir. Buna göre, merkezi ısıtma sistemlerinde toplam ısıtma giderlerinin % 70'i (bölgesel ısınma sistemlerinde %80) bağımsız bölümlerin ölçülen ısı tüketimlerine göre; buna karşılık toplam ısıtma giderlerinin % 30'u (bölgesel ısıtma sistemlerinde %20) ortak kullanım mahalleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderleri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaşılacaktır.

Hemen belirtelim, söz konusu düzenleme bu haliyle pek çok tartışmayı bünyesinde barındırmaktadır. Öncelikle, Yönetmeliğin toplam ısıtma giderinin %70'lik kısmının bağımsız bölümler arasında ısı tüketimine göre paylaşılacağı esasını benimsenmesi, adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bilindiği üzere bağımsız bölümlerin bulunduğu cephe (güney, kuzey gibi), hacim ya da bulunduğu kat (zemin, ara veya son kat), ısı tüketimi bakımından oldukça önemlidir. Örneğin, kuzey cephedeki bağımsız bölümlerin güney cephedekine ya da son katlardaki bağımsız bölümlerin ara kattakilere göre aynı ısı miktarına ulaşabilmeleri için daha fazla ısı enerjisi tüketmeleri gerekmektedir. Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin bağımsız bölümlerce kullanılan toplam ısı miktarının paylaşılmasına ilişkin hükmünün mevcut haliyle uygulanması ve salt ısı pay ölçer veya ısı sayaçlarındaki miktarlara göre paylaşımın yapılması halinde, ifade ettiğimiz örnekteki kat maliklerinin aynı ısı miktarını elde etmeleri için daha fazla ısı giderine katlanmaları, adil bir sonuç olmasa gerektir. Bu yönde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde değişikliğe gidebileceği yönündeki beklenti ise henüz neticelenmemiştir. Ancak, kanaatimizce ısı giderlerinin paylaşılmasını sağlayacak ekipmanlara yapılacak bazı veri girişleri ile ifade ettiğimiz haksız uygulamaların önüne geçmek mümkündür. Bu çerçevede, her bir bağımsız bölümün hacmine, bulunduğu konuma, bulunduğu kata ve ısı tüketimini etkileyecek diğer bazı verilere göre ısı pay ölçerleri okuyacak sisteme veri girişlerinin yapılması ve bağımsız bölümlerce kullanılan %70'lik ısı tüketiminin özel bir hesaplama ile tespit edilmesi, sorunu çözmede yeterli olabilir.

Öte yandan, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nde yer alan ve toplam ısıtma giderlerinin % 30'unun ortak kullanım mahalleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderleri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaşılacağı hükmü de tartışmalı bir başka ifadeyi daha içermektedir. Gerçekten, kat mülkiyetinde arsa payı kavramı kullanılmış olmasına rağmen Yönetmeliğin 8/I ve II. fıkrasında yeni bir terime yer verilmiş, söz konusu giderlerden bağımsız bölümlerin

“kullanım alanı” çerçevesinde sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Burada kullanım alanı ile kastedilenin her bir bağımsız bölümün sahip olduğu iç hacim olduğunu düşünüyorsak da, uygulamada uyumsuzlukların yaşanmasına neden olabilecek bir kavram olduğunu da belirtmek isteriz. Öyle anlaşılıyor ki, arsa payı yanında bundan böyle ısı paylaşım sistemine sahip tüm bağımsız bölümlerin ayrıca hacimleri hesaplanacak ve kullanım alanına göre de bizzat bağımsız bölümde tüketilenler dışındaki ısı ve işle-tim giderlerinden bu hacim miktarınca sorumluluk söz konusu olacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da şudur; ortak giderlerden sorumluluğu düzenleyen KMK M. 20 hükmünün ilk fıkrasında, böyle bir paylaşımın, kat malikleri “arasında başka türlü anlaşma olmadıkça” geçerli olacağı ifade edilmiştir. Şu halde, kat maliklerinin ortak giderlere katılmaya ilişkin KMK m. 20 hükmündeki oranları değiştirmeleri mümkündür. Nitekim öğretide, KMK m. 20/I hükmünde yer alan “başka türlü anlaşma olmadıkça” kavramı ile kat malikleri arasında ortak giderlere ilişkin anlaşmanın, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin resmi sözleşmede kararlaştırılmış olma veya yönetim planına bu yönde hüküm koyma şeklinde anlaşılması gerektiği, bu belgelerde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde kat malikleri kurulu kararı ile de bunun mümkün olabileceği ifade edilmektedir²⁸. Şu halde, kat maliklerinin ısıtma giderlerinden sorumluluğu arsa payları oranındadır; ancak arsa payları ne olursa olsun bağımsız bölümler arasındaki yakıt giderlerinin her birinin yüzölçümüne, hacmine veya petek sayısına göre ödeneceğinin kararlaştırılması da mümkündür²⁹. Acaba ifade ettiğimiz bu husus, ısı paylaşım sisteminin kurulduğu yapılaşmalar bakımından uygulanma imkanına sahip midir? Örneğin, merkezi ısıtma sistemine sahip ve ısı paylaşım sisteminin bulunduğu bir binada Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8/I hükmünün aksinin kararlaştırılması mümkün müdür? Kanaatimizce, KMK m. 20/I hükmünde ifade edilen kat malikleri arasında “başka türlü anlaşma olmadıkça” ifadesi, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'ndeki ısı paylaşım oranları bakımından da uygulanabilir bir düzenlemedir. Bu nedenle,

28 GERMEÇ Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı, Ankara 2008, s. 571; Arcak, s. 445, 446. Aynı yönde bkz. Y. 18. HD., 24.2.2000, 9636/11203 (Karahacıoğlu, s. 567); Y. 18. HD., 19.12.1994, 14628/16583 (Karahacıoğlu, s. 592, 593); Y. 18. HD., 13.11.2003, 8359/8906 (PULAK, s. 346).

29 Bu yönde bkz. Y. 18. HD., 1.3.2005, 2004-9221/1542 (Pulak s. 336). Yönetim planında ortak giderlerin paylaşılmasında her bir bağımsız bölümün net alanlarının esas alınacağı öngörülmüşse, ortak gider borcunun hesaplanmasında projede yer alan net alanın değil, bağımsız bölümlerin fiili net kullanım alanlarının esas alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Y. 18. HD., 8.3.2004, 990/1734 (Pulak, s. 343). Aynı yönde bkz. Y. 18. HD., 8.6.2004, 4187/4817 (Germeç, s. 203)

örneğin toplam ısı giderlerinin %70'ine kullanıma göre, %30'luk giderlere ise (kullanım alanı yerine) arsa payına göre sorumlu olunacağına ilişkin kat malikleri kurulu kararı alınabilir veya bu konuda yönetim planına hüküm konulabilir.

Son olarak şu hususu da değinmekte yarar vardır; Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 5/VI hükmünde merkezi sistemle ısıtma yapılan bağımsız bölümlerdeki mahal sıcaklıklarının asgari 15 °C olacak şekilde ayarlanacağı ifade edilmiştir. Buna göre termostatik vanalar sayesinde bağımsız bölümlerdeki mahal sıcaklıklarının ifade edilen derecenin altına düşürülmesi mümkün değildir. Belirtelim ki, mevcut haliyle söz konusu düzenlemenin, birbirine bitişik yatay veya dikey kat mülkiyetinde bağımsız bölümlerde belli bir sıcaklığın her durumda muhafaza edilmesi ve diğer kat maliklerinin de bu çerçevede enerji tüketiminin artmaması gibi nedenlerle olumlu olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık, hükmün herhangi bir ayrıma gitmeksizin ayrık nizamda inşa edilmiş merkezi sistemle ısınan münferit bağımsız bölümlere de uygulanacak olmasının amaçlarından farklı sonuçlar doğuracağı ortadadır. Örneğin, birbirinden ayrı olarak inşa edilmiş villalardan oluşan, ancak merkezi ısıtma sistemine sahip bir toplu yapıda ısı paylaşım sisteminin kurulması zorunludur. Bu durumda, söz konusu münferit bağımsız bölümlerdeki peteklerin her birine termostatik vanalar takılmalı ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 5/VI hükmü herhangi bir istisnaya yer vermediği için villaların mahal sıcaklıkları asgari 15 °C olmalıdır. Bu durumda, münferit bağımsız bölümün kullanılmaması ihtimalinde mahal sıcaklığının söz konusu derecenin altına düşürülemeyecek olmasının enerji verimliliğinin sağlanmasına ve ısı tasarrufu yapılmasına hizmet etmeyeceği ortadadır. Bu nedenle, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 5/VI. fıkrasına, mahal sıcaklıklarının asgari 15 °C olacağı şeklindeki hükmün, ayrık nizamda inşa edilmiş münferit bağımsız bölümlere uygulanmayacağına ilişkin bir ifade eklenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

C. Isı Paylaşımı Sisteminin Bağımsız Bölüm Kullanıcılarına Getirdiği Yükümlülükler

Isı paylaşım sisteminin kat maliklerine veya bağımsız bölümü sınırlı aynı hakka ya da kişisel bir hakka dayalı olarak kullanan kimselere getirdiği yükümlülüklerin, sistemin kurulmasından önceki ve sonraki yükümlülükler olmak üzere iki biçimde ifade edilebilmesi mümkündür.

Kat maliklerinin veya bağımsız bölümü kullanan kimselerin ısı paylaşım sistemi kurulmasından önceki temel yükümlülüğü, bağımsız bölümünde sistemin kurulmasına müsaade etmesidir. Nitekim bu husus

Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 5/II. fıkrasında düzenlenmiş ve bağımsız bölüm kullanıcılarının, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su tüketimini ölçmek için gerekli ekipmanlarla donatılması amacıyla yapılacak iş ve işlemlere izin vermek mecburiyetinde olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak buna aykırı davranan, diğer bir anlatımla ısı paylaşım sistemine ilişkin ekipmanların bağımsız bölümüne takılmasına veya monte edilmesine müsaade etmeyen bağımsız bölüm kullanıcısının nasıl bir yaptırıma tabi tutulacağı hususunda Yönetmelikte herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Herhalde böyle bir durumda, bağımsız bölüm kullanıcısının iradesi dışında zorla bağımsız bölüme girilerek ekipmanların takılması mümkün olmasa gerektir. İfade ettiğimiz konuda benzer bir düzenlemeye KMK m. 23 hükmünde rastlıyoruz. Bu düzenlemede de bazı şartlar altında bağımsız bölüm kullanıcılarının veya malikin bağımsız bölüme giriş izni verme ve gerekli işlerin yapılmasına katlanma borcundan söz edilmektedir. Ancak, bu yükümlülüğe aykırı davranışın nasıl bir yaptırıma tabi olacağı KMK m. 23 hükmünde düzenlenmemiştir. Buna karşılık uygulamada KMK m. 23 hükmüne aykırı davranılması halinde bunun dava konusu yapılabileceği ve yargılama masrafları yanında müsaade edilmemeden doğan veya bu nedenle artan zararların bağımsız bölümü kullanan kimseden talep edilebileceği, hatta KMK m. 33 çerçevesinde hakimin müdahalesinin istenebileceği, buna rağmen müsaade etmeyen bağımsız bölüm kullanıcısı veya malikine söz konusu hükmün son fıkrası uyarınca idari para cezası verilebileceği de kabul edilmektedir³⁰. KMK m. 23 hükmüne aykırı davranılması durumunda ortaya çıkan söz konusu sorumluluk hallerinin, Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 5/II. fıkrası çerçevesinde ısı paylaşım sisteminin ve gerekli ekipmanların bağımsız bölümünde kurulmasına ya da yerleştirilmesine izin vermeyen bağımsız bölüm kullanıcısı bakımından da geçerli olacağı söylenebilir. Isı paylaşım sisteminin kurulmasından önce bağımsız bölüm kullanıcılarına ait bir başka yükümlülük ise, merkezi ısıtma ve/veya sıcak su tüketimini ölçmek için gerekli ekipmanlar için yapılacak giderlerin ödenmesidir. Belirtelim ki, söz konusu giderlerden esasen kat malikleri sorumludur. Bunun yanında sistemin kurulum masraflarından kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Ancak, söz konusu masraflar bakımından kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlıdır. Kiracı, ısı paylaşım sistemi için yaptığı ödemeleri kira borcundan düşebilir (KMK m. 22/I).

30 Örneğin bkz. Y. 18. HD, 26.6.2008, 6857/7709 (PULAK, s. 375, 376).

Kat maliklerinin veya bağımsız bölümü sınırlı aynı hakka ya da kişisel bir hakka dayalı olarak kullanan kimselerin, ısı paylaşım sisteminin kurulmasından sonraki yükümlülüğüne gelince; bu konudaki temel sorumluluk Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde hesaplanan ısı ve okuma giderlerinin ödenmesidir. Belirtelim ki, sistemin kurulmasından sonra bağımsız bölüm kullanıcılarının söz konusu giderlerin ödenmesine ilişkin sorumluluğu tamamen Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Bu nedenle, daha fazla ayrıntıya yer vermeksizin bu konuda genel esaslara yönlendirme yapmakla yetiniyoruz³¹. Ancak burada, sistemin kurulmasından sonra bağımsız bölümü kullanan kimselerin başka bir yükümlülüğünden söz etmek gerekebilir. Daha önce de ifade edildiği üzere, ısı sayaçları ve ısı pay ölçerler (varsa sıcak su sayaçları) doğrudan üzerlerindeki ekrandan enerji sarfiyatının okunabildiği bir sisteme sahip olabileceği gibi, kablolu bağlantı ile bir bilgisayar sistemine aktarıldığı sistemler şeklinde de okunabilmektedir. Bunun yanında takılacak ekipmanlar sayesinde ölçüm ve veri gönderme işlemlerinin radyo frekanslı vericiler yardımıyla yapılması da mümkündür. Böylece konut içine girerek okuma ve veri almaya gerek kalmaksızın enerji tüketimi ölçülebilmektedir. Buna karşılık şayet verilerin radyo frekansı ya da kablolu araçlarla konut dışından okunması gibi bir sistem bulunmuyorsa, aksine ısı sarfiyatının ölçümü doğrudan ısı sayaçları veya ısı pay ölçerler üzerinden yapılabilmekte ise ölçüm için bağımsız bölüme girilmesi gerekebilir. Dolayısıyla, bu son ihtimalde sistemin kurulmasına ilişkin müsaade mecburiyetinin, bu kez verilerin okunması bakımından da zorunlu olduğu ifade edilebilir (Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 5/II kıyasen). Bağımsız bölüme girilmesine izin verilmemesi ya da okumanın herhangi bir nedenle yapılamaması halinde ise Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 11 maddesine göre hareket edilmesi gerekecektir. Buna göre, söz konusu bağımsız bölüme düşecek pay, o bağımsız bölümün daha önceki benzer gider paylaşım belgesi düzenlenen dönemlerdeki tüketimleri veya o gider paylaşım belgesi düzenlenmesi dönemindeki diğer benzer bağımsız bölümlerin tüketimleri esas alınarak hesaplanacaktır. Ancak, her faturalandırma döneminde okumaların bağımsız bölüme girilmek suretiyle yapılması, bağımsız bölüm kullanıcıları bakımından çekilmez bir durum meydana getireceğinden, ısı paylaşım sisteminin kurulması aşamasında yöneticilerin veya yönetim kurullarının okumaların konut dışından yapılabilecek bir sistemi tercih etmeleri tavsiye edilebilir.

D. Isı Paylaşım Sistemine Geçme Zorunluluğu Karşısında Kat Malikleri Kurulunun Yetkisi

Isı paylaşım sisteminin merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda kurulmasının ve bu çerçevede gerekli ekipmanların takıl-

31 PULAK, s. 359 vd.; ŞENGÜL, s. 397 vd.

masının EVK, KMK ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde zorunlu olduğunu daha önce ifade etmiştik. Böyle bir zorunluluk için iki ve daha fazla bağımsız bölümün merkezi ısınma ve/veya sıcak su sistemine sahip olması yeterli olup, bugün itibarıyla binanın yapılış tarihinin, kat mülkiyetine konu olup olmadığının ya da toplam kullanım alanının ne kadar olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Şu halde, ifade ettiğimiz merkezi sisteme sahip yapılarda bina ya da bağımsız bölüm maliklerinin ısı paylaşım sistemine geçmemeleri ya da oybirliği ile alacakları karar ile ısı paylaşım sistemine geçilmeyeceğini kararlaştırılmaları mümkün değildir. Bu noktada kat maliklerinin ısı paylaşım sistemi kurma zorunluluğundan kaçınabilecekleri tek bir dolaylı yol bulunmaktadır; o da merkezi sistemden ferdi sisteme geçiştir.

Merkezi sistemden ferdi sisteme geçilmesine ilişkin şartlar KMK m. 42/IV hükmünde düzenlenmiştir. Ancak tam da bu noktada öncelikle EVK 7. maddesinin (ç) ve (d) bentleri uyarınca çıkarılan Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği'ne değinmekte yarar vardır. Söz konusu Yönetmeliğin 01.04.2010 tarihli değişik 13/III fıkrasında yeni yapılacak binalarda, yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanının 2.000 m² ve üstünde olması halinde merkezi ısıtma sisteminin zorunlu olduğu ifade edilmiş, 5/II ve III. fıkralarında ise buna aykırı bina projelerine ilgili idare tarafından yapı ruhsatı verilmeyeceği, yapı ruhsatı alınmış yapılarda ise eksiklikler giderilinceye kadar ilgili idare tarafından yapı kullanım izin belgesi verilmeyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Konuya ilişkin olarak Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri bir arada değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilecektir;

1. Yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanı 2.000 m² ve üstünde olan yeni yapılacak binaların merkezi ısıtma sistemine sahip olacak şekilde projelendirilmesi zorunludur. Diğer bir anlatımla, söz konusu miktarın üzerindeki yapılaşmaların ferdi ısınma sistemine göre projelendirilmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca, Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde merkezi ısıtmaya sahip bu yapılarda ısı paylaşım sistemine sahip olmaları da zorunludur.

2. Yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanı 2.000 m²'nin altındaki yeni yapılacak binalarda ise, merkezi ısıtma sistemine sahip olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu yapıların ferdi ısıtma sistemine göre projelendirilmeleri mümkündür. Ancak, söz konusu miktarın altında olsa dahi, şayet bina ferdi sistem yerine merkezi ısıtma sistemine göre projelendirilmişse, EVK m. 7/c ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği uyarınca ısı paylaşım sisteminin kurulması da zorunludur.

Merkezi sisteme sahip bu nitelikteki binalarda ısı paylaşım sisteminin kurulmaması halinde bu kez Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 12 gereğince yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi veya çalışma ruhsatının verilme-yeceğini bir kez daha hatırlatmak istiyoruz.

3. Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği'nin yeni yapılacak binalarda, yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanının 2.000 m² ve üstünde olması halinde merkezi ısıtma sisteminin zorunluğunu getiren 13/III fıkrası 01.04.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır (Sayı: 27539). Acaba, söz konusu tarihten önceki 2.000 m² ve üzeri binaların durumu ne olacaktır? Belirtelim ki, bu tarihten önceki yapılarda toplam inşaat alanı ne kadar olursa olsun şayet yapılaşma ferdi ısıtma sistemine sahipse, bunların merkezi ısıtma sistemine geçme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira Yönetmeliğin 13/III hükmü yeni yapılacak binalara ilişkindir. Ancak, KMK m. 42/IV uyarınca söz konusu tarihten önceki 2.000 m² ve üzeri binalarda kat maliklerinden birinin isteği ve kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine ferdi sistemden merkezi sisteme geçiş mümkündür³². Böyle bir karar ile merkezi sisteme geçilmesi durumunda ise, EVK m. 7/c ve Merkezi Isıtma Yönetmeliği çerçevesinde ısı paylaşım sisteminin kurulma zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık, 01.04.2010 tarihinden önceki merkezi sisteme sahip binalarda ferdi sisteme geçiş, uygulama bakımından da hala açıklığa kavuşturulamamış hususlardan biridir. Gerçekten, meselenin çözümü bakımından KMK m. 42/IV hükmü belli bir noktaya kadar soruna çözüm sunsa da, söz konusu düzenleme Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m. 13/III hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde tartışmalı sonuçların ortaya çıkması olasıdır. Buna birde merkezi sisteme sahip tek ya da komşu parsel toplu yapı uygulamalarında blok, parsel ya da adalar bazında ferdi sisteme geçme talepleri eklendiğinde sorunun ne denli karmaşık hale gelebileceği herhalde anlaşılacaktır. Belirtelim ki, günümüze kadar merkezi sisteme sahip bazı klasik kat mülkiyeti veya toplu yapı uygulamalarında ferdi sisteme geçme talebinin temel gerekçesi, yaktığı kadarını ödeme düşüncesine dayanmaktaydı. Ancak gerek EVK'nın geçici 6. maddesi gerekse Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesi ile 02.05.2007 tarihinden önceki merkezi sisteme sahip yapılarda da ısı paylaşım sisteminin kurulma zorunluluğunun getirilmesi sayesinde bugün, pek çok merkezi ısıtma sisteminin bulunduğu yapılaşmada, merkezi sistemden ferdi sisteme geçme talebine yeni gerekçeler eklenmiştir. Gerçekten bugün için tüm merkezi sisteme sahip kat maliklerine ısı paylaşım sisteminin dayatılması ve bu sisteme ilişkin belirsizlik yanında ekipmanların takılması

32 Ayırtılı bilgi için bkz. PULAK, s. 612; Germeç s. 1108.

ve aylık bazda okuma masrafının ödenecek olması gibi yeni nedenler, kat malikleri ve yöneticileri merkezi sistemden ferdi sisteme geçiş arayışına itmiştir. Peki ifade ettiğimiz husus ne şekilde mümkün müdür?

Hemen belirtelim, yukarıda da kısaca değinildiği üzere toplam inşaat alanı 2.000 m²'den az merkezi ısıtma sistemine sahip yapılaşmalarda ferdi sisteme geçiş bakımından herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Zira, KMK m. 42/IV uyarınca bu nitelikteki yapılaşma ister klasik kat mülkiyeti isterse toplu yapı niteliğinde olsun kat maliklerinden birinin talebi ile ve kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar çerçevesinde merkezi sistemden ferdi sisteme geçmeleri mümkündür.

Buna karşılık, toplam inşaat alanının 2.000 m² ve üzeri merkezi ısıtma sistemine sahip binalarda bu sistemin ferdi sisteme dönüştürülebilmesi için kat maliklerinin tamamının oybirliği gerekmektedir. Bu durum KMK m. 42/IV hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Ancak, burada cevaplandırılması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m. 13/III hükmü karşısında KMK m. 42/IV hükmünün ne şekilde uygulanacağıdır. Diğer bir sorun ise, toplam inşaat alanı kavramı ile kastedilen nedir ve özellikle toplu yapılarda bu ifade nereleri kapsamaktadır.

Tekrar ifade etmek gerekirse, KMK m. 42/IV hükmünde, toplam inşaat alanının 2.000 m² ve üzeri merkezi ısıtma sisteminin bulunduğu binalarda kat maliklerinin oybirliği ile ferdi sisteme geçebilecekleri ifade edilmiştir. Buna karşılık, Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m. 13/III hükmü ise, yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanının 2.000 m² ve üzerinde olması halinde yeni binalar bakımından ısınma sisteminin merkezi sistem olarak yapılması zorunluluğunu getirmektedir. Acaba Yönetmeliğin ilgili hükmü, toplam kullanım alanının 2.000 m² ve üzerinde olduğu binalarda merkezi sistem zorunluluğu bulunduğu ve bu nitelikteki binalarda ferdi sisteme geçmenin mümkün olmadığı şeklinde mi yorumlanmalıdır? Elbette Yönetmelik hükmü ile Kanun hükmünün ilga edilmesinden söz edilemez. Bu nedenle kanaatimizce, söz konusu Yönetmelik ilk defa yapılacak binalarda toplam inşaat alanının 2.000 m² ve üzeri olması halinde merkezi ısıtma sistemini zorunlu hale getirmektedir. Ancak, söz konusu Yönetmelikten önce ya da sonra inşa edilse dahi, toplam inşaat alanının ifade ettiğimiz miktarı aştığı durumlarda KMK m. 42/IV uyarınca kat maliklerinin oybirliği ile alacakları bir karar ile merkezi sistemden ferdi sisteme geçilmesi mümkündür³³.

Toplam inşaat alanı kavramı ve bunun toplu yapılarda ne şekilde uygulanacağı meselesine gelince; 4078 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nun 1/e

33 Ayrıca krş. PULAK, s. 614.

bendinde “Yapı inşaat alanı; ışıklıklar hariç, bodrum kat, asma kat ve çatı arasında yer alan mekanlar ve ortak alanlar dahil yapının inşa edilen tüm katlarının alanını kapsar” şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle KMK m. 42/IV hükmünde yer alan “toplam inşaat alanı”nın bütün bağımsız bölümler, bütün eklentiler ve bütün ortak yerlerin brüt inşaat alanlarının toplamı olduğu kabul edilmektedir³⁴. Görüldüğü üzere, bu kapsamdaki yerlerin tümünün kapsadığı inşaat alanı 2.000 m² ve üzerinde ise yeni yapılacak binalarda merkezi ısıtma sisteminin kurulması zorunludur; sonradan merkezi sistemden ferdi sisteme geçilebilmesi için kat maliklerinin tümünün oybirliği gerekir. Belirtelim ki, meselenin tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyeti ya da tüm bağımsız bölümlerin tek merkezden ısındığı toplu yapılarda çözümlenmesi pek de zor olmasa gerektir. Zira, ifade ettiğimiz her iki olasılıkta da bütün bağımsız bölümler, eklentiler ve ortak yerlerin brüt inşaat alanlarının toplamı 2.000 m² ve üzerinde ise ayrıca bu yerlerin tamamı merkezi ısıtma sistemine sahipse, merkezi sistemden ferdi sisteme geçilmesi tüm kat maliklerinin oy birliği ile mümkün olacaktır. Buna karşılık, merkezi sistemin blok, parsel ya da ada bazlı olduğu toplu yapı uygulamalarında toplam inşaat alanı kavramının ne şekilde değerlendirileceği ve KMK m. 42/IV çerçevesinde merkezi sistemden ferdi sisteme geçişe ilişkin kararların ne şekilde alınacağı belirsizdir.

İlk bakışta toplu yapılarda toplam inşaat alanı kavramının tüm toplu yapı bünyesindeki bağımsız bölümlerin, eklentilerin ve ortak yerlerin brüt inşaat alanı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Böyle bir kabul, tek ya da komşu parsel olmasına bakılmaksızın tüm toplu yapı bünyesindeki bağımsız bölüm, eklenti ve ortak yerlere ilişkin toplam inşaat alanının 2.000 m² ve üzerinde olması halinde, merkezi sistemden ferdi sisteme geçiş için tüm toplu yapı kat maliklerinin oybirliğinin zorunlu olduğu sonucunu doğuracaktır. Halbuki, toplu yapı bünyesindeki toplam inşaat alanı söz konusu miktarın çok üzerinde olmasına rağmen, merkezi ısınma sisteminin blok, parsel ya da ada bazlı olarak kullanılması mümkündür. Örneğin, toplam inşaat alanının 10.000 m² olduğu toplu yapıda ada bazında merkezi ısınma sistemi bulunabilir. Bu durumda, merkezi ısınma sistemine bağlı adaların her birindeki bağımsız bölüm, eklenti ve ortak yer brüt inşaat alanı 2.000 m²'nin altında ya da üzerinde bir alanı kapsayabilir. Acaba, böyle bir toplu yapı uygulamasında, toplam inşaat alanının ada bazında değerlendirilerek 2.000

34 PULAK, s. 613 (Yazar, ısınma sisteminin değiştirilmesinin pahalı ve geriye dönülmesi zor bir uygulama niteliğinde olduğu ve bu nedenle, bireysel ısınma sistemine dönüştürmeye karar verilmeden önce toplam inşaat alanının uzman bir kişi tarafından hesaplatılmasının, hatta bu tespitin resmi yollarla yapılmasının gerekli olduğu görüşündedir).

m²'nin altında ise merkezi sistemden ferdi sisteme geçiş için ada kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu; 2.000 m²'nin üzerinde ise ada kat maliklerinin oybirliği yeterli görülecek midir? Yoksa, ada bazlı merkezi ısınma sistemi bulunsa dahi, her durumda toplam inşaat alanının toplu yapıya göre değerlendirilmesi gerektiği ve 2.000 m²'yi aşması halinde tüm toplu yapı kat maliklerinin oybirliği bulunmadıkça merkezi sistemden ferdi sisteme geçişin mümkün olmadığı mı ileri sürülecektir?

Hemen belirtelim, sorunun, her durumda tüm bağımsız bölümlere ilişkin olduğu ve bu yöndeki sayı ve arsa payı çoğunluğu ya da oybirliği ile alınacak kararların da, toplu yapı kat malikleri kurulunda alınması gerektiği yönündeki görüşe³⁵ katılmadığımızı ifade edelim. Zira, KMK m. 67/II hükmünde toplu yapı bünyesindeki birden çok yapının fiziki bağa ya da özgüleme iradesine dayalı olarak ortak yer ve tesislere sahip olabileceği düzenleme konusu yapılmış ve KMK m. 69 hükmü ise, ortak yer ve tesislerle birbiriyle bağlantılı hale gelmiş yapıların söz konusu yerlerin yönetiminde veya kendilerine ilişkin sorunlarda kurul olarak toplanarak karar almalarına imkan tanınmıştır. Görüldüğü üzere, ifade ettiğimiz hükümler karşısında, ortak yer ve tesisler çerçevesinde oluşacak blok, parsel, ada şeklinde oluşumların, kurul olarak toplanarak kendilerini ilgilendiren sorunlarda karar almaları mümkün olmasına rağmen, KMK m. 42/IV hükmünün bu kapsamda olmadığını ve mutlaka toplu yapı kat malikleri kurulu kararına gerek olduğunu ileri sürmek pek de mümkün olmasa gerektir³⁶. Zira, ısınma sisteminin değiştirilmesi hususunda, KMK m. 69 hükmünde ifade edilen temel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek bir düzenlemenin KMK'da bulunmadığı açıktır. Şu halde, örneğin toplu yapıdaki her adanın kendine ait merkezi ısınma sistemine sahip olması ihtimalinde, toplam inşaat alanı bakımından sadece ada dikkate alınmalı; miktar 2.000 m²'nin altında ise ada kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile, buna karşılık 2.000 m² ve üzerinde ise ada kat maliklerinin oy birliği ile alacakları karar çerçevesinde merkezi sistemden ferdi sisteme geçiş mümkün görülmelidir³⁷. Elbette ifade ettiğimiz durum, merkezi sistemin blok veya parsel bazlı olması ihtimalleri için de geçerli sayılmaktadır. Örneğin, toplu yapı bünyesindeki tüm bloklar kendilerine ait merkezi ısıtma sistemine sahipse, toplam inşaat alanının blok bazında ifade

35 Çevik Seda Öktem, *Toplu Yapılarda Yönetim*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 143.

36 Şengül, s. 541.

37 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şengül, s. 540 vd. Toplu yapı bünyesindeki tüm blokların tek bir merkezi sisteme bağlı olarak ısıtılması durumunda, blokların alacakları kararla özel ısınma sistemi kuramayacakları ve bu çerçevede toplu yapı kat malikleri kurulu kararının gerekli olduğu yönünde bkz. Y. 5. HD., 11.2.1985, 989/1444 (Karahacıoğlu, s. 512, 513).

ettiğimiz miktarın altında ya da üzerinde olması ihtimallerine göre sayı ve arsa payı çoğunluğu ile ya da oybirliği ile merkezi sistemden ferdi sisteme geçmeleri mümkün görülmelidir³⁸.

E. Isı Paylaşım Sisteminin Yönetim Planına Etkisi

Isı paylaşım sisteminin kurulması ve gerekli ekipmanların takılması sonrasında toplam ısınma giderinin bağımsız bölümlere paylaştırılması, Merkezi Isıtma Yönetmeliği m. 8 hükmünde belirtilen oran ve hesaplamalar çerçevesinde yapılacaktır. Bu durumun, 05.02.2007 tarihinden önce kat mülkiyetine geçmiş merkezi ısınma sistemine sahip yapılara ait mevcut Yönetim Planı ile çelişeceğinde kuşku yoktur. Zira, bu tarihten önceki yönetim planlarında ısınma giderlerinin arsa payı oranında, eşit olarak, petek sayısına veya bağımsız bölümün kullanım alanı oranında bağımsız

38 Ancak uygulamadaki asıl eğilim, KMK m. 42/IV hükmünde belirtilen toplam inşaat alanı kavramını genellikle toplu yapı bünyesindeki tüm bağımsız bölümleri, eklentileri ve ortak yerleri kapsayan inşaat alanı olarak kabul etme yönündedir. Özellikle toplu yapı bünyesindeki tüm blokların veya parsellerin ya da adaların ayrı merkezi ısıtma sistemine tabi olsa da, buna ilişkin vaziyet plan ve mimari projelerin değişiklik gerektireceği gerekçesiyle 2.000 m²'lik inşaat alanı kavramının tüm toplu yapıyı kapsar şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki düşünce ağırlık kazanmaktadır. Söz konusu görüş çerçevesinde varılacak sonuç ise, farklı ısınma merkezleri bulunsada dahi, 2.000 m² ve üzeri toplu yapılarda, tüm toplu yapı bünyesindeki kat maliklerinin oybirliği ile (veya toplu yapı temsilciler kurulunun oybirliği ile) merkezi sistemden ferdi sisteme geçilebilecek olmasıdır (nitekim bu yöndeki görüş için bkz. Çevik s. 143. Ayrıca krş. Pulak, s. 614.). Ancak meseleye amaçsal yorum çerçevesinde bakılmalı ve KMK m. 42/IV. fıkrasının KMK m. 69 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu düzenlemenin temel mantığı ise, toplu yapı bünyesinde blokların, parsellerin ve adaların (ve hatta grup oluşturan bağımsız bölümlerin (kavram ve ayrıntı için bkz. Şengül, s. 414 vd.)) kendileriyle ilgili sorunlarda ya da kendilerine ait ortak yerlere ilişkin hususlarda karar alabilmeleridir. Meğer ki yönetim planında bu konudaki yönetim yetkisi de toplu yapı üst yönetimine bırakılmamış olsun. Diğer bir anlatımla bloklara, grup yapılara veya parsellere ait ortak yerler bulunsada dahi, KMK m. 69 çerçevesinde yönetim planında bu yerlerin yönetimi de açıkça ada kat malikleri kuruluna (veya ada temsilciler kuruluna) ya da toplu yapı kat malikleri kuruluna (veya toplu yapı temsilciler kuruluna) bırakılmışsa, blok, grup yapılar veya parsel kat maliklerinin kurul olarak toplanarak ortak yer ve tesislere ilişkin karar almaları mümkün değildir (bu yöndeki örnekler için bkz. Şengül, s. 410, 411 ve 420 vd.). Ancak, yönetim planında bu yönde bir hüküm yoksa KMK m. 69 hükmü çerçevesinde KMK m. 42/IV. fıkrasındaki 2.000 m²'lik toplam inşaat alanı kavramının, merkezi ısıtma sistemini kullanan ve kendileri bakımından fiili özgüleme sonucu ortak yer niteliği kazanan bağımsız bölümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, 50 bloktan oluşan toplu yapıda, 2.000 m²'lik toplam inşaat alanı hesabının merkezi ısıtma sistemini kullanan bağımsız bölümlere göre yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede toplam inşaat alanının 2.000 m²'yi aşmış olmadığı her bloğun ayrı merkezi ısıtma sistemi bulunuyorsa sadece o blok, her iki bloğa tek bir merkezi ısıtma sistemi özgülenmişse bu kez ilgili iki blok, buna karşılık tüm adalar ayrı merkezi ısıtma sistemine sahipse yine sadece o ada bünyesinde değerlendirilmeli; dolayısıyla söz konusu miktarın altında inşaat alanına sahipse ilgili blok, bloklar veya ada kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile, üzerinde ise bu kez yine ilgili kat maliklerinin oybirliği ile merkezi sistemden ferdi sisteme geçmeleri mümkün görülmelidir.

bölgelere paylaştırılacağına ilişkin hükümlere yer verilmiş olabilir. Ancak, Merkezi Isıtma Yönetmeliği, ifade ettiğimiz hususlardan bambaşka bir paylaşımaya yer vermekte ve merkezî ısıtma sistemlerinde toplam ısıtma giderlerinin % 70'inin (bölgesel ısıtma sistemlerinde %80) bağımsız bölümlerin ölçülen ısı tüketimlerine göre; toplam ısıtma giderlerinin % 30'unun ise (bölgesel ısıtma sistemlerinde %20) ortak kullanım mahalleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderleri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaştırılacağı esasını benimsemektedir (m. 8/I ve II).

Hemen belirtelim, ifade ettiğimiz hususa ilişkin Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 14 maddesinde oldukça ilginç bir düzenlemeye yer verildiğini görüyoruz. Söz konusu hükme göre, "Merkezi ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip binaların yönetim planının ... bu Yönetmeliğe aykırı olan hükümleri üç ay içinde bu Yönetmeliğe uygun hale getirilir." Öncelikle hükümden üç aylık süreden söz edilmesine rağmen söz konusu sürenin hangi andan itibaren başlayacağı belirsizdir. Herhalde buradaki sürenin Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin yayım tarihi olan 14.94.2008 tarihinden itibaren hesaplanması gerekecektir. Ancak, bu süre içinde yönetim planının Yönetmeliğe uygun hale getirilmemesinin sonuçlarına değinilmemiştir. Öte yandan, üç aylık süre içerisinde yönetim planının Yönetmeliğe aykırı hükümlerinin buna uygun hale getirilmesinden söz edilmektedir. Yönetim planı değişikliğinin ne şekilde yapılacağı KMK m. 28/III hükmünde düzenlenmiş ve bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyunun şart olduğu ifade edilmiştir. Acaba, bu nitelikteki bir çoğunluk sağlanamadıkça yönetim planının Yönetmeliğe aykırı hükümleri değiştirilemeyecek ve dolayısıyla ısı paylaşım sistemine geçme mümkün görülmeyecek midir?

Anlaşılabileceği üzere, söz konusu düzenleme uygulama bakımından da bazı olumsuzlukların yaşanmasına neden olabilecek niteliktedir. Halbuki KMK m. 42/son hükmüne benzer bir düzenlemenin Yönetmeliğe konulması ile bu meselenin kolaylıkla halledilmesi mümkün olabilirdi. Söz konusu düzenlemede ısıtma sisteminin merkezî sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezî sisteme dönüştürülmesine karar verilmesi halinde, yönetim planının bu karara aykırı hükümlerinin değiştirilmiş sayılacağı ifade edilmektedir³⁹. Kanaatimizce EVK m. 7/c ve geçici 6 maddesi ile Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesi karşısında Yönetmeliğin 14. maddesinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Gerçi kat maliklerinin KMK m. 28/III hükmüne beşte dört çoğunlukla karar

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAK, s. 615; GERMEÇ, s. 1111.

almak suretiyle yönetim planını değiştirmeleri ve Yönetmeliğe uygun hale getirmeleri mümkündür. Ancak böyle bir nitelikli çoğunluk sağlanarak yönetim planı değiştirilemese ve yönetim planı mevcut haliyle ısı paylaşım sisteminin getirdiği paylaşım esasları ile çelişse dahi, yönetim planının Yönetmelikle çelişen hükümlerinin kendiliğinden değişmiş sayılması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁰.

KAYNAKLAR

- ARCAK Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983.
- ÇEVİK Seda Öktem, Toplu Yapılarda Yönetim, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- GERMEÇ Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı, Ankara 2008.
- KARAHACIOĞLU A. Haydar, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2006.
- ÖRÜCÜ, Orhan, 2011'de Neler Değişiyor?, Cumhuriyet Enerji Dergisi, 1 Şubat 2011, Yıl 3, Sayı 21.
- ÖZMEN, E. Saba, Kat İrtifakı, Ankara 1997.
- ÖZMEN E. Saba/KIR Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010.
- ÖZSOY, Ahmet, Merkezi Isıtma Sistemlerinde Isınma Problemleri ve Yakıt Paylaşımı, SDU International Journal of Technologic Science, Vol. 1, No. 1, June 2009
- PULAK Murat, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2009.
- ŞENGÜL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011.

40 KMK m. 42/son çerçevesinde yapılan değerlendirme ve karşılaştırma için ayrıca bkz. PULAK, s. 615.

6356 SAYILI YASA VE SENDİKAL HAKLAR

Av. Dr. Murat ÖZVERİ

Sendika Hakkına Yasa Koyucunun Yaklaşımı

Türkiye’de de sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları önce yasaklanmış, yasaklarla sonuca ulaşamadığında ise yasal düzenleme yaparak denetim altına alma anlayışı benimsenmiştir. Yasa yoluyla denetimin en etkili yollarından biri, devletin o günkü anlayışına uymayan sendikaları marjinalleştirerek sistemin dışında tutmasıdır.¹

Sendikal hakların ekonominin gelişiminde bir engel olarak görülmesi sanayileşmenin ilk yılları için olağan bir tepki olarak görülebilir. Türkiye’de sanayileşmenin geç başlaması nedeniyle ekonominin sendikal haklarla donatılmış işçi kitlesini kaldıramayacağı iddiasına başlangıçta bir ölçüde anlayışla yaklaşılabilir. Ne var ki bu tutum Türkiye’de, siyasi iktidarın kendi kontrolü dışında örgütlü bir gücün varlığından duyduğu endişeyle birleşerek süreklilik kazanmıştır. Sanayileşmeyle gerekçelendirilen sendika karşıtlığı, giderek “sendikalar aracılığı ile düzen bozulacak” korkusuna dönüştürülmüştür.²

Sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkının Türkiye’de “devlet’in güdümlü ve paternalist etki ve davranışları altında” biçimlendiği,³ çok partili siyasal yaşamın kurulmasına kadar geçen 1925-1945 döneminde “bir parti- devlet özdeşliği” yaşandığı, işçilerin ve toplumun edilgen bir konumda ve izleyici durumda bulunduğu, topluma “sınıfsız toplum” anlayışının dayatıldığı ve paternalist ilişkilerin bu çerçeve içerisine oturtulduğu, haklı olarak sıkça vurgulanmıştır.⁴ Türk Hava Yolları’nı grev yasağı kapsamına alan yasa teklifi bu anlayışın halen sürdüğünü göstermesi

1 Hakan Koçak, “15-16 Haziran’ın Aynasında Değişenler ve Değişmeyenler”, Özgür Gündem, 15 Haziran 2012, s. 5 “Türkiye egemenlerinin gelişen bağımsız sınıf hareketleri karşısındaki politika repertuarlarının değişmediğini gösterir. Baskı, yasaklama; olmuyorsa etkisizleştirme, marjinalleştirme, güdümlü alternatifler kurma veya destekleme gibi yöntemler belli dozlarda ve bir sıralama içinde kullanılır.”

2 Murat Özveri, Sendikal Haklar 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, Birleşik Metal İş Yayımları, 2012, ss. 18-24

3 Adnan Mahiroğulları, “Türkiye’de Sendikalaşma Evreleri ve Sendikalaşmayı Etkileyen Unsurlar” C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, s. 165

4 Aziz Çelik, Vesayetten Siyasete Türkiye’de Sendikacılık (1946-1967), İstanbul, İletişim Yayınları, 2010, s. 117, 118

açısından çarpıcıdır. Grev yasağı getiren teklifin sahibi, amaçlarını tam da paternalist anlayışla savunarak şöyle söylemektedir; “Emek mücadelesi verenlerle Türk Hava Yolları yönetimine şunu söylüyoruz: Oturun masada sorumluluğunuza sahip çıkın, barışçıl bir çözümü bulun.”⁵

Böylece paternalist anlayışa uygun olarak, tarafların üstün otoritenin belirlediği şekilde davranması nedeniyle zarar görmesi halinde, üstün otoritenin devreye girip zarara uğrayanı da koruyacağı yönündeki klasik iddia tekrarlanmakta ve taraflara şöyle seslenilmektedir;⁶

“Bizim kapımız Türk Hava Yolları'ndaki kabin memuruna da sonuna kadar açıktır, pilotlara da sonuna kadar açıktır, emek veren hepsine açıktır. Bizim bu kanun teklifimiz buradan yasalışırsa Türk Hava Yolları yönetimine, bu, hiçbir zaman, oradaki emekçilerin emeğini istismar etme hakkını vermez. Eğer Türk Hava Yolları yönetimi bu anlamda bir eksiklik göstermeye kalktığında biz bunun hesabını Türk Hava Yolları yönetimine de sormasını biliriz, hiç endişeniz olmasın.”

Üstün otoritenin kuralları herkesin çıkarına göre belirleyeceği ve genel yarardan uzaklaşıldığında kuralların yeniden belirleneceği anımsatılmaktadır. Sendikal haklar somutunda ise “uslu sendika”⁷ olunmadığında üstün otoritenin müdahale edeceği ve genel yarar çerçevesinde kuralların belirleneceği, Ulaştırma Bakanı tarafından grev yasağı vesilesiyle bir kez daha dile getirilmiştir.⁸ Ulaştırma Bakanı; “Millî hava yolunu korumak bizim görevimizdir”⁹ demiştir.

5 Metin Külünk, “Türk Hava Yollarını Grev Yasağı Kapsamına Alan Yasa Teklifinin Görüşülmesi Sırasında TBMM Yapmış Olduğu Konuşma” TBMM Tutanak Dergisi, 121'inci Birleşim, 19 Haziran 2012 s.28

6 A. e.

7 Binali Yıldırım, “Ulaştırma Bakanı Olarak Türk Hava Yollarının Grev Yasağı Kapsamına Alan Yasa Teklifi Görüşmelerinde Soru Yanıt Bölümünde Yapmış Olduğu Konuşma”, TBMM Tutanak Dergisi, 113. Birleşim 30 Mayıs 2012, s. 98 uslu sendikalara tekrar grev hakkı verilebileceğine ilişkin Ulaştırma Bakanı ile muhalefet partisi milletvekilleri arasındaki polemik meclis tutanaklarına geçmiştir. Tutanaktan aynen aktarıyoruz. “Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanı Binali Yıldırım (İzmir) - Kaldı ki grev yasağı kalıcı bir yasak değildir.” Özgür Özel (Manisa) – “Uslu çocuklara tekrar verilebilir.” diyorsunuz.” Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanı Binali Yıldırım (İzmir) – “Bu, geçmişte grev yasağı getirilen iş kollarında daha sonra kaldırılmış, bazı iş kollarında yokken de ilave edilmiştir.” Özgür Özel (Manisa) - “Yandaş bir sendika olursa veririm o hakkı” diyorsunuz öyle mi? “Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanı Binali Yıldırım (İzmir) - Eğer yasaya bakarsanız 83'te çıkan yasaya 88'de bir sürü iş kolu daha ilave edilmiş, 29'uncu maddeye.” Özgür Özel (Manisa) – “Buradan işçilere: “Yandaş bir sendikaya üye olup örgütlenin, vereyim bu hakkı.” mı diyorsunuz?”

8 A. e.

9 A. e. “Şimdi, normal şartlarda bu sözleşme Eylülde başlayıp aralığın sonunda biterse hiç kimse mağdur olmayacak. Neden sendika bunu başlatmıyor? Çünkü yaz sezonuna gelip, yaz sezonuna bunu taşıyabilirse, o zaman belki daha fazla hak alırım... Bunu da anlayabilirim ama mağdur olan insanların hakkı ne olacak?”

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası mecliste tartışılırken Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik, yasanın sendikal örgütlenmenin önünü açacak düzenlemelerinin sınırını, işverenlerin uluslararası rekabette zor duruma düşmeyecekleri aşama olarak tanımlamıştır. Bakan Çelik'e göre 6356 Sayılı Yasa örgütlenmenin önündeki engelleri ortadan kaldıracak, örgütlenmeyi teşvik edecektir. Ancak bu düzenleme öyle yapılmalıdır ki örgütlenmenin önünü açan yasal güvenceler işverenleri uluslararası rekabette zor duruma düşürmemelidir.¹⁰

Anılan örneklerin tamamında, sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarından duyulan endişeyi görmek olanaklıdır. Bu endişe, ilk dile getirildiği tarihten bir asrı aşan süre sonra (104 yıl) benzer sözcüklerle Meclis tutanaklarına geçmiştir. Örnekler, özgür toplu pazarlıktan duyulan endişenin sürekliliğini ortaya koymaktadır.¹¹

Yaşanan sürece göre Türkiye'de devlet, sendikaların demokratik baskı grubu olma özelliklerini¹² görmezlikten gelmiş, sendikal özgürlükleri kontrol edebileceği bir yasal çerçeveye alma gayreti içerisinde olmuştur. Sendikal faaliyeti, "makbul sendikalar" için, Yasal sınırlar içinde toplu iş sözleşmesi yapma, greve başvurma hakkına indirgemıştır.

Türk Hava Yolları örneğinde toplu iş sözleşmesi, zorunlu tahkimle sonuçlandırılmıştır. 2822 Sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldıran 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası'nda ise, hava yollarına getirilen grev yasağına yer verilmemiştir. Böylece bir işyerinde yasal sürece uygun olarak yürütülen toplu pazarlığa müdahale etmek için yasa çıkartılması Türk hukuk tarihine geçmiştir.

10 Faruk Çelik, TBMM Tutanak Dergisi 3'üncü Birleşim, 1. Oturum 03. 10 2012 <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/tutanak3.htm>, Erişim 06.11. 2012 "Endüstriyel ilişkilerimizi tahrip etmeden, bozmadan, büyük bir uzlaşma çerçevesinde işçimizin örgütlenmesi ve işçimizin örgütlenmesinin önündeki engelleri kaldıracak, onu örgütlenmeye teşvik edecek bir düzenlemeyi getirirken, işverenimizin de endişeleri, uluslararası rekabette onu zor duruma düşürmeyecek, onu sıkıntılı duruma düşürmeyecek bir düzenlemeyi getirmeniz gerekiyor ki bütün bu çalışmaların, bu çabaların amacı bir yerde buluşturmadır ki büyük ölçüde de bunu gerçekleştirdiğimiz için gerçekten büyük mutluluk duyuyorum"

11 Çelik, a. g. e., s. 47 Sendika Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Haklarının Düzeni bozacağı endişeleri için Bkz. Türkiye'de Uygulanan Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi Ve Sistemin Sendikalaşma Üzerine Etkisi (1983-2009)" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2012, s. 264, s.122

12 Mahiroğulları, a.g.e., s. 167, Yazar, 5018 sayılı "Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde sendikalara "siyaset yapma" yasağı getirilerek, bir anlamda sendikalaşmaya anlam kazandıracak, üyeliği cazip kılacak, sendikaların üyelerine ilave çıkarlar, yeni haklar elde etmek için yasama ve yürütme organlarını etkileyebilecek derecede "baskı işlevi" kullandırılmamıştır" demektedir.

6356 Sayılı Yasa da Sendika Kuruculuğu ve İşkolu Sendikacılığı

Sendikaların kurulmasının önceden bildirim, izin, onay gibi koşullara bağlanması, sendika hakkının özünü zedeleyen uygulamalardır. Sendika kurma hakkının varlığından söz edebilmek için, ortak amaçları için bir araya gelmiş olan çalışanların, örgütlerini özgürce, işveren veya devlet müdahalesi olmaksızın kurma güvencesine sahip olmaları gerekir. Ortak amaç, bağımsızlık ve özgürce kurulabilme “sendikalarda saflık ilkesi”¹³ olarak nitelendirilmiştir.

Önceden izin, onay gibi koşullara yasalarda yer verilmemesine karşın sendikaların kuruluş süreçlerini zorlaştıran, sendika kurucusu olabilmek için gerekli koşulları ağırlaştıran, bazıları için bu hakkı kullanılabilir olmaktan çıkararak düzenlemeler de sendika kurma hakkını sınırlayan hükümlerdir.

12 Eylül 1980 darbesinden sonra bu hakkı sınırlandırmaya yönelik gayretlere rastlanmıştır. 2821 Sayılı Yasa'nın hazırlanış aşamasında, sendika kurucularında aranacak nitelikler belirlenirken, adeta bir “iyi sendikacı” tanımı yapılmış, bu tanıma uymayanların sendika kurucusu olmaları engellenmiştir.

Sendika kurma hakkının öznesinin “herkes” olması gerekir. Farklı bir özne arayışı, sendika kurma hakkını sınırlandırmaktan başka anlam taşımaz. 6356 Sayılı Yasa'nın sendika kurma hakkını düzenleyen hükümlerinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sendikaların Önceden İzin Almaksızın Kurulabilmesi

6356 Sayılı Yasa'nın tanımlar başlıklı 2. Maddesine göre “Kuruluş” sözcüğü sendika ve konfederasyonları ifade eder. Sendikaların kuruluş esaslarını düzenleyen 3. maddesinde de sendika ve konfederasyonları anlatmak için “kuruluş” sözcüğü kullanılmıştır.

Yasa'nın 3. Maddesinde sendika kurma hakkının önceden izin ya da onay koşuluna bağlanmadığı “önceden izin almaksızın kururlar” ifadeyle açıkça belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de sendika kuruculuğunda serbest kuruluş ilkesinin benimsendiği vurgulanmıştır.

Sendika Kurucularında Aranacak Nitelikler

Sendika kurucularında aranacak nitelikler yasanın 6. Maddesinde belirlenmiştir. Yasanın ILO tarafından yapılan eleştirileri bu konuda dik-

13 Toker Dereli, “Sendikacılık, Toplu Sözleşme, Grev-Lokavt”, Sendikacılık Akademisi Ders Notları 1, Türk İş ve İstanbul Aydın Üniversitesi Yayını, Ed.Ali İhsan Özeroğlu, Ankara, 2012, s. 286

kate olarak, kurucu olabilmek için aranan Türk vatandaşı olma, Türkçe okur-yazar olma koşullarının kaldırıldığını söylemek olanaklıdır. Bu düzenleme Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanan Avrupa Sosyal Şartının ve AB'nin emeğin serbest dolaşımı ilkesine uyum sağlayabilmenin bir gereğidir.

Yasa'nın 6. Maddesi TBMM genel kurulunda görüşülürken tasarı metninde bulunmayan "fiilen çalışan" ibaresi, iktidar partisi milletvekillerinin öneresiyle maddeye eklenmiştir.

Sendika, valiliğe dilekçesi ekinde tüzüğünü vermekle tüzel kişilik kazanacak, bu aşamadan sonra yasanın belirlemiş olduğu koşullarda eksiklik olsa dahi yargı kararı olmaksızın tüzel kişiliği sona erdirilemeyecektir.

Yasanın 7. Maddesinde, kurulmuş sendikanın yasaya aykırılık veya eksiklik nedeniyle idari bir işlemle kapatılması öngörülmemiş, kuruluş sonrası süreçte idari organın görevi, uyarı ve yargıya başvurma ile sınırlı tutulmuştur.

Sendikalaşmanın Düzeyi ve İşkolu Sendikacılığı

6356 Sayılı Yasa'daki sendika tanımı, işkolu düzeyinde faaliyet göstermeyi sendika olmanın koşulu saymıştır. Ayrıca, sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde bulunması zorunlu olan konuları sıralayan 8. Madde "sendikanın faaliyet göstereceği işkolunun" sendika tüzüklerinde gösterilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Yasanın 3. Maddesinde de açıkça sendikaların işkolu esasına göre çalışacakları hükmü yer almıştır. Üstelik madde gerekçesinde, işkolu esasına göre sendikalaşmanın Türkiye endüstri ilişkileri sisteminde benimsediği ve bir başka örgütlenme modelinin istenmediği izleniminin özellikle yaratılmaya çalışıldığı görülmektedir. Burada, "sendikaların ülkemiz endüstri ilişkileri sisteminin benimsediği ve uygulandığı biçimde işkolu esasına göre kurulacağı" ifadesi yer almaktadır. Gerekçedeki bu iddialı tespitten de anlaşılacağı gibi sendikalar ancak işkolu düzeyinde kurulabilecektir.

Yasanın İşkolu Sendikacılığında Israrı

Gerekçenin aksine, işkolu sendikacılığı sendikalar ve Türk endüstri ilişkileri sistemince benimsenmemiş, benimsetilmiştir. Unutulmamalıdır ki Türkiye'de sendikaların gelişimi sürekli olarak dışarıdan müdahale görmüştür. Bunun en belirgin olduğu dönem 12 Eylül darbesi ve sonrasıdır. Darbeyle, sendikaların kendi sorunlarına çözüm üretme şansı yok edilmiştir.

Bu müdahalelerin çoğunda “işçi örgütleri ya da sendikalar, bazıları cumhuriyet öncesi mirastan kalma, bazıları da bu dönemde daha da belirginleşen bir takım özellikleri barındırmaları ölçüsünde ‘makbul’ olup olmadıklarını belirleyen bir endüstri ilişkileri ideolojisi içinde”¹⁴ konumlandırılmıştır. 2821 ve 2822 sayılı Yasaların gerekçesinde sözü edilen güçlü sendika, tam da burada kast edilen “makbul” sendika kavramına denk düşmektedir. Makbul sendika kısaca, “devletin temel değerler manzumesini benimseyen” sendikalardır. Sınıf vurgusu düşük, mücadele alanı üyelerinin temel sorunları ile sınırlı, ulusal bütünlüğe tehdit olarak algılanan eylemleri gerçekleştirilmeyen, dar anlamda siyasete bulaşmayan ve milli ekonomiyi zarara uğratmayan stratejiler izleyen sendikalar “ideal sendika” sayılmaktadır. Bu tanıma uymayanların, ‘öteki’ oldukları için, bastırılması gereken sendikalar olduğunu söylemek mümkündür.”¹⁵

Yasa koyucunun işkolu sendikacılığında ısrar etmesinin altında yatan temel neden, bu yolla ve barajlar aracılığı ile sendikaları merkezileştirmek ve gerektiğinde daha rahat müdahale edebileceği bir sendikal örgütlenme yaratmaktır. Yasa Tasarısı, TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nda görüşülürken, TOBB temsilcisinin, işkolu barajının düşürülmesiyle “marjinal” sendikaların yetki alması ve iş barışının bozulmasından endişe ettiklerini söylemesi bu amacın dile getirilmesinden başka bir şey değildir. 1980-2012 yılları arasındaki otuz yılı aşan sendikal pratik de, bu amacı net olarak göstermektedir.

TOBB tarafından dile getirilen marjinal sendikaların yetki almasının önlenmesi için işkolu barajı konulması istemi, anayasaya aykırılık göze alınarak Yasa’nın geçici 6. Maddesinde düzenlenmiştir.

İşkolu Sendikacılığı ve Aşırı Merkezleşmiş Sendikalar

Örgütlenme düzeyleri ne olursa olsun sendikalar, iç işleyişlerinde demokratik olmak zorundadır. Demokratik işleyişin, sendikaya üye olma aşamasından sendika organlarının oluşturulmasına, bu organların işleyişine kadar her aşamada var olması gerekir. Sendikaların demokratik yapıya sahip olmaları sadece örgütsel bir biçim sorunu değildir. Demokratik yapı, sendika özgürlüğünün var olabilmesi için zorunlu olduğu gibi, kurum olarak sendikanın varlığını devam ettirmesi için de zorunludur. Sendika üyeleri açısından ise demokratik yapı, sendikaya üye olma amaçlarını gerçekleştirebilmelerinin temel güvencesidir.

¹⁴ Fuat Man, Türkiye’de Devlet, İdeoloji ve Sendika: 1980 Öncesi DİSK Örneği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 182, 183 “DİSK’in yargılandığı ‘İddianame’de de DİSK’in ulusal ekonomiyi tehdit eden bir örgüt olarak ele alındığı görülecektir. Dolayısıyla Türk endüstri ilişkileri ideolojisinin, ulusal birliğe desteğin yanında milli ekonomiye köstek olmayacak sendikal stratejiler izleyen örgütleri “makbul” kabul ettiğini söylemek mümkündür.”

¹⁵ A. e. s. 185, 186

Bu nedenle SÖK almış olduğu kararlarında sendika özgürlüğünün var olabilmesi için, “bütün işçiler mesleki ayrımcılık dâhil hiçbir ayırım olmaksızın kendi örgütlerini kurma ve bunlara üye olma hakkına sahiptir” demektedir. SÖK’e göre “sendika kurma ve sendikaya katılma hakkının serbestçe kullanımı, sendikaların yapısının ve bileşiminin özgürce belirlenmesini de içermektedir”

Sadece biçimsel anlamda demokratik yapının kurgulanması, demokratik işleyişin gerçekleşeceği anlamına da gelmemektedir. Aslında 1980-2012 döneminde sendikalarda yaşananlar, bir eğilim olarak belirtilen “sendika oligarşisi” endişesinin, eğilimin ötesine geçtiğini göstermiştir. Merkezleşen sendikalar, işçilerin aşağıdan yukarıya alternatif örgütlenmeler yaratma olanaklarının ortadan kalkmasıyla, oligarşik yapılanmalara dönüşmüştür. İşyeri sendikalarının yasaklanması yüzünden, bunlar aracılığıyla merkezi sendikal yapıların bir anlamda denetlenmesinin önu kapatılmıştır. Sendika şube örgütlenmeleri, bu denetimi sağlayacak ölçüde özerk olamadıklarından, merkezi güçle uzlaşmadan varlıklarını sürdüremez hale gelmişlerdir.

Sendika çokluğu ilkesi, sendika özgürlüğünün bir uzantısı ve işçilerin özgürce sendika seçme haklarının varlığını somutlayan temel ilkelerden birisidir. İşçilerin sendika seçme özgürlüğünün bulunduğunu söyleyip, sonra da onları tek bir sendikaya üye olmaya zorlayan bir sistem sadece sendika çokluğu ilkesine aykırı olmayacak, sendika özgürlüğünü de zedeleyecektir.

Dolayısıyla sorun, yasa koyucunun tek bir sendikal örgütlenme biçiminde ısrarcı olmasından kaynaklanmaktadır. İşkolu ve işyeri sendikacılığı aslında birbirini tamamlayan, birbirine bağlı iki örgütlenme düzeyidir. Bunlardan birisinin var edilip diğerinin yok edilmeye çalışılması sendikal yapıyı sakatlamaktadır. Sadece işyeri sendikalarına izin verilmesi sendikal hareketin dağınıklığını, dağılarak güçsüzleşmesini doğururken, sadece işkolu sendikacılığına izin verilmesi de oligarşik sendikal yapıları doğurmaktadır. İşçilerin kendi deneyimleri temelinde kendi örgütlülüklerini yaratmalarına karışılmadığında, işyeri düzeyinde başlayıp bölgesel federasyonlara, oradan konfederasyonlara ve işkolu sendikacılığına doğru evrimleşen, merkezleşirken demokratikleşmeden ödün vermeyen sendikal yapıların ortaya çıktığı, Türkiye’nin 1946-1980 pratiğinin de göstermiş olduğu bir gerçekliktir.

Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi

Türkiye’de Sendikaların son otuz yılı, sendikal kriz ve krizden çıkış yollarına ilişkin tartışmalarla geçmiştir. Yapılan bazı araştırmalar, işçilerin sendika üyesi olma isteğinin halen devam ettiğini, hatta sendikasız işçiler içerisinde bu isteğin % 83’oranlarında olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁶ Sendikaların buna rağmen üye kaybı yaşamalarında, değişime ayak uyduracak yeni politikalar üretmekte yetersiz kalmalarının önemli yer tuttuğu haklı olarak vurgulanmıştır.¹⁷

Sendikacılara göre ise asıl sebep güvencesizliktir. Güvencesizlik yanıtıyla öncelikle yasalardaki iş güvencesinin yetersizliği, daha sonra işten atılmalara karşı sendikaların grev, işi yavaşlatma gibi araçlara başvuramaması ve son olarak uzayan yetki tespiti sürecinin sonuçları kastedilmektedir.¹⁸ Kısacası, işçilerin bireysel sendika özgürlüğü etkin bir koruma altında değildir.

Her şeyden önce, bireysel sendika özgürlüğü için toplu eyleme kalkışmak her aşamada yasaklanmıştır. Bu yüzden örneğin yetki tespitinden sonra bir çok üyesi işten atılan bir sendikanın, işverenin bu tutumuna grev ya da işi yavaşlatmayla yanıt vermesi hukuken olanaklı değildir. Yine, Anayasa’nın gerekçesindeki ifadeyle hak grevinin “önü tıkanmıştır”¹⁹

Grev hakkının “menfaat grevi” adı altında dar bir alana sıkıştırılması, bireysel sendika özgürlüğü için yasal korumanın önemini arttırmıştır. Bu özgürlüğü korumanın tek yolu dava yolu olunca, Yargıtay kararları, güvence kavramının odağına oturmuştur.

6356 sayılı Yasa ve Sendikal Tazminat

6356 Sayılı Yasa tasarı halindeyken, bireysel sendika özgürlüğünün güvencesi konusunda sorunları ortadan kaldıracığına dair beklentileri doğurmuştu. Ancak bu beklentiler, komisyonlarda ve Meclis görüşmelerinde tasarıların değiştirilerek yasallaşmasıyla yok olmuştur. Böylece bireysel sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. madde, yeni sorunlara aday bir hüküm olarak, yürürlüğe girmiştir

16 Betül Urhan, Sendikal Örgütlenme Bunalımı ve Türkiye’deki Durum, İstanbul: Petrol İş Yayını, 97, 2005, s.285

17 Metin Kutal, “Türk Sendikacılığın Çevreleyen Olumsuz Koşullar, Özellikler ve Yeni Bir Yapılanma İhtiyacı, Çalışma ve Toplum 2005/2 Sayı 5, s.25, Sayım Yorgun, “Küreselleşme Sürecinde Türk Sendikacılığında Yeni Yönelişler ve Alternatif Öneriler”, Çalışma ve Toplum Sayı 6, s.149

18 “Sendikal Örgütlenme: Engeller ve Deneyimler”, Tes-İş Dergisi, Mart 2004, s.20-67

19 Anayasa’nın 54. maddesinin gerekçesinde. “Grev ve Lokavt hakları sadece toplu sözleşme yapılırken uyuşmazlık çıkması halinde tanınmış; başka deyişle, hak grevi yolu tıkanmıştır. Mahkemelere saygı ve çalışma barışı ilkeleri Hak grevinin yasaklanmasına amil olmuştur. Bir toplu iş sözleşmesi döneminde mutlak iş barışı esası kabul edilmiştir” denilmiştir.

İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler ve Fesih Dışındaki Sendikal Ayrımcılığa İlişkin Düzenlemeler

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi yasının 25. Maddesinin ilk üç fıkrasında sendikal nedenlerle yapılan ayrımcılıkları sıralanmıştır. Yasa, saydığı bu ayrımcılıkların tümünü işveren tarafından yapılamayacak eylemler olarak nitelendirmiştir. 25. Maddenin ilk üç fıkrasına göre,

“İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tâbi tutulamaz.

Maddenin açık anlatımından, işverenlere sendikal nedenlerle getirilen ayrımcılık yasağının işe alma aşamasından feshe kadar uzanan tüm işveren etkinliklerinde yasaklanmış olduğu sonucu çıkmaktadır.

Maddenin gerekçesi de bu saptamayı doğrulamaktadır. Gerekçeye göre; “maddede sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenmiştir. Bireysel sendika özgürlüğü bu Kanun'un kapsamına giren bütün çalışanları kapsayacak şekilde güvence altına alınmıştır. Bu özgürlüğün işe girişte, çalışma koşulları ve çalışmaya son verilmesi hallerinde sendikal nedenle herhangi bir ayırım yapılması karşısında korunması gerekmektedir. Bu amaçla işe almada herhangi bir sendikaya üye olma ve olmama şartının getirilemeyeceği öngörülmüş ve toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularının düzenlendiği hükümler dışında işçiler arasında ayırım yapılması yasaklanmıştır”²⁰

Yasanın hükümet tarafından hazırlanan tasarı halinde, 2821 sayılı yasanın 31. Maddesinde yer alan 4857 sayılı yasanın 18. Maddesine yapılan atıf kaldırılmıştı. Tasarı sadece 4857 sayılı yasanın iş sözleşmesinin sona ermesi halinde izlenecek hukuki süreci belirleyen “Fesih bildirimine itiraz

20 6356 sayılı yasa, 25. Madde Gerekçesi, a. g. r. s. 8

ve usulü” başlıklı 20. Maddesi ile geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı 21. maddesine atıf yapmıştır.²¹

Tasarıda kabul edilen bu değişiklik işveren çevrelerinde tedirginlik yaratmıştır. Teklif “**Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonunda**” görüşülürken, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) bu değişikliğe itiraz etmiştir. TİSK’e göre; tasarı bu haliyle sendikal tazminatın otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde, altı aydan fazla kıdemi olan işçilere de uygulanmasının önünü açmaktadır. TİSK bu durumun KOBİ’lere (Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme) zarar vereceği iddiasına dayandığı kaygısını dile getirmiştir. Hükümet temsilcisi ise KOBİ’lerde çalışanların bu haktan yoksun bırakılmayacağını savunmuştur.²²

Hükümet tasarısı, alt komisyona geldiğinde konu tekrar tartışılmıştır. Alt komisyon oldukça yerinde bir gerekçeyle maddeye açıklık getirerek, beşinci fıkranın ilk cümlesine “İş Kanun'unun” ifadesinden sonra gelmek üzere “18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” ifadesinin eklenmesini kabul etmiştir. Alt komisyona göre, “bir taraftan çalışanlar arasında sendikal örgütlenmenin artırılması amaçlanırken diğer taraftan 4857 sayılı Kanun çerçevesinde tanınan sendikal tazminat davası açma hakkının otuz işçi ve asgari altı ay çalışma şartı ile sınırlandırılması” yanlıştır.²³

Ne var ki yasa mecliste görüşülürken komisyon raporlarında söylenenler ve hükümet temsilcisinin işveren temsilcilerine karşı yapmış olduğu itirazlar unutulmuştur.

Yasanın Mecliste görüşülmesi sırasında iktidar partisine mensup bir grup milletvekili, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının 25. maddesinin

21 Hükümet Teklifi, Madde metni “Sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanun'un 20 nci ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir”, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları, TBMM Tutanak Dergisi, 1/567, s. 111

22 “Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, 22/2/2012, Esas No: 1/567 Karar No: 8”, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları, TBMM Tutanak Dergisi, 1/567, s. 28

23 Alt Komisyon Raporu, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları, TBMM Tutanak Dergisi, 1/567, s. 42

dördüncü fıkrasındaki 'İşveren'in' ifadesinden sonra gelmek üzere 'fesih dışında' ifadesinin eklenmesini teklif eden bir önerge vermiştir..²⁴

Önergenin gerekçesinde de fesih halinde sendikal tazminatın sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler için öngörülmüş olduğu vurgulanmıştır. Değişiklik gerekçesine göre, "maddenin beşinci maddesinin ilk cümlesinde yapılan değişiklik ile iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alması düzenlenmiştir"²⁵

Önerge konusunda komisyon, tutanaklarda yer alan yukarıda belirtmiş olduğumuz kendi görüşlerini yok sayarak takdire bırakmıştır. Değişiklik önerisine önce katılmadığını belirten Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, daha sonra önergeye sehven katılmadıklarını, söz konusu önergenin katıldıkları bir önerge olduğunu ifade ederek,²⁶ gerekçelerini açıklamıştır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının Mecliste yapmış olduğu konuşmadan çıkarttığımız sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz.

- a. Yapılan değişiklik işverenlerin istemlerini yerine getirme amacına dönüktür.
- b. Yasa sosyal taraflar arasında görüşülürken dört konuda uyuşmazlık çıkmış, bu dört konunun üçü sendikaların istediği gibi düzenlenmiş, sadece iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere yönelik işveren talebi kabul edilmiştir.
- c. İşverenler, işçilerin açmış oldukları davaların ağırlıklı olarak işçiler lehine sonuçlandığını, sendikal tazminat davalarının da böyle olacağını ileri sürmüşlerdir. Sendikal tazminata ilişkin değişiklik gerekçesini de bu endişeye dayandırmışlardır. Otuz ve daha az işçi

24 AKP Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Isparta Milletvekili Recep Özel İstanbul Milletvekilleri Ahmet Berat Çonkar, Bülent Turan, Osman Aşkın Bak, Muhammet Bilal Macit, Kırıkkale Milletvekili Ramazan Can ve Çanakkale Milletvekili İsmail Kaşdemir'in önergesi, TBMM Tutanak Dergisi 7'inci Birleşim, 8. Oturum 11.10.2012 <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/tutanak3.htm> E. Tarihi 06.11.2012

25 a. g. t

26 Faruk Çelik, TBMM Tutanak Dergisi 7'inci Birleşim, 8. Oturum 11.10.2012 <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/tutanak3.htm> E. Tarihi 06.11.2012, "Sayın Başkan, değerli milletvekili arkadaşlarım; yani yasama görevi yapıyoruz. Gerçekten Bakanlık olarak bulunduğumuz noktada yoğun bir meşguliyet oluyor. Bir taraftan hatibi dinleyeceksiniz bir taraftan buradaki taleplere de cevap vermek durumundayız, tabii ki hangi gruptan gelirse gelsin.(...) Şimdi burada, doğrusu bu önerge ile önümüzdeki önergede sehven bir karışıklık oldu. Bu katıldığımız bir önerge, onu ifade edeyim. Ben bunu bir kere düzeltmek durumundayım. Bu bir, katıldığımız bir önerge."

çalıştıran işyerlerinin iş güvencesinin de kapsamı dışına çıkartılmış olduğuna vurgu yapmışlardır.

- d. Sendikalar bu değişikliği, Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendikalaşma hakkının bir ihlali olarak nitelendirmişlerdir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeye karşı çıkmışlardır. Ancak hükümet, Yasanın bir uzlaşma ürünü olduğunu iddia etmiştir. Nasıl sendikaların talepleri karşılık bulduysa, işverenin de talepleri karşılmalıydı. İşverenler böyle bir düzenlemeyi talep etmişlerdi. Böylece madde, işveren istemleri doğrultusunda değiştirilmiş, iş güvencesinin kapsamında olmayan işçiler, sendikal tazminat korumasının dışında bırakılmışlardır.²⁷

Değişiklik önergesinin kabulü ile, sendikal nedenlerle feshi yasaklayan ancak iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından bu yasağın ihlal edilmesi durumunda işverene her hangi bir yaptırım öngörmeyen, eşine az rastlanır bir hüküm doğmuştur. 25. Maddenin dördüncü fıkrasına göre,

“İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.”

Konu maddenin devamındaki hükümlerle netlik kazanmaktadır. Yasa fesih konusunda bir ayırım yapmış, 4857 sayılı yasaya göre iş güvencesi

27 Faruk Çelik, TBMM Tutanak Dergisi 7'inci Birleşim, 8. Oturum 11.10.2012 <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/tutanak3.htm> E. Tarihi 06.11.2012 “Sosyal taraflarla en çok zorlandığımız bir maddedir 25'inci maddedeki tartışma ama netice itibarıyla bizim bu konuda, işçi sendikalarının talepleri beş altı madde belki de, yerine getirildi, önümüzdeki maddede de bunu göreceksiniz, çok önemli düzenlemeleri gerçekleştirirken işveren sendikalarının bu konuda bir talebi oldu ve bu talep de gayet açık, şunu söylüyorlar: Otuz işçinin altında işçi çalıştıran işletmelerde, sendikal güvence, yani sendikal olduğundan dolayı işine son verilirse burada bir tazminat söz konusu olmasında işverenlerin bir talebi oldu. Biz, bunu, görüştüğümüz sosyal taraflarla, bir araya geldiğimiz sosyal taraflara açıkça ifade ettik, “İşverenlerin talebidir” dedik, ama bunun yanında da dört beş konuğun, işçilerin talebi konusunda işverene adım atmasını sağladık ve böyle bir mutabakat ortaya çıktı. Şimdi, bunu, bakınız, birey olarak, sendikalara sorduğunuz zaman, işçi sendikalarının katılmadığını, açıkça, ifade ediyorlar, ama yasanın çıkması açısından, işçi işveren arasında bir diyalog neticesinde (...) İşverenlerimizin söylediği şu: Deniyor ki o otuz işçinin altında işyerlerinde, sendikal tazminatla ilgili bazı yasal süreçlerde sıkıntı yaşadıklarını söylediler. İşçiler, sendika amaçlı...30 işçinin altındaki işyerlerinde sendikal durumdan dolayı atıldığını ifade eden işçinin durumu yargıya gittiği zaman, büyük ölçüde kararların işçi lehine çıktığını, oysa sendikal olduğu için atılmadığını ifade ediyorlar. İşçiler de diyor ki: “Anayasa'nın 51'inci maddesine göre, bu örgütlenme hakkının elimizden alındığını sendikalar ifade ediyorlar.” Bizim yaptığımız burada, Bakanlık olarak, Hükümet olarak, yasanın çıkması adına... İşverenlerin bir talebi ama buna karşı işçi sendikalarının 4/B talebini buluşturma gayreti içerisinde olduk.

kapsamında olup olmamaya göre farklı sonuçlar belirlemiştir. 25. Maddeye göre sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçiler 4857 sayılı yasanın 18. Maddesinde belirtilen iş güvencesinin kapsamında değillerse, sendikal tazminattan bu yasaya göre yararlanamayacaklardır.

Bakan değişiklik gerekçesini söylentilere dayandırmış, işverenlerin bazı maddelere itiraz etmemeleri karşılığında bir grup işçinin temel haklarının yok edilmesine razı olduklarını söyleyebilmiştir. İşverenlerin “30 işçinin altındaki işyerlerinde sendikal durumdan dolayı atıldığını ifade eden işçinin durumu yargıya gittiği zaman, büyük ölçüde kararların işçi lehine çıktığını” söylemeleri dayanaksız, söylenti düzeyinde iddialardır.

Sosyal haklar konusunda Anayasa ile olumlu edim yüklenmiş olan yasa koyucu, yapmış olduğu bu düzenleme ile açıkça edimini yerine getirmekten kaçınmıştır. Sendikal nedenlerle ayrımcılık yapılmasının nedeni, sendika hakkının kullanılmasını engellemekse, işverenin bunu gerçekleştirmek için seçeceği yol kuşkusuz yaptırımı olan davranışlardan kaçınıp, yaptırımı olmayan fesih yoluna başvurmak olacaktır. Örneğin, sendika üyesi olan işçilerle olmayan işçiler arasında ücretler konusunda ayrımcılık yapıp, bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminatı göze almak istemeyen işverenler, sendika üyesi olan işçileri işten çıkartarak hem sendikasıyla mücadele amaçlarına ulaşacaklar hem de yaptırımla karşılaşmaktan kurtulacaklardır.

Yasa koyucu temel insan hakkı niteliğinde olan hakların güvence altına alınmasını sosyal tarafların uzlaşmasına ve olurlarına bırakamaz. Yasa koyucunun görevi sendika hakkına işverenlerin izin verdiği ölçüde güvence getirmek değildir. Aksine yasa koyucunun görevi sendika hakkına işverenlere rağmen güvence getirmektir. Sendika hakkını içselleştiremeyen işverenlerin, bu hakka saygı duymalarını sağlayacak şekilde koruma ve yaptırım mekanizmaları geliştirmeye olanak verecek düzenlemeleri yapmaktır. Bu yükümlülük hukuki dayanağını Anayasa'nın 2, 5, 51,90, maddelerinden, ILO'nun 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinden, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (ESK-HUS) 2/1. Maddesinden almaktadır.

Sendika hakkı hem Anayasa da hem de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi yasasının da ayırım yapılmaksızın tüm işçiler için tanınmış bir haktır. 25. Maddenin ilk üç fıkrasında yine ayırım yapılmaksızın tüm işçiler açısından sendikal nedenlerle fesih yasaklanmıştır. İş güvencesi kapsamında olsun olmasın sendika üyesi olan işçiler, anayasal ve yasal sendika hakkını kullanana işçilerdir. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olan işçi ile iş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin hukuki sta-

tüleri arasında hiçbir fark yoktur. Yasa, hukuki statüleri aynı olan işçiler arasında söylentilere, öznel işveren istemlerine, daha doğrusu işverenlerin sınıfsal çıkarlarına öncelik tanıyarak eşitsizlik yaratmaktadır.

İşverenlerin iş güvencesi kapsamında olmayan işyerlerinde sendikal örgütlenmenin korumasız kalmasından yarar sağlamaları, kendileri açısından istenilen bir durum olabilir. Hatta bu işyerleri örgütsüz bırakılarak sendikasılaşmanın getirdiği denetimsizlikle baskılanmış işçilik üzerinden rekabet üstünlüğü de sağlamak isteyebilirler. İşverenlerin bu istemleri siyasal iktidarın tercihleriyle de örtüşebilir. Ne var ki tüm bu olgular, yapılan düzenlemeyi hukuken savunulabilir kılmaya yetmez. Bu madde, ileri sürülen gerekçelerle evrensel hukuk kurallarına, anayasaya, hukuk ilmine aykırı bir hüküm olmaktan kurtulamaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1996/9 E, 1996/21 K. 20.06.1996 tarihli kararında 3320 Sayılı Yasada getirilen 10 ve 10'dan fazla işçi ibaresinin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesini ise, aynı hukuksal durumda bulunan işçiler arasında ayırım yaratılmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olacağına ilişkin görüş oluşturmuştur²⁸.

Yasa'nın İşe İade Davasından Bağımsız Olarak Sendikal Tazminatı Öngören Düzenlemesi

Yasanın tasarısı halindeyken komisyon görüşmelerinde değiştirilen hükümlerinden birisi, sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilere hem işe iade davası açıp işe iade tazminatı hem de sendikal tazminat talepli dava açma olanağı veren düzenlemedir. Alt komisyon "sendikal örgütlenmenin artırılması" amacına vurgu yaparak, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle sona erdirilen tüm işçileri İş Yasasındaki iş güvencesi hükümleri kapsamına almış ve sendikal tazminatı öngörmüştür. Ancak kendi belirlediği amaçla çelişen bir düzenleme daha yapmıştır. Alt komisyona göre tasarıda, sendikal nedenlerle işten atılan işçilerin hem işe iade davası açıp işe iade tazminatı almaları, hem de işe iade tazminatından bağımsız sendikal tazminat davası açmaları halinde, iki tazminatı birden almaları engellenmelidir. Alt komisyon tasarının 25. maddesindeki temi-

28 Anayasa Mahkemesi 1996/9 E, 1996/21 K. 20.06.1996 T. sayılı kararı <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0> E.T. 14.11.2012" 10 işçiden az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler konut edindirme yardımından ancak işveren isterse yararlandırılacaklardır. 10 ve 10'dan fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilere konut edindirme yardımı sağlanmasına karşın, bu sayının altında işçi çalıştıran işyerlerindeki işçileri Yasa'nın getirdiği olanaktan yoksun bırakmak ya da işverenin isteğine bağlı tutmak, aynı hukuksal durumda bulunan işçiler arasında ayırım yaratılmasına neden olur. Aynı durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulması Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu kuralların iptali gerekir"

natların genişletilmesini ve çifte tazminat öngörülmesini, sendikali ve sendikasıız işçiler bakımından ayrımcılık yaratacağı, işverenin işe başlatma ya da başlatmamaya ilişkin tercih imkânını elinden alacağı için sakıncalı bulmuştur. Bu nedenle de “İş Kanunu’nun 21 inci maddesindeki tazminatların ayrıca ödenmeyeceğine dair bir hükmün maddeye eklenmesi gerektiği” sonucuna ulaşmıştır.²⁹

Tasarı, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından ele alındığında alt komisyonun görüşleri benimsenmiş, 25. madde alt komisyonun görüşleri doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. Böylece, sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin tamamı iş güvencesi kapsamına alınırken, bu işçilerin işe iade tazminatı ile sendikal tazminatı aynı anda almaları engellenmiştir. Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun kabul ettiği haliyle tasarının 25. maddesinin sendikal tazminata ilişkin beşinci fıkrası aşağıdaki hale gelmiştir:

“Sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanun’un 18’inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın, 20 ve 21 ’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun’un 21 ’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanun’un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.”³⁰

Ancak madde bu şekliyle yasalaşamamıştır. Meclis görüşmeleri sırasında verilen önerge ile “4857 sayılı Kanun’un 18’inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” ibaresi beşinci fıkra metninden çıkartılmıştır. Önerge ile beşinci fıkranın ilk cümlesi “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 Sayılı Kanun’un 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir” şeklinde değiştirilmiştir.³¹

Yapılan değişiklikler sonucu 25. Maddenin beşinci fıkrası şu şekilde yasalaşmıştır.

29 a. g. r. s. 36

30 a. g. r. s. 137

31 TBMM Tutanak Dergisi 7’inci Birleşim, 8. Oturum 11.10.2012 <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/tutanak3.htm> E. Tarihi 06.11.2012

“Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanun’un 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanun’un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.”

Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nun kabul ettiği haliyle 25. maddenin sendikal tazminata ilişkin beşinci fıkrası yasalaşmış olsa idi; sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilmiş olan tüm işçiler, iş güvencesi kapsamına alınmış oldukları için işe iade davası açabileceklerdi. Bu davada işe iade tazminatı bir yıllık ücretlerinden az olmayacak şekilde belirlenecekti. Mecliste kabul edilen değişiklikle bu olanak ortadan kalkmıştır. Böylece yasadaki mevcut düzenlemeye göre sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler, sendikal nedenlerle işe iade davası açabileceklerdir. Bu davada işçiler için öngörülen işe iade tazminatı bir yıllık ücretten az olamayacak, işe iade tazminatı işçinin işyerine iade edilmesi için başvurup başvurmamasına bağlı olmaksızın ödenecektir.

Yine Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun kabul ettiği haliyle 25. maddenin sendikal tazminata ilişkin beşinci fıkrası yasalaşmış olsa idi; işçi işe iade ve sendikal tazminat davalarını birlikte açabilecek ya da hiç işe iade davası açmadan sendikal tazminat davası açabilecekti. İşçinin feshin geçersizliğinin tespiti için işe iade davası açması, ayrıca sendikal tazminat davası açmasına engel olmayacaktı. Ancak bu durumda 4857 sayılı Yasanın 21. maddesinde öngörülen işe iade tazminatına hükmedilmeyecek, işçi sadece tek bir sendikal tazminat alabilecekti.

Mecliste yapılan düzenleme ile tüm bu olanaklar ortadan kaldırılmış, iş güvencesi kapsamında olan işçilerle sınırlı olarak fesih halinde sendikal tazminat kabul edilmiştir. Bu kapsamdaki işçiler, işe iade davası açabilecek, feshin geçersizliğini ve feshin gerçek nedeninin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyet olduğunu ileri sürüp işe iade tazminatının bir yıllık ücretten az olmayacak şekilde belirlenmesini talep edebileceklerdir. İşe iade davası açmayan işçiler sadece sendikal tazminat talepli dava açabileceklerdir.

Sendikal Tazminatta Kanıt Yükümlülüğü

Sendikal nedenlerle işten çıkartılan işçi, feshin gerçek nedeninin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bu durumun, özellikle de Yargıtay'ın, sendikal neden için “ somut delillerle”, “kesin ve net olarak belirlenmeli”, aynı zamanda işten atılan tanık beyanlarına itibar edilemez”, “soyut tanık anlatımlarıyla yetinilemez” vb. kesin kanıtlar aramasının, sendikal tazminat davalarının önemli bir kesiminin çıkmaza girmesine neden olduğunu yukarıda belirtmeye çalışmıştık.

Bize göre, işçi sendikal nedeni ancak emarelerle, karinelerle belirginleştirebilir. Bu nedenle sendikal tazminatta işçinin kanıt yükü, sendikal nedeni belirginleştiren fiili karineleri ortaya koymasıyla sınırlandırılmalıdır.³²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 07.10.2009 tarihli kararında işverenlerin sendikal nedenlerle işçi çıkartmaları durumunda, bu çıkartmayı yasal veya haklı nedenlerle perdelediklerini vurgulamıştır. HGK'ya göre “uygulamada sıkça rastlanan sorun, işverenlerin hizmet akdini sendikal nedenle sona erdirmelerine rağmen, yasal sorumluluktan kurtulmak için feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığını ileri sürmeleri, işçilerce akdin gerçek fesih nedeninin sendikal nedene dayalı olduğunun iddia edilmesinden kaynaklanmaktadır. Sendikal nedenle fesih iddiası, işçi yönünden işverenin kötü niyetli olduğu iddiası olup, işverenin akdi gerçekte sendikal nedenle feshettiğinin ispatı gerekmektedir.” HGK aynı kararında feshin sendikal nedene dayandığını kanıtlamanın zorluğuna da dikkat çekmiştir. HGK'ya göre, “Maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığını ispat güçlüğü ortadadır. İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi) ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine) ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelerdir”.³³

32 Bkz. Murat Özveri, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, Legal İş HSGHD, 2005, Sayı.8, ss. 1521-1545

33 Yar. HGK. E. 2009/9-373, K 2009/417, T, 07.10.2009 “Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafın işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hâkimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hâkimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını arttırıyorsa sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyumsuzluk işçi lehine çözümlenmelidir”

6356 sayılı Yasanın 25. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında, kanıt yükümlüğü iki aşamalı olarak düzenlemiştir. Yapılan düzenlemeye göre “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür”(md.25/6)

Dolayısıyla Yasa öncelikle genel ispat kuralını tekrarlamış, işverene fesih nedenini işçiye de feshin sendikal nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü getirmiştir.

Ancak Maddenin 7. fıkrasında işçi açısından kanıt yükümlülüğü bir nebze olsun yumuşatılmıştır. Söz konusu fıkra göre, “Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur”(md.25/7).

Maddenin gerekçesinde konu, “işverene feshin sendikal nedene dayanmadığını değil, fesih işleminin nedenini ispat yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur” denilerek açıklanmıştır. Yine gerekçeye göre, “fesih dışındaki sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ispat yükümlülüğü bunu iddia eden işçiye aittir. Ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu hallerde bu yükümlülük yer değiştirerek işverene yüklenmiştir. Bu durumda işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.”³⁴

Yasanın tasarısı aşamasındayken güvenceler konusunda öngörmüş olduğu sistem, 31. maddenin 4773 sayılı Yasa'yla değiştirilmesinden sonra yürürlükte olan sisteme kıyasla çok daha ilerideydi.

Ancak tasarının bu haliyle bile, sendikal faaliyet ve sendika üyeliğinin gerçek anlamda güvenceye kavuşturduğu ve bunun için gereken düzenlemeleri içerdiği söylenemez. Tasarının olumlu görünmesinin asıl nedeni, mevcut düzenlemenin sendikal faaliyete güvence getirmenin çok gerisinde olmasından kaynaklanmaktaydı. Ancak yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, Yasa Mecliste görüşülürken geçirmiş olduğu değişikliklerle tasarıdaki düzenlemelerden uzaklaşmış, getirmiş olduğu güvenceler budanmış, üstelik sendikal tazminat fesih halinde sadece iş güvencesi kapsamında olan iş-

34 a.g.r.s.13 ayrıca gerekçeye göre, “Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir “geçerli neden” ya da “haklı neden” olması koşulu aranmamıştır. Fesih nedeninin işverenin gösterdiği nedene dayanmayıp sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde ispat yükü yer değiştirmiştir.”

çilere tanınarak çok önemli bir işçi kesimi, sırf işverenler talep ettiği için, güvence kapsamı dışına çıkartılmıştır.

Komisyonlardaki ve meclisteki tartışmalar dikkate alındığında, yasa koyucunun halen sendikal faaliyetin güvencesini tazminat kurumunda gördüğü anlaşılmaktadır. Bu tazminatların tutarını arttırma konusunda adım atmaktan ise adeta ürkmektedir.

Oysa, tek başına 2007 yılında yaşanan Yörsan olayı bile, tazminat tutarını arttırmakla sendika üyeliğine ve sendikal faaliyete yeterince güvence getirilemeyeceğini gösterir. Bu işyerinde kayıtlı çalışan³⁵ 384 işçinin 226 sının Tek Gıda İş Sendikasına üye olması ve sendikanın yetki için Çalışma Bakanlığına başvurmasıyla, artık kanıksadığımız klasik süreç işlemiş, işveren sendika üyesi işçileri işten çıkartmış, toplu iş sözleşmesi yetki sürecini engellemiştir. Sonuçta işçiler açılan davaları kazanmışlar ve belki de ilk kez sendikal tazminat 12 aylık ücretleri aşan tutarlarda belirlenmiştir. Yargıtay tarafından da onanan kararında yerel mahkeme işçilerin kıdemlerine göre sendikal tazminat tutarı tespit etmiştir. Böylece işveren sendikal nedenlerle işten atmış olduğu işçilerden kıdemi 1-5 yıl olanlara 4+14 aylık, kıdemi 5-10 yıl arası olanlara 4+16 aylık, kıdemi 10-15 yıl olanlara 4+18 aylık, kıdemi 15 yıldan fazla olanlara 4+20 aylık ücretleri tutarında işe iade tazminatı ödemiştir. Ayrıca işveren işçilerin kıdemlerine göre değişen kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemek zorunda kalmıştır.³⁶ Tazminatları ödemeyi göze alan birçok işveren gibi bu işveren de tazminat karşılığında işyerini sendikasızlaştırmayı başarmıştır.

“Benzer biçimde Birleşik Metal-İş Sendikası'nın örgütlediği Sinter Metal Fabrikası'nda işveren sendikaya üye olan 350'den fazla işçiyi işten atmış, işçiler için “sendikal nedenle fesih” iddiası ile açılan işe iade davaları, işçiler lehine kesinleşmiş, ancak işveren toplamda işçilere 3 milyon TL ödeyerek bu işçileri işbaşı yaptırmak yerine tazminat ödeme yoluna gitmiştir.”³⁷

Buna benzer birçok olay, sendikal örgütlenmenin güvencesinin tek başına tazminat olamayacağını göstermektedir. Etkin bir koruma sisteminin var olabilmesi için; “doğrudan işlemin geçersizliği(ni)”³⁸ kabul etmek, bu geçersizliği işverenin işçileri işe başlatana kadar ücret ve tüm sosyal

35 Örgütlenme aşamasında çok sayıda kayıtsız çalışan işçinin bulunduğu da tespit edilmişti.

36 Sendika. Org. “Sendikaya üye oldukları için işten atılan Yörsan işçilerinin 5 Aralık 2007'den beri sürdürdüğü direniş ve hak arama mücadelesi kazanımla sonuçlandı” http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=20738 Erşim T. 25.08.2012

37 Sosyal-İş Sendikası, Türkiye'de Sendikal Örgütlenme: Mevcut Yasalar, İhtiyaçlar Ve Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, 2012, s.5

38 Ekonomi, a. g. e. s. 200

haklarını ödeme yükümlülüğü getirerek yaptırım uygulamak, işverenin sendika karşıtı uygulamalarına maruz kalan sendikayı yetkili saymak ve toplu eylem hakkını tanımak gerekmektedir.

6356 SAYILI YASA VE TOPLU İŞ SÖZLEMESİ HAKKI

6356 Sayılı Yasanın toplu iş sözleşmesi hakkına ilişkin tüm hükümlerinin değerlendirilmesi yapmak bu yazının kapsamını aşar. Bu nedenle özellikle toplu sözleşme hakkının tarihsel gelişim içerisinde ortaya çıkan temel unsurlarına işaret edilerek, yasanın bu unsurlar açısından değerlendirilmesine dikkate çekilmeye çalışılmış, yine yasanın en belirgin ve öze ilişkin hükümlerine ilişkin görüşlerimiz dile getirilmeye gayret edilmiştir.

Toplu İş Sözleşmesi Hakkı

Dünyada sanayi devrimi sonrası kurulan yeni sistemin iki temel di-reğinden birincisi özel mülkiyetin dokunulmazlığı, ikincisini ise ticaret özgürlüğüdür. Bu ikisinin var olabilmesi için gerekli olan hukuk kurumu ya da bu ikisinin hukuki alandaki karşılığını ise sözleşme özgürlüğü oluşturmuştur. Sözleşme özgürlüğü yeni bir hukuk sistemini var eden, eskiden kopuşu simgeleyen çok önemli hukuki kavramlardan birisidir. Önemlidir, çünkü taraf iradelerinin bir hukuki sonuç doğurma konusunda uzlaşmalarını bir hukuk kaynağı olarak kabul etmiş, taraflara kendi aralarında Yasa'nın çizdiği çerçevede hukuk yaratma yetkisi tanımıştır.

Yine sanayi devrimi ile hakim ilişki biçimine dönüşen işgücünü satan özgür bireyle bu işgücünü satın alan sermaye sahibi arasındaki ilişkinin, klasik sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ele alınmasının pratik sonucu ise işçiler açısından kelimenin tam anlamıyla sefalet koşullarında yaşamak olmuştur. Bu sefalet koşulları bir süre sonra eski düzenden daha özgürlükçü bir düzene geçişin simgelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğünün "özgürlük" olup olmadığını tartışılmasını da beraberinde getirmiştir. Dün eski sisteme karşı sözleşme özgürlüğünü savunanlar, yeni sistemin yarattığı fiili eşitsizliklere karşı çıkanlara karşı konumlanmışlar, bu çatışma haklar alanında sosyal haklar, sözleşme hukuku alanında ise toplu iş sözleşmesinin kabulü ile sonuçlanmış, toplu iş sözleşmesi hakkı, sosyal haklar içerisinde yerini almıştır. Dolayısıyla sanayi devriminin ortaya çıkardığı sosyal sorunlara, hukuki eşitliğin fiili eşitliği sağlayamamasına karşı bir tepkiyle ortaya çıkan sosyal haklar, sınıf mücadelesi sonrası varılan bir uzlaşmanın ifadesi olarak yasaların konusu olmuştur. Klasik haklardan farklı olarak var olmaları için yeni bir düzenin kurulmasına gerek kalmamış, statükoyu korumak isteyen egemen sınıflar bu korumayı sağlamak için sosyal hakları tanıyarak uzlaşma yolunu seçmişlerdir.

Toplu iş sözleşmesi hakkı da “sosyal haklar” içerisinde, bu hakların oluşturduğu bütünün bir parçası olarak şekillenmiş, önem kazanmış ve bu haklarla ilişkisi onu tanımlayan özelliklerden biri haline gelmiştir. Bu nedenlerle toplu iş sözleşmesi hakkı, işçilerin ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını geliştirebilmek amacıyla objektif hukuk kuralları koyarak çalışma yaşamını belirleyebilmeleri hakkı olarak tanımlanmış ve toplu iş sözleşmesi hakkının “işçilere tanınan mutlak bir sosyal hak” olduğu vurgulanmıştır.

Doğal olarak bir şeyin hukuk sistemi tarafından hak olarak tanımlanması çok önemli olmasına karşın yeterli değildir. Hak kavramının içerdiği yetki ve talep unsurları üzerinden o hakkı işlevli kılacak güvencelerinde var edilmesi gerekmektedir. Sahibine bir şeyi yapabilme yeteneği tanımayan, o hak çerçevesinde bir şey yapıp yapmamayı kişinin özgür iradesine bırakmayan, kısaca yetki unsuru bulunmayan bir şeye hak denilemeyecektir. Hakkın varlığı için sadece yetki unsurunun varlığı da yeterli değildir. Hakkın bir de talep unsuru bulunmalı, bu unsur hak sahibine hakkı çerçevesinde bir şey yapılmasını (olumlu edim) ya da bir şey yapılmamasını isteme (olumsuz edim) yetkisi de vermelidir. Son olarak, hak başkalarına karşı korunabilir olmalı, hakkın sahibi başkalarının da hakkına saygı duyulmasını isteyebilmelidir. Hakka saygı duyulması zorunluluğu, hakkın konusundan yararlanma yetkisinin bir ilişkiye bağlı olarak tanınmasını istemek, ona saygı gösterilmesini meşru olarak beklemek demektir. Hak sahibi hakkını tanımayan ya da ihlal edenlere karşı, hakkına saygı gösterilmesini hukuki yaptırım yoluyla sağlayabilir.

Tüm bu unsurlar yasal bağlamda toplu sözleşme hakkının var olup olmadığının, sadece biçimsel olarak tanınıp tanınmadığının, gerçek anlamda işlevli olup olmadığının belirlenmesinde nirengi noktalarını oluşturmaktadır.

6356 Sayılı Yasa Toplu İş Sözleşmesi Hakkını İşlevli Kılmaktan Uzaktır.

6356 Sayılı Yasa Toplu iş sözleşmesi hakkını tanımış, tanımlamış, ancak bu hakkı işkolu barajını ve işyeri işletme barajını aşan sendikalarla sınırlamıştır.

Üstelik bu barajları aşan sendikaların tespitini siyasi bir organ olan bakanlığa bırakmış, eskiden olduğu gibi toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip sendikayı yine bakanlığın belirlediği bir sistemi kabul etmiştir.

6356 Sayılı Yasa Sendikalara işkolu düzeyinde örgütlenme zorunluluğu getirmiş ama toplu pazarlık birimini işyeri/işletme olarak yerel düzeyde

bırakmıştır. İşkolu düzeyinde örgütlenen sendikaların işkolu düzeyinde gerektiğinde grev yapma hakları yasal olarak güvence altına alınmamıştır.

Yasa eskiden olduğu gibi toplu pazarlığı ayrıntılı olarak düzenlemiş, kimin, nasıl, kaç gün pazarlık yapacağını belirtmiş, sosyal taraflara toplu sözleşme özerkliği çerçevesinde toplu pazarlık birimini belirleme yetkisi dahi tanımamıştır.

Toplu pazarlı bu kadar ayrıntılı düzenleyen 6356 Sayılı Yasa grev hakkını kerhen tanımaya devam etmiştir. Yasanın greve yaklaşımı grev olsun ama etkili olmasın diye özetlenebilir.

6356 Sayılı Yasa 2822 sayılı yasa döneminden gelen grev hakkının bulunmadığı koşullarda yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinin taraflarca değiştirilebilmesi olanağını sürdürmüştür. Böylece grev yapma baskısıyla toplu sözleşme imzalanmasından çok kısa bir süre sonra bu kez işverenin .yüzlerce işçiyi işten çıkartma tehdidi ile toplu iş sözleşmelerini protokollerle değiştirmeye zorlayabilmesinin yeni yasa döneminde de devam etmesi sağlanmıştır.

Grev hakkının erteleme adı altında yasaklanması yeni yasada da hüküm anayasal bir düzenleme olduğu gerekçesi ile korunmuştur. Böylece adı grev erteleme olan, erteleme sonrası grevin kaldığı yerden devam etmesi olanaklı olmayan, uyuşmazlığın erteleme sonrası Yüksek Hakem Kuruluna taşındığı, yani zorunlu tahkimin devrede olduğu bir garip sistem korunmaya devam etmiştir. Sadece ertelenen bir şeyin devam edemesinin adı yasaklama olmamakta, sonucu yasaklama olan bir eylemin adı erteleme olarak kalmaktadır.

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasasında Toplu Pazarlığın Düzeyi

6356 Sayılı Yasa da 2822 sayılı TSGLK gibi toplu pazarlık birimi olarak işyeri/işletme düzeyini tercih etmiştir. Birden fazla aynı işkolunda aynı gerçek ya da tüzel kişiye ait işyeri varsa işletme toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Ayrıca birden fazla işverene ait aynı işkolundaki işyerlerinde grup toplu iş sözleşmesi de yapılabilecektir. Ancak bu sözleşme türlerinde de anahtar kavram işyeri kavramıdır. Toplu iş sözleşmesi yetki istemi işyeri için yapılacak, işletme başvurusu için yine işyerinin belirlenmesi zorunluluğu devam edecektir. Grup toplu iş sözleşmelerinde de toplu iş sözleşmesi süreci yetki aşaması dahil ayrı ayrı işyerlerine göre işletilecektir. Dolayısıyla işyeri kavramına açıklık getirmeden, işyerinin girdiği işkolunu, işletmeyi, işletme toplu iş sözleşmesini, kısaca, toplu iş sözleşmesi ehliyetine hangi sendikanın sahip olduğunu, toplu pazarlık birimini belirlemek olanaklı değildir.

Grup Toplu İş Sözleşmesi

6356 Sayılı Yasanın 2. maddesinde grup toplu iş sözleşmesini, “İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesi” olarak tanımlamıştır. Yasa yapmış olduğu bu açık tanımla yetinmemiş, 34. Maddenin 3. fıkrasında grup sözleşmesinin nasıl yapılacağını da hükme bağlamıştır. Maddeye göre, “Grup toplu iş sözleşmesi, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılır”.

Maddede bu konuda açıklık olmamasına karşın, madde gerekçesinde tarafların, grup toplu iş sözleşmesi yapmak üzere anlaşmayı her zaman yapabilecekleri, anlaşmayı yetki tespiti başvurusundan önce yapmaları halinde Bakanlıkça işçi sendikasına çoğunluğa sahip olduğu işyerleri esas alınarak grup toplu iş sözleşme yapma yetki belgesi verileceği belirtilmiştir. Ne var ki gerekçede belirtildiği gibi grup toplu iş sözleşmesi yetkisi verileceğine ilişkin yasanın toplu iş sözleşmesi yetkisinin nasıl alınacağını belirten 41 ve devamı maddelerinde bu konuda hiçbir hükme yer verilmemiştir.

Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi

Yasanın 2. Maddesinde “Çerçeve sözleşme: Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi” ifadesiyle yapılan tanıma göre, çerçeve sözleşme işkolu düzeyinde yapılan bir sözleşme olacaktır.

Yasanın 33. Maddesinde yapılan düzenlemeye göre ise işkolu düzeyinde yapılacak bu sözleşmenin konusunu sadece “mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler” oluşturacaktır.

Dolayısıyla işkolu düzeyinde kurulmak zorunda olan sendikalar yine işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapamayacaklar, çerçeve sözleşmenin tarafını Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye sendikalar oluşturacaktır. Üstelik yapılacak sözleşmede ele alınan konular da “mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin” düzenlemelerle sınırlı olacaktır.

Çerçeve sözleşme öyle düzenlenmiştir ki, tarafların anlaşmamaları halinde birbirlerini toplu iş hukukunun doğasına uygun bir şekilde an-

laşmaya zorlamak için ne yapabilecekleri de, anlaşmaları halinde yapılan anlaşmaya uymamalarının yaptırımın ne olacağı da belli değildir. Grev yapamayacakları, lokavta başvuramayacakları, arabuluculuk, yüksek hakem kurulu gibi araçlara başvuramayacakları ise bellidir.

6356 Sayılı Yasa'ya Göre Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işten ayrılanların durumu ve dayanışma aidatı ile yararlananların ödeyeceği dayanışma aidatının tutarı tartışma konusu olmuştur. 6356 Sayılı Yasa bu konularda açık düzenlemelere yer vermiştir.

Yasanın 39. Maddesinin üçüncü fıkrasında getirmiş olduğu “toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır” hükmüyle konuya açıklık getirmiştir. Yasanın getirmiş olduğu bu hükümle toplu iş sözleşmesinin imza ile yürürlük tarihi arasında işten ayrılanların toplu iş sözleşmesinde özel düzenleme bulunmasa da iş sözleşmelerinin sona ereceği tarihe kadar yararlanabilmelerini olanaklı hale gelecektir.

6356 Sayılı Yasanın toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda getirmiş olduğu bir yenilik de toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlananların ödeyeceği dayanışma aidatının tutarının sendika tüzüklerine bırakılmasıdır. Dayanışma aidatı miktarını sendika, tüzüğünde belirleyecek ancak belirlenen tutar sendika üyelik aidatının tutarından fazla olamayacaktır.(Md.39/5)

6356 Sayılı Yasanın getirmiş olduğu bir diğer yenilik, 39. Maddenin altıncı fıkrasında yer almış, madde açıkça işveren vekillerinin ve toplu iş sözleşmesine işveren adına katılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarını hüküm altına almıştır. Maddeye göre “Bu Kanun anlamında işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz.”

Yasa giderek tüm beyaz yakalıları içine almaya başlayan kapsam dışı personel sorununa hiçbir çözüm getirmemektedir.

6356 Sayılı Yasa'ya Göre Toplu İş Sözleşmesi Kapsamındaki İşyerinin Devri

Yasanın 38. Maddesine göre işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünü devir alan işyeri aynı işkolunda ve yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi de varsa, devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi ortadan

kalkacaktır. Bu durumda devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Bir işyerinde aynı dönem de birden fazla toplu iş sözleşmesinin uygulanmayacağı kabulüne göre düzenlenen bu hüküm, toplu iş sözleşmesinin yetki aşamasından başlayıp imza aşamasına kadar gerekirse grev yoluna başvurarak elde edilen kazanımları feda etmektedir. Sorun devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi sona erene kadar toplu iş sözleşmesi olarak devam ettirilmesi sağlanarak aşılabilecekken, toplu iş sözleşmesinin sınırlı da olsa güvencelerinden yoksun bırakılması anlaşılır bir tutum olmaktan uzaktır.

Buna karşılık maddedeki düzenlemeye göre, “devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam” edecektir.

Son olarak da “Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına” girecektir.

Toplu İş Sözleşmesi Ehliyetinin İşkolu Barajıyla Sınırlandırılması

Yasanın mecliste son şekli verilen hükümlerine baktığımızda yeni yasanın da 2822 sayılı Yasa gibi toplu iş sözleşmesi ehliyetini sadece işkolu barajını aşan sendikalara tanımış olduğu görülmektedir. Yasanın “Yetki” başlıklı 41. maddesine göre toplu sözleşme ehliyetine sadece kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye yapmış sendikalar sahiptir.

İşkolu barajını yüzde üç olarak belirleyen yasa uzun bir geçici madde düzenleyerek, yüzde üçlük işkolu barajının istisnalarını düzenlemiştir. Yasanın geçici 6. maddesine göre:

- a. Ekonomik ve Sosyal Konsey’e üye sendikalara, yüzde üçlük işkolu barajı 2018 yılına kadar kademeli olarak uygulanacaktır. Bu sendikalar için işkolu barajı Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 01.07.2016 tarihine kadar yüzde bir, 01.07.2018 tarihine kadar ise yüzde iki olarak uygulanacak, bu sendikalar 01.07.2018 tarihinden sonra yüzde üçlük işkolu barajına tabi olacaklardır.
- b. 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun 2. Madde, Ekonomik ve Sosyal Konsey’e üye işçi sendikalarını Türkiye İşçi Sendikaları Konfede-

rasyonu, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu olarak belirlemiştir. Dolayısıyla her ne kadar yasa isimlerini açıkça saymasa da 2018 yılına kadar yüzde üçlük işkolu barajına karşı koruma altına alınan işçi sendikaları Türk-İş, DİSK ve Hak-İş Konfederasyonları üyesi sendikalardan oluşmaktadır.

- c. Geçici altıncı maddede işkolu barajı konusunda getirilen bir diğer istisna, 2009 istatistiğinin yayımlanmasıyla 15.09.2012 tarihi arasında kurulmuş olan Türk-İş, DİSK ve Hak-İş üyesi olmuş sendikalar (Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara üye olmuş sendikalar) için Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar yapacakları yetki tespit talepleri için işkolu barajı uygulanmamasıdır.
- d. Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yetki tespiti için başvuran sendikalar açısından işkolu barajını aşip aşmadıkları 2009 yılı Temmuz istatistiklerine göre belirlenecektir. Bu durumda olan yetki tespit işlemleri yürürlükten kaldırılan 2822 sayılı Yasa hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır.
- e. Geçici altıncı madde, yürürlük süresi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaları da bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle sınırlı olarak yüzde üçlük barajın dışında tutmuştur. Bu durumda olan sendikalar bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle sınırlı olmak üzere Temmuz 2009 istatistiklerine ve yürürlükten kaldırılan 2822 sayılı Yasa hükümlerine göre toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olacaktırlar.
- f. Geçici 6. maddenin ilk iki fıkrası ile açıkça Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikalarına ayrıcalıklı bir statü sağlanmıştır. Bu durum anayasanın 10. Maddesine aykırı olduğu gibi anayasanın 51. Maddesine de aykırıdır. Bir takım sendikaları işkolu barajına tabi tutup bir kısmını tutmamak veya bir takım sendikaları daha düşük işkolu barajlarına tabi tutup diğerleri için bu oranları uygulamamak sendika kurma hakkının ayrıcalık verilmeyen sendikalar aleyhine sınırlandırılmasıdır. Oysa, sendika hakkını düzenleyen anayasanın 51. Maddesi, "Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir" demektedir. Hüküm sendika hakkının sınırlandırılacağı halleri "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık

ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” halleri ile sınırlı olarak belirlemiştir. Anayasa da Ekonomik ve Sosyal Konsey’e üye konfederasyonlara bağlı olmayan sendikalar için sendika kurma hakkının sınırlandırılabilmesine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.

- g. Anayasa’ya aykırılık iddiamız Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan ve bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle sınırlı olarak yüzde üçlük barajın dışında tutulan sendikalar içinde geçerlidir. Böylece 6356 sayılı yasa 01.07.2018 tarihine kadar işkolu barajları aracılığı ile imtiyazlı bir sendika grubu yaratmıştır.

Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi

2821 sayılı Sendikalar Yasası, işyeri ve meslek sendikalarını yasaklayarak, toplu iş sözleşmesi ehliyetini sadece işkolu düzeyinde kurulmuş sendikalara tanımıştır. 2822 sayılı yasanın 12. maddesi ise toplu iş sözleşmesi yetkisi için sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %10’unu üye yapmış olmasını ilk koşul olarak belirlemiştir.

Yasada 41. maddesinde toplu iş sözleşmesi ehliyetini madde gerekçesinde “ülke barajı” olarak adlandırdığı en az iki bin üyesi bulunan ve kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye yapan sendikalara tanımıştır.

Yasanın hükümetçe hazırlanan şeklinde ülke barajının yüzde üç olarak öngörülmesi madde gerekçesinde “toplular iş sözleşmesi yetkisi için ülke barajında “yüzde üç” gibi sembolik bir oran” olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirme sosyal tarafların katıldığı komisyon toplantılarında da tartışma konusu olmuştur.

Avrupa Birliği Uyum Komisyonu’nda toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyeliğine sahip olması koşulu, bir çok sendikanın yetkisiz kalacağı endişesi dile getirilmiştir.

Yasa, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunu tarafından Alt Komisyona gönderilmiş, tartışmalarda Alt Komisyondan gelen metin esas alınmıştır. Alt komisyonda, “çift baraj uygulamasının ILO standartlarına aykırı” olduğu görüşü dile getirilmiştir. Alt komisyonda savunulan bu görüşe göre tasarıda yapılan, “düzenlemeyle 2009 Temmuz istatistiklerine göre üç işçi konfederasyonuna üye birçok sendikanın %10 barajını aşarken barajın % 3’e indirilmesi ve işkollarının birleştirilerek 18’e indirilmesi durumunda daha önce % 10 barajını aşan üç konfederasyona üye birçok sendikanın barajı” aşamayacaktır. Alt Komisyon da yapılan

tartışmalar sonucu madde de ki işkolu barajının yüzde bire düşürülmesi kabul edilmiştir. Alt komisyon raporuna göre, “Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan bildirimlerin esas alındığı bir durumda toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesi sırasında bir işkolunda çalışan işçilerin en az %3’ünün üyesi olma şartı sürdürülemez ve gerçeklikten” uzaktır. Bu nedenle oran %1’e indirilmelidir.

6356 Sayılı Yasada İşyeri/İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetisi İçin Aranan Çoğunluk

Toplu iş sözleşmesi ehliyeti için işkolu barajı koşulunu koruyan tasarı toplu iş sözleşmesi yetkisini işkolu barajını aşan ve işyerinde çalışanların yarısından fazlasını, işletmede ise yüzde kırkını üye yapmış olan sendikalara tanımıştır.

Yasa 2822 sayılı yasadaki farklı olarak işyeri işletme ayrımı yapmış, işyeri düzeyinde yetki için 2822 sayılı yasadaki olduğu gibi mutlak çoğunluk esasını benimsemeye devam ederken, işletme için bu oranı yüzde kırka düşürmüştür. Yasanın 41. maddesinin ikinci fıkrasına göre de işletme düzeyinde yetkinin belirlenmesinde yüzde kırk çoğunluk işletme kapsamındaki işyerleri bir bütün olarak alınarak belirlenecektir.

Maddenin üçüncü fıkrası işletme düzeyinde yetki tespitinde başvuru tarihinde birden fazla sendikanın yüzde kırk veya daha fazla üye yapmış olması durumunu düzenlemiş, bu durumda en çok üyeye sahip sendikanın yetkili sendika olarak belirleneceği hükmünü getirmiştir. Maddede açıkça düzenlenmemiş olsa da hükümet gerekçesine göre “Yüzde kırk geçen sendikaların eşit üyeliği halinde ise yetki talebi olumsuz karşılanacaktır”.

Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Bakanlık Tarafından Belirlenmesi

Toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesinde 2822 Sayılı Yasada yer alan çifte baraj sistemini koruyan tasarı, yetkili sendikanın belirlenmesi konusunda da 2822 sayılı yasadaki esasları korumuştur.

ILO’nun işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespit yetkisinin Bakanlıkta olmasını “87 sayılı Sözleşme’nin 2. maddesine aykırı bularak” eleştirmesine karşın, tasarı 5. maddesinde aynı yöntemi sürdürmeyi tercih etmiştir.

2822 sayılı yasadaki farklı olarak sistem bir nebze yumuşatılmış, beşinci maddeyle “yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz” hükmü getirilmiştir.

Bakanlığın toplu sözleşme yetkisine ilişkin olarak yetkilendirildiği bir diğer alan işkolu barajıdır. Sendikaların işkolu barajını aşmış aşmadığı tasarının 41. maddesinin 5 ve devamı fıkralarına göre bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistikler esas alınarak belirlenecektir. “Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanmaya kadar” geçerli olacak, yetki belgesi almış sendikanın yetkisini belgeyi aldıktan sonra yayımlanan istatistikler etkilemeyecektir.

İşkolu barajını aşan sendikalar işyeri/işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetki tespiti için tasarının 42. maddesine göre sendikalar 2822 sayılı yasadaki olduğu gibi yine bakanlığa başvuracaklardır. Bakanlık 2822 sayılı yasadaki farklı olarak, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas” alacaktır.

Kayıt Dışı Çalışanların Yetki Tespitine Etkisi

6356 Sayılı Yasanın 42. maddesinin dördüncü fıkrasına göre “sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate” alınmayacaktır.

Hükme göre bu durumda olanlar yetki tespitinde dikkate alınmayacaklardır. Yetki tespiti çalışan ve üye sayısının tespiti olduğu için olduğu için, sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde SGK’ya yapılmayan işçiler sendika üyesi olsalar dahi sendikanın üye sayısında dikkate alınmamaları sonucu çıkacaktır.

Kayıt dışı çalışanları sendikanın öngörülen sistemde e-devlet kapısı üzerinden örgütlemesi olanaksız hale gelmektedir. SGK kayıtlarına göre işkolu, bu işkolunda örgütlü sendikaların işçinin önüne çıkacağı düşünüldüğünde kayıt dışında çalışan işçinin SGK numarası olan bir işyeri olmadığı için sistem üyeliğine izin vermeyecektir. Yasa SGK kayıtlarını esas alırken ülkede kayıt dışı çalışma hiç yokmuş gibi davranmış, kayıt dışılığı bir anlamda görmezlikten gelmiştir.

Grev Hakkı

Sendikaların üyelerinin çıkarlarını koruyup geliştirmek amacıyla kurulmuş örgütler olmaları, bu amaçlarına uygun hareket etmelerini sağlayacak etkin mücadele araçlarıyla donatılmış olmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu araçlar olmadan sendikaların var oluş amaçlarına uygun

davranmaları olanaklı değildir. Toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı bulunmayan bir sendika hakkından söz etmek anlamlı değildir. Bu nedenle sendikal haklar başlığı içerisinde yer alan, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı ve grev hakkı varlıkları bir diğerinin varlığını koşullandıran, birisi olmayınca diğerlerinin de olamayacağı bir bütünlük içerisinde yer alırlar.

Grev hakkı Türkiye’de devletin en fazla müdahale ederek kontrol altında tutmaya çalıştığı bir alan olma özelliğini taşımaktadır. Üstelik 6356 Sayılı Yasa da genel gerekçesinde “öteden beri Türk iş hukukunda devletin fazla müdahale ettiği ve denetim altında tuttuğu grev ve lokavt alanı yeniden düzenlenmiştir” sözleri ile bu müdahaleyi, müdahalenin amacının denetim altında tutmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak tasarının genel gerekçesinde yapılan bu kabule, ILO denetim organlarının kararlarına, İHAM kararlarına karşın grev hakkına ilişkin sınırlandırmalar 2882 sayılı yasanın özüne dokunmaksızın sürdürülmüştür.

6356 Sayılı Yasa'nın Grev Tanımıyla Grev Hakkına Getirmiş Olduğu Sınırlamalar

Yasa 58. maddesinde grevi, “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir” sözleri ile tanımlamıştır.

Yasa grev hakkına ilişkin olarak yapmış olduğu bu tanımla yetinse devamında başka hükümler getirmemiş olsaydı, grev hakkının sınırlandırılması sorununu da önemli ölçüde çözmüş olacaktı. Yasa da yapılan tanıma göre: İşçiler topluca aralarında anlaşarak topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla işi bırakmaları grev anayasal bir hak olduğuna göre olanaklı hale gelecekti. Yasa böylece grevin varlığından söz edebilmek için mutlaka işçilerin bir sendika çatısı altında toplanmasına da gerek bırakmayarak işçi gruplarına da grev hakkı tanımış olacaktı.

Ne yazık ki bunların hiç birisini söylemek olanaklı olamamıştır. Yasanın 58. maddesinin grev tanımından sonraki hükümlerine baktığımızda yapılan grev tanımının grev hakkının sınırlarını genişletmek için yapıldığı, aksine yasa dışı grev tanımına girecek işçi eylemlerinin tanımının olabildiğince geniş tutulmak için grev tanımının bu şekilde tanımlanmış olduğunu görülmektedir.

Yasanın 58. maddesi grev tanımını yaptığı birinci fıkradan sonraki devam eden fıkralarında grevi yasal grev ve yasa dışı grev olarak tanımlamıştır. 58. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.” 58. Maddenin üçüncü fıkrasına göre de “Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır”.

Grev hakkına ilişkin getirilen bu sınırlama nedeniyle grev tanımında belirtilen toplu işçi eylemlerinden sadece, toplu iş sözleşmesi sürecini yasada belirtilen şekilde yürütmüş, ancak anlaşmamış olan bir sendikanın, yine yasada belirtilen şekillerde almış olduğu grev kararını yine yasada belirtilen şekillerde uygulamak için yaptığı topluca işi bırakma yasal grev olarak kabul edilecektir. Diğer tüm toplu işçi eylemleri ise yasa dışı grev olarak nitelendirilecektir.

Yasanın gerekçesinde de belirtilmiş olduğu gibi anayasanın “Grev Hakkı ve Lokavt” başlıklı 54. maddesinde toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip olacakları belirtilmiştir. Yasa gerekçesinde grev hakkını sınırlandıran düzenlemeyi Anayasa hükmüne dayanarak açıklamak gereği duymuştur. Yasanın madde gerekçesine göre toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinin dışında, işçilere toplu eylem yapma “hakkını veren veya hukuka uygun hale getiren hukuki bir dayanak da yoktur.” Böylece yasa koyucu aynı Anayasa’nın 49 ve 90. maddesini, imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüğü görmezlikten gelmektedir.

Anayasa’nın 49. maddesi, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre devletin yükümlülüklerinden birisi çalışma hakkını gerçekleştirecek bir ortamın yaratılmasıdır. Bu ortam her şeyden önce çalışanların kendi kendine yardım ilkesi temelinde örgütlenme haklarını, toplu eylem haklarını kullanarak gerçekleştirilecek, devlet bu hakların kullanılmasına güvence getirecektir. İşçilerin toplu eylem hakkını kullanmalarına yasada “işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler aynı zamanda işçilerin bağlılık borcu ile iş görme borcuna aykırılık oluşturacaktır” denilerek yaklaşılması, çalışma hakkına ilişkin dar ve denetlemeci yaklaşımın bir örneğini oluşturmuştur.

Ayrıca, özellikle Anayasa'nın 90. maddesi ve maddede 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte, konu hukuken netleşmiştir. Bilindiği gibi 90. maddeye göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Her ne kadar, Türk hukuk öğretisinde, Anayasa'nın 90. Maddesi, dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilip uygulanmayacağı sorunu, tartışmalı bir konu olma özelliğini koruyor olsa da, bu madde karşısında artık yasa koyucunun işçilere toplu eylem yapma "hakkını veren veya hukuka uygun hale getiren hukuki bir dayanak da yoktur" deme hakkının bulunduğu söylemek de olanaklı değildir.

6356 Sayılı Yasa Türkiye'nin Onayladığı Uluslararası Sözleşmelere Aykırı Hükümler İçermektedir.

Toplu pazarlık düzeyinin sosyal taraflara bırakılmaması Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerine ve bu örgüt içtihatlarına aykırıdır. ILO Sendika Özgürlükleri Komitesi SÖK'nin "**98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca toplu pazarlık düzeyinin taraflara bırakılması ve taraflar dışında yasayla ve idarenin müdahalesiyle belirlenmesi gerekir. Belirli bir düzeyde toplu pazarlık yasağı, örneğin işkolu düzeyinde pazarlık yasağı, 98 sayılı Sözleşmeye aykırıdır.**" kararı görmezlikten gelinmiştir.

Yasanın grev hakkını sadece menfaat grevi ile sınırlamış olması SÖK "**grev hakkı sadece toplu iş sözleşmesi uyuşmazlığı ile sınırlandırılmaz, işçilerin ve sendikaların eğer gerekli görürlerse daha geniş bir çerçevede ekonomik ve sosyal politikalara ilişkin memnuniyetsizlikleri açıklama hakları vardır**" diyen kararına aykırıdır.

Yasanın yasal grev yasa dışı grev tanımı da SÖK kararlarına açıkça aykırıdır. SÖK, "**Toplu İş sözleşmeleri yürürlükte iken grevin yasaklanması bireysel ve toplu şikâyetlerin incelendiği hızlı işleyen ve tarafsız bir sistemle telafi edilmesi halinde mümkündür**" demiş, SÖK, ücretleri ödenmeyen işçilerin protesto grevlerinin meşru olduğunu belirtmiş, "dayanışma grevlerinin genel olarak yasaklanması isabetli de-

ğildir. Şayet desteklenen grev yasal bir grev ise dayanışma grevi de yasal"dır" sonucuna ulaşmıştır. Yasa tüm bunların yerine yine eskiden olduğu gibi eda davası ile yetinmiştir.

SÖK sendikanın işveren tarafından tanınması(yetkili kabul edilmesi) için yapılan grevlerin meşru olduğunu belirterek, "toplu pazarlıkla ilgili uyuşmazlıkların kabul edilmesi için yapılan grevlerin" yasaklanmasının örgütlenme özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir. Bizde ortalama üç yıl süren yetki davaları vardır.

SÖK, sendikaların hükümetin uyguladığı ekonomik politikaların ortaya çıkardığı çalışma yaşamına ilişkin sosyal sonuçları protesto etmek için yapılan ulusal grevin yasaklanması veya yasa dışı ilan edilmesini örgütlenme özgürlüğünün "ağır ihlali" olarak görmüştür. SÖK'e göre, "asgari ücretin artırılması, yürürlükteki toplu sözleşmelere saygı gösterilmesi ve ekonomik politikaların değiştirilmesi amacıyla yapılacak genel grevler meşrudur ve sendikaların normal faaliyetleri arasındadır" SÖK "Genel bir grev yasağı, sınırlı bir süre için ve ciddi bir ulusal kriz halinde kabul edilebilir" demiştir.

SÖK grev türleri konusunda genel bir yasaklamayı uygun bulmamıştır. SÖK "**sendika denetimi dışında yapılan düzensiz grevlerin (wild-cat strike), işi yavaşlatma, işi durdurma, işyeri işgali gibi eylemler, ancak bu eylemler barışçıl olmaktan çıktığında sınırlandırılabilir**" görüşündedir. 6356 sayılı yasa ne yazık ki örnek verilen bu içtihatları görmezlikten gelmiştir.

SONUÇ

6356 Sayılı Yasa sendika hakkını makbul sendikalar için, makbüllük sınırını aşmayacak ölçüde tanımıştır. Yasa toplu iş sözleşme hakkının varlığını da kabul etmiştir. Bir hak olarak toplu iş sözleşmesi hakkını tanımıştır da. Ne var ki yasa, bu tanıma aşamasında kalmış, bir hakta bulunması zorunlu olan, hakkı var eden talep ve yetki unsurlarını hakkın varlık nedenleriyle uyumlu bir şekilde tanımamış, hakkın talep ve yetki unsurlarını sınırlamıştır. Bu sınırlamanın toplumsal ilişkilerdeki karşılığını, yasa koyucu sermaye sahipleri lehine toplu sözleşme hakkının talep ve yetki unsurlarını sınırlandırarak açık bir tercih yapmıştır diye ifade etmek gerekmektedir. Unutulmaması gereken ise, sendika toplu iş sözleşmesi ve grev hakları için çizilen sınır, aynı zamanda demokratik sistem içinde çizilen sınırı, demokrasinin kalitesini gösteriyor olmasıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu m. 2 ve m. 3
**ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN
UNSURLARI VE MUVAZAA İDDİASI**
(KARAR İNCELEMESİ)

Av. Püren KUNT¹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/13846

Karar No: 2011/13653

Tarihi: 09.05.2011²

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Ç. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi davalıya ait işyerinde 01.01.2001 tarihinde işe girdiğini, 31.03.2007 tarihinde muvazaf askerlik görevini yapmak için ayrıldığını, askerlik görevinin bitiminden iki gün sonra eski işinde çalışmak için başvurduğunu ancak üniversite tarafından şirkete başvurmasının gerektiğinin beyan edildiğini, bunun üzerine temizlik şirketine müracaat ettiğini ve yeni ihaleyi alan şirket işçisi olarak kısa bir süre çalıştıktan sonra iş sözleşmesine son verildiğini belirterek kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunumun 31.maddesine göre tazminat, izin ücreti ve toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacakların davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı üniversite savunmasında davacı ile aralarında bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığını, davacının temizlik şirketinin elemanı olduğunu, davanın usule ve hukuka aykırı olduğunu beyanla reddine karar verilmesini istemiştir.

¹ İstanbul Barosu Avukatlarından

² Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:32, Yıl, 2011, s.1619 - 1622

Mahkemece, Gaziantep Üniversitesi'nin temizlik ve ilaçlama hizmetlerinin muhtelif tarihlerde taşeron firmalara ihale edildiği, hizmet alım sözleşmesinin sona ermesi ve yeni bir taşeron firmanın ihaleyi almasına kadar geçen süre içinde temizlik hizmetlerinin aksamadan devam ettiği ve taşeron firmanın değişmesine rağmen çalışan işçilerde bir değişikliğin olmadığı, işçiler tarafından yürütülen hizmetlerin ise Gaziantep Üniversitesi bünyesindeki birimlerde gerçekleştirildiği gerekçeyle davalı asıl işveren olarak değerlendirilmiş ve toplu iş sözleşmesine dayalı olarak yapılan hesaplamalara göre isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı yasal süresi içinde taraflar temyiz etmiştir.

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm temyiz itirazları ile davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.
2. Taraflar arasında temel uyuşmazlık davalının gerçek işveren olup olmadığı ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlara göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümü ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır.

Alt işverenlik Yönetmeliği'nin 11. maddesinde de asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve İş Kanunu'nun 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrı durumlara tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Alt işverene verilmesi mümkün olmayan birisinin bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu „ işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaması Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları bu doğrultudadır. (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.)

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Alt işveren bu bildirim asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumunda. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca resen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar da kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konulan 5763 sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler de buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt işveren Yönetmeliği'nde,

1. İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
2. Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,
3. Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,
4. Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri” ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Somut olayda davalı üniversite temizlik ve ilaçlama hizmetlerini ihale yoluyla alt işverenlere vermiş, alt işverenler zaman zaman değişmiştir, işçilerin aynı şekilde yardımcı iş niteliğindeki bu işlerde çalışmaya devam etmeleri yukarıdaki hükümler ile Borçlar Kanunu genel muvazaa kriterleri açısından muvazaanın kanıtı sayılamaz, işçilere işin yürütümü ile ilgili bazı talimatların asıl işveren yetkililerince verilmiş olması da başlı başına muvazaayı göstermez. Temizlik işinin gereği gibi yapılmaması karşısında asıl işveren yetkililerinin işin kontrolünü üstlenmesi ve alt işveren yetkilileri ile işçileri bu yönde uyarmaları imkân dâhilindedir.

Dosya içinde alt işverenlik sözleşmeleri de bulunmakta olup yardımcı işlerin alt işverene bırakıldığı, sözleşmelerin yasalara uygun olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı ile alt işverenler arasında yapılan sözleşmelerin muvazaaya dayandığı somut olay yönünden kanıtlanabilmiş değildir. Böyle olunca alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmadığından davalı üniversite ile davacının üyesi bulunduğu sendika arasında bağitlanan toplu iş sözleşmesinin davacıya uygulanması mümkün değildir. Mahkemece toplu iş sözleşmesi farklarının hesaplanarak hüküm altına alınması ile yıllık izin ücreti hesabında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin gözetilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Çalışmamıza konu olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıdaki kararı, uygulamada çok sık karşımıza çıkan asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerlilik koşullarını ve bu kapsamda işverenler arasındaki ilişkinin hangi hallerde muvazaalı kabul edilmesi gerektiğini sonuçlarıyla birlikte inceleyen yeni tarihli bir karar olması açısından önemlidir. Kararda Yargıtay'ın hüküm kurarken İş Kanunu, Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Borçlar Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerini bir arada değerlendirmesi de ilgi çekicidir.

Çalışmamızın ilk bölümünde karara konu uyuşmazlık ve bu uyuşmazlıkla ilgili ilk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın benimsediği hukuki çözümler tespit edilecektir. İkinci bölümde hukuki bir sorun olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli koşulların neler olduğu, üçüncü bölümde de muvazaalı alt işveren ilişkisi incelenecektir. Son bölüm olan sonuç bölümünde ise Yargıtay kararının içerik ve şekil açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. UYUŞMAZLIK VE YARGITAY KARARINDA BENİMSENEN HUKUKİ ÇÖZÜM

A. Karara Konu Temel Uyuşmazlık

Davacı, davalıya ait işyerinde temizlik işçisi olarak uzun süre çalıştıktan sonra muvazzaf askerlik görevini yapmak için işten ayrılmış, askerlik görevi sona erince de tekrar eski işinde çalışmak için davalı üniversiteye başvurmuştur. Davalı üniversitenin temizlik şirketine başvurması gerektiğini belirtmesi üzerine davacı, ihaleyi yeni almış olan davalı temizlik şirketinde işe başlamıştır. Kısa bir süre sonra davacı iş sözleşmesinin

feshedildiğini iddia ederek kıdem tazminatı ile toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının ödenmesi talebiyle davalılar üniversite ve temizlik şirketi aleyhine alacak davası açmıştır. Bu noktadan hareketle somut olaydaki uyuşmazlığın konusunu davalı üniversitenin davacının asıl işvereni olup olmadığı, bu kapsamda davalı üniversite ile diğer davalı temizlik şirketi arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı meselelerinin tespiti oluşturmaktadır.

B. İlk Derece Mahkemesinin Benimsediği Hukuki Çözüm

İlk derece mahkemesi yeni bir taşeron şirkete iş verilene kadar davalı üniversitede temizlik işlerinin kesintisiz olarak devam ettiğini ve taşeron şirketler değişse bile temizlik işlerinde görev alan işçilerin değişmediğini belirterek davacının taleplerini kısmen kabul etmiştir. Kararda davacının toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının davalı üniversite tarafından ödenmesi hükmüne bağlanmıştır.

C. Yargıtay'ın Benimsediği Hukuki Çözüm

Yargıtay, temizlik işlerinin alt işverenlere verilebileceğini, dosyadaki alt işverenlik sözleşmelerinin yasalara uygun olduğunu, alt işverenler değişse bile işçilerin değişmemesinin tek başına bir muvazaaya göstergesi olmadığını, kaldı ki dosyada davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını gösteren bir delil bulunmadığını belirterek alt işverenin işçisi olan davacının asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasını hatalı bularak ilk derece mahkemesinin kararını oybirliği ile bozmuştur.

II. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

İş yaşamında üretimin artması, çeşitlenmesi, bazı işlerin özel uzmanlık gerektirmesi, kaliteli ve mümkün olduğunca az maliyetlerle üretim yapmak veya hizmet sağlama çabası gibi birçok nedenin yanında işverenlerin yeni iş alanlarına girerken veya işlerini büyütürken başka işverenlerden hizmet almaları “taşeron” veya 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki ifadeyle “alt işveren” kavramının doğumuna neden olmuştur³. Sayılan bu iyiniyetli gerekçelerin yanında işverenlerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak, işçilerin sendikalaşmasının

3 Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma Ve Toplum, 2004/1, s. 32; Narmanlıoğlu, Ünal: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Doğan Sorumluluklar, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.53; Çankaya, Osman Güven - Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.15

önüne geçmek gibi başka gereksinimleri de alt işverenlik müessesesinin daha yaygınlaşmasına ve bu ilişki içinde yer alan tarafların haklarının korunması açısından müessesenin yasalaşmasına neden olmuştur⁴. Türk Hukuku'nda ise alt işverenlik olgusu ilk kez 3008 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir⁵.

Bugüne gelindiğinde alt işverenlik müessesesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.2/6-9. fıkraları ile 27 Eylül 2008'de yürürlüğe giren Alt İşveren Yönetmeliği'nde⁶ düzenlenmiştir.

B. Tanımlar

Asıl işveren alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” Görüldüğü üzere yasa koyucu “asıl işveren” ve “alt işveren” kavramlarını İş Kanunu'nda ayrı ayrı tanımlamak yerine, bu kavramları da içine alan bir tanımlama yapmakla yetinmiştir. Böylece asıl işveren ve alt işveren kavramları ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir arada kullanılmış olmuştur⁷. Bu kanunla getirilen diğer önemli yenilikler alt işverenlik ilişkisinde tarafların sorumluluklarının belirlenmesi (m.2/6-7) ile muvazaanın göstergesi olan temel hususların sayılmasıdır (m.2/7)⁸.

Asıl işveren, alt işveren kavramları İş Kanunu m.2/6'ya uyumlu olarak 27 Eylül 2008'de yürürlüğe giren Alt İşveren Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre alt işveren; “bir işverenden işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece

4 Akyiğit, Ercan: İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Alt İşverenlik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 19; Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Yıl:2004, Sayı:1, s. 21; Topçu, Umut: Asıl İşveren İle Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Olgusu Ve İşçilik Alacaklarına Etkisi, Mali Çözüm Dergisi, Kasım - Aralık 2010, s. 295. <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/102malicozum/20%20umut%20topcu.pdf>, (20.02.2012)

5 Çankaya/Çil, 16

6 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yönetmeliğin tam metni için bakınız: <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27996.html>, (25.02.2012)

7 Ekonomi, Münir: Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.26

8 Çankaya/Çil, 17

bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları”, asıl işveren ise “İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” ifade etmektedir. (Yönetmelik m. 3/a ve m. 3/b) Yargıtay, söz konusu yönetmelik yürürlüğe girmeden önceki ve incelediğimiz karar da dahil olmak üzere sonraki dönemde vermiş olduğu birçok kararında, İş Kanunu m.2/6 uygulamasına paralel olarak asıl işveren, alt işveren kavramlarını tanımlamıştır⁹.

Yasa koyucu, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde etraflıca inceleneceği üzere, İş Kanunu m. 2/6 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4 ile alt işverene verilecek işler bakımından birçok sınırlama getirmektedir.¹⁰ Buna göre alt işveren, asıl işverenlerden sadece mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri ve asıl işlerin bir bölümünü alabilmektedir. Asıl işlerin bir bölümünün alt işverene verilmesi de ayrıca işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olmasına bağlanmıştır. (İş Kanunu m.2/6 - Yönetmelik m.4/b) Her halükarda söz konusu işler asıl işe bağımlı olmalı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam etmelidir. (Yönetmelik m.4/ç) Getirilen bir diğer kısıtlama alt işverenin aldığı işlerde görevlendirdiği işçilerini asıl işverenin işyerinde çalıştırması ve bu işçilerini aynı zamanda başka işlerde görevlendirmemesidir. (İş Kanunu m.2/6 - Yönetmelik m.4/ç)

C Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

1. İki Ayrı İşverenin Bulunması

Alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için işin yapıldığı işyerinde asıl işveren yanında ondan iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir. Bunun doğal sonucu olarak her iki işveren de o işyerinde işçi çalıştırmalıdır.¹¹ Diğer bir anlatımla asıl işverenin işyerinde işçi çalıştırarak “işveren” vasfını koruması ve işin bütününe başka bir işverene bırakmamış olması gerekir.¹² Bu nedenle Yargıtay’ın 2010 tarihli bir kararında¹³ belirttiği

9 YHGK, T.20.12.2006, E.2006/21-796, K.2006/812, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2006-21-76.htm>, (27.02.2012); YHGK, T.25.05.2011, E.2011/21-290, K.2011/261, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2011-21-290.htm>, (27.02.2012)

10 Ekonomi, 23

11 Kılıçoğlu, Mustafa - Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt:1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, s.67; Akyiğit, 30

12 Süzek, Sarper: İş Hukuku (İş Hukuku), 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 142; Güzel, 40; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 47

13 Y.9.HD., T.04.3.2010, E.2008/20640, K.2010/5868, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-20640.htm>, (23.02.2012)

üzere inşaat yapımında olduğu gibi anahtar teslimi yapılan işlerde asıl işveren - alt işveren ilişkisinden söz edilemez.¹⁴ Bu zorunluluk dayanağını İş Kanunu m.2/6 ile Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4/a bendinde yer alan "Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır." ifadesinde bulur.¹⁵ Dolayısıyla işverenin bir bölümünde aldığı işi tek başına yürüten kişi alt işveren vasfını kazanamaz.¹⁶ İşveren vasfını kazanmak için İş Kanunu m.2/1 uyarınca işçi çalıştırmak şarttır.

Asıl işveren ve alt işveren gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir kurum veya kuruluş olabilir. (Yönetmelik m. 3/a -ç) Buradaki tek sınırlama alt işverenin gerçek kişi olması halinde daha önce asıl işveren yanında çalışmış bir kişi olmaması gereğidir. Ancak asıl işverenin eski işçisinin tüzel kişiliği olan bir şirketin veya adi ortaklığın ortağı olması mümkündür. (Yönetmelik m.4/d) Söz konusu düzenlemeyle yasa koyucu her ne kadar muvazaalı işlem yapılmasının önüne geçmek istemiş olsa da, mevcut düzenleme asıl işverenin bir işçisi veya ortağının kuracağı bir şirketle alt işveren olabilmesine bir anlamda imkan tanımaktadır. Böyle bir durum her ne kadar görünürde yasaya uygun gözükse de kanun koyunun amacına ters düşen durumun muvazaalı olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle söz konusu muvazaa her türlü delille ispat edilebilmelidir¹⁷.

Asıl işveren alt işverene mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işçileri verebilecektir. Bu şekilde alt işverenin asıl işverenden iş alması bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme bir vekalet, eser veya işletme amacıyla yapılmış bir kira sözleşmesi olabilir, ancak alt işveren gerçek kişi olsa bile hiçbir şekilde iş sözleşmesi olmaz¹⁸. Çünkü iş ilişkisinin temelinde diğer sözleşmelerden farklı olarak hiyerarşik yapıya dayanan işçinin işverene kişisel bağımlılığı söz konusudur¹⁹. Oysa alt işverenlik ilişkisinin temelinde kurulabilecek bir eser veya vekalet sözleşmesinde işi alan bağımsız olarak iş görmekte ve sözleşme süresince farklı farklı kişilerle sözleşme akdedebilmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinde olduğu gibi tek bir kişiye ekonomik bağımlılık da söz konusu olmamaktadır²⁰. Alt işveren yüklediği işi çalıştırdığı işçileriyle,

14 Y.9.HD.,T.07.06.2010, E.2010/18207, K.2010/16763, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-18207.htm>, (27.02.2012)

15 Süzek, Sarper: Alt İşveren İlişkisinin Kurulması (Alt İşveren), Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:25, Yıl: 2010, s. 14- 15

16 Süzek, Alt İşveren, 1

17 Çankaya/ Çil, 20

18 Ekonomi, 29; Akyiğit, 67-68

19 Y.9.HD., T.31.05.2010, E.2009/21771, K.2010/15108, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2009-21771.htm>, (23.02.2012)

20 Ekonomi, 29; Y.9.HD., T.04.3.2010, E.2008/20640, K.2010/5868, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-20640.htm>, (23.02.2012)

asıl işverenle aralarındaki sözleşme koşullarına göre kendi adına ve asıl işverene bağımlı olmadan yerine getirir²¹.

İncelediğimiz Yargıtay kararında da asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için gerekli bu ilk koşulun gerçekleştiği görülmektedir. Özerk bir kamu kurumu olan davalı üniversite asıl işveren konumunda olup, temizlik işlerini alt işveren konumundaki diğer davalı temizlik şirketine vermiştir. Temizlik işinin görüldüğü üniversiteye ait iş yerinde hem asıl işverenin hem de alt işverenin işçileri çalışmaktadır.

2. İşin Asıl İşverene Ait İşyerinde Yapılması

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin bir diğer koşulu, alt işverene verilen işin asıl işverene ait bir işyerinde yapılmasıdır²². Söz konusu geçerlilik koşulu İş Kanunu m.2/6'da geçen “İşçilerini ... bu işyerinde çalıştıran diğer işveren...” ifadesinden çıkmaktadır. Bu koşulun bir sonucu olarak işverenden aldığı işi kendi işyerinde fason imalat şeklinde yapan bir işverenle ona bu işi veren arasında asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır²³.

Öğretide alt işverenin yüklendiği işin asıl işyerindeki bir iş olması gerekliliği tartışılmıştır. Tartışmanın sebebini, işyeri kavramının dar yorumlanmaması ve buna bağlı olarak alt işveren tarafından yapılan işin niteliği gereği, asıl işverenin işyeri dışındaki bazı yerlerde de asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulabileceği düşüncesi oluşturmuştur²⁴. Bu görüşün destekçilerinden Mollamahmutoğlu, örnek olarak termik santraline kömür taşınması işinin alt işverenlik kapsamında yapılabileceği görüşündedir²⁵. Kanaatimizce de işyeri kavramı geniş yorumlanmalı, Süzek'in ifade ettiği gibi işyerinden sayılan yerler ile üstlenilen işin doğası gereği işyerinden sayılan yerlerde yapılamadığı durumlarda da asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir²⁶.

Burada tartışma konusu olabilecek bir diğer husus, asıl işverenle alt işveren arasında, asıl işverene ait birden çok işyerini kapsayacak şekilde kurulacak bir ilişkide alt işverenin işçilerinin hep aynı işyerinde mi çalışması gerektiği hususudur. Örneğin bir temizlik şirketi İstanbul için-

21 Y.9.HD., T.07.06.2010, E.2010/18207, K.2010/16763, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-18207.htm>, (27.02.2012)

22 Y.9.HD., T. 25.01.2010, E.2009/32292, K.2010/1149, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:25, Yıl: 2010, s. 302-306;

23 Ekonomi, 33; Süzek, Alt İşveren, 15; Süzek, İş Hukuku, 143; Kılıçoğlu/Şenocak, 69; Akyiğit, 524-529

24 Akyiğit, 50-51

25 Akyiğit, 50-51; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 142

26 Süzek, Alt İşveren, 16

de üç fabrikası olan bir asıl işverenle, söz konusu üç fabrikayı kapsayacak şekilde bir temizlik işi alımı için alt işverenlik sözleşmesi yaptığında, kanaatimizce Çankaya ve Çil'in ifade ettikleri gibi "asıl işverenin işyeri" kavramının üç fabrikayı kapsayacak şekilde anlaşılması gerekecektir²⁷. Ancak alt işverenlik sözleşmesine bu yönde özel bir hüküm konulup da, hangi işçilerin hangi fabrikalarda çalışacağı belirlenmişse, bu takdirde artık kanaatimizce alt işveren işçilerini sadece sözleşmede belirtilen fabrikada çalıştırmalıdır.

İncelediğimiz kararda temizlik işlerini üstlenen alt işveren konumundaki şirket işçileri, mevzuata uygun olarak temizlik işçilerini asıl işveren üniversiteye ait işyerinde ifa etmektedirler. Dolayısıyla somut olayda alt işverenlik ilişkisi gereği işin asıl işverene ait işyerinde yapılması koşulu gerçekleşmiştir.

3. Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Bir İşin Varlığı

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için alt işverene verilecek işin mutlaka asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olması gerekir²⁸. Bu husus İş Kanunu m. 2/6'da şu ifadelerle açıkça hükme bağlamıştır: "*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...*" Aynı şekilde bir düzenlemeyi Alt İşverenlik Yönetmeliği de getirmektedir. (Yönetmelik m.3/a - 4/ç) Dolayısıyla diğer işverene verilen asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş, işverenin yaptığı mal veya hizmet üretimi ile ilgi değilse, kendisine iş verilen işveren "alt işveren" sıfatını kazanamaz²⁹. Bu nedendir ki İş Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde³⁰ işyerinde ek bir inşaat yapılması ya da bina onarım işinin asıl işle ilgisi olmadığı için alt işverene verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu durum 1475 sayılı yasa döneminde üretimle ilgisi olmasa da işyerinin eklentilerinde yapılan bir işin alt işverene verilebileceği konusundaki tartışmalara son noktayı koymuştur³¹. Zira Yargıtay'da 4857 sayılı İş Kanunu döneminde verdiği kararlarında asli veya yardımcı işler dışında bağımsız bir işin al işverene verilmesi halinde asıl işveren

27 Çankaya / Çil, 20; Çankaya, Osman Güven – Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Sempozyumu (Sempozyum), 4. Nisan 2009, 1. Baskı, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s.10

28 Yargıtay "somut olayda temizlik şirketinin davacıya ait asıl işten yani davacının yaptığı işin faaliyet alanından, bölüm veya eklentilerinden bir iş almış değildir." diyerek taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmadığına hükmederek ilk derece mahkemesinin aksi yönde verdiği kararı bozmuştur. Y.9HD., T. 13.09.2011, E.2001/4151, K.2001/5593, Akyiğit, 502-503

29 Akyiğit, 33; Süzek, Alt İşveren, 16; Ekonomi, 33; Çankaya/Çil, 21

30 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (26.02.2012)

31 Ekonomi, 33, dipnot 32

alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğini tereddüte yer bırakmayacak şekilde içtihat edinmiştir³².

Alt işverene verilecek mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin mutlaka sürekli bir iş olması gerekmez³³. Alt işverenlik sözleşmesi asıl işe dair olması koşuluyla geçici veya kısa süreli bir iş için de kurulabilir³⁴. Bu duruma örnek olarak; Türk yemekleri yapan bir yemek firmasının on günlük bir organizasyon için aldığı teklif uyarınca, gerek sipariş fazlalığı gerek de talep edilen yemeklerin Japon yemekleri olması sebebiyle kendi işyerinde alt işverene iş vermesi gösterilebilir.

İncelediğimiz Yargıtay kararında alt işverene verilen temizlik işi, üniversitede yürütülen asıl işe yardımcı sürekli bir iştir. Bu bakımdan taraflar arasındaki ilişkide asıl işveren tarafından yürütülen işin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine bağlı olması şartı gerçekleşmiştir.

4. Alt İşverene Verilecek İşin Yardımcı İş Olması Veya Asıl İşin Bir Bölümünü Oluşturması

İş Kanunu'nu m.2/6 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4/b uyarınca alt işverene verilecek mal ve hizmet üretimine ilişkin iş, ya yardımcı bir iş olmalı ya da asıl işin bir bölümünü oluşturmalıdır. Yasa koyucu bu sınırlama ile de yetinmemiş, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesini ayrıca bu işin "*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş*" olması koşuluna bağlamıştır. Bu nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için alt işverene verilebilecek işler aşağıda "yardımcı işler" ve "asıl işin bir bölümünü oluşturan işler" olarak iki başlık altında incelenecektir.

a. Yardımcı işler

İş Kanunu'nda yardımcı işlerin neler olduğu tanımlanmamış, kavram Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3/ğ'de açıklanmıştır. Buna göre yardımcı işler "*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan*" işleri ifade etmektedir. Söz konusu açıklamanın,

32 YHGK, T.20.12.2006, E.2006/21-796, K.2006/812, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2006-21-76.htm>, (27.02.2012); Y.9.HD., T.04.03.2011, E.2010/49665, K.2011/5998, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-49665.htm>, (19.02.2012); Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2008/12349, K.2010/582, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:25, Yıl: 2010, s. 316-318; Y.9.HD., T. 15.12.2009, E.2008/31954, K.2009/35494, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:25, Yıl: 2010, s. 342-343

33 Süzek, Alt İşveren, 16

34 Ekonomi, 31

4857 sayılı İş Kanunu yasalasmadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan kanun tasarısında, asıl işveren – alt işveren ilişkisini düzenleyen maddede yapılması talep edilen değişiklik önergesinin gerekçesi ile uyumlu olduğu görülmektedir. Zira gerekçenin ilgili kısmında “...yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır...” ifadelerine yer verilmiştir³⁵.

Yukarıdaki tanımlamalarda görüldüğü gibi yardımcı işler bakımından işletmenin veya işin gereği nedenlerle teknolojik açıdan uzmanlık gerektiren bir iş olması şartı aranmamıştır³⁶. Ayrıca İş Kanunu m.2/7’de “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez.” denilmek suretiyle de asıl iş dışındaki işlerin böyle bir sınırlamaya tabii olmadığı ve bir bütün olarak alt işverene verilebilecekleri anlaşılmaktadır³⁷. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda böyle bir kısıtlama aranmadığını ve yemek³⁸, temizlik³⁹, güvenlik⁴⁰, nakliye⁴¹, personel taşıma⁴², forklift hizmetleri⁴³ gibi yardımcı işlerin bir bütün olarak alt işverene verilebileceğini hükme bağlamıştır.

Yardımcı işler bakımından önemli olan bu işlerin üretim organizasyonu içinde yer almamaları, asıl işe bağımlı olmaları ve bu nedenle asıl iş devam ettikçe ihtiyaç duyulan işlerden olmalarıdır⁴⁴. Yoksa daha önce belirttiğimiz gibi bu işlerin sürekli olması gerekmez. Geçici işler de yardımcı iş olarak alt işverene verilebilir⁴⁵.

35 Güzel, 45; Şen, Sabahattin: Alt İşverenlik Ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma Ve Toplum, 2006/3, s. 81

36 Süzek, Alt İşveren, 17

37 Çelik, 49; Süzek, İş Hukuku, 144; Güzel, Ali: Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru (Alt İşveren Uygulaması), Çalışma ve Toplum, 2010/4, s. 18

38 YHGK, T.25.05.2011, E.2011/21-290, K.2011/261, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2011-21-290.htm>, (27.02.2012)

39 Y.9.HD., T.01.11.2010, 2010/36161, 2010/31045, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-36161.htm>, (27.02.2012)

40 Y.9.HD., T.07.06.2010, 2010/18207, 2010/16763, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-18207.htm>, (27.02.2012)

41 Y.9.HD., T.18.02.2008, 2008/2497, 2008/258, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-2497htm>, (27.02.2012)

42 YHGK, T.25.05.2011, E.2011/21-290, K.2011/261, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2011-21-290.htm>, (27.02.2012)

43 Y.9.HD., T.13.02.2006, 2005/37239, 2006/3456, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2005-37239.htm>, (27.02.2012)

44 Güzel, 45; Kılıçoğlu/Şenocak, 71; Akyiğit, 41.

45 Çelik, 49

Yargıtay 2006 tarihli bir kararında⁴⁶, asıl iş – yardımcı iş ayrımında alt işverene verilecek işin “*üretimin zorunlu bir unsurunu*” oluşturup oluşturmadığını kıstas olarak almıştır. İlgili kararda alt işverenin yaptığı paketleme işinin asıl iş mi yardımcı iş mi olduğunun tespiti açısından böyle bir ölçüt yerinde olsa da, yardımcı işin tespiti açısından alt işverene verilen işin Güzel’in dediği gibi doğrudan üretim organizasyonunun içinde yer alıp almadığına bakarak bir değerlendirme yapmak kanaatimizce daha uygundur⁴⁷. Benzer şekilde Ekonomi de yardımcı işler bakımından “*asıl iş olan mal ve hizmet üretimi sürecine göre, üretimin satışa arz edilecek duruma girmesine kadar organize edilen üretim süreci dışında işler*” ölçütünü benimsemiştir.⁴⁸ Bu bağlamda yardımcı iş; mal veya hizmet üretiminin kişilere ulaşmasına kadar geçen safhasının dışında kalan işler olarak tanımlanabilecek ve bu işler herhangi bir kısıtlama olmadan alt işverene verilebilecektir⁴⁹.

İncelediğimiz Yargıtay kararında üniversite temizlik işlerini diğer davalı şirkete vermiştir. Mevzuat ve Yargıtay kararları uyarınca asıl işin dışında olan genel temizlik işleri yardımcı işlerdendir ve bu işlerin alt işverenlere verilmesi mümkündür⁵⁰. Hal böyle ilen taraflar arasındaki ilişki bu yönüyle yasaya uygundur.

b. Asıl işin bir bölümünü oluşturan işler

İş Kanunu asıl işin ancak belirli bir bölümünün asıl işveren – alt işveren ilişkisine konu olabileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle asıl işin tamamı alt işverene verilemez. Zira bu halde asıl işveren – alt işveren ilişkisi değil, işyerinin devri söz konusu olur⁵¹.

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi sadece işin ilgili bölümünün “işletmenin ve işin gerekleri” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi” halinde mümkündür. (İş Kanunu m. 2/6) Madde metninde bu durum açıklanırken “*asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan*” ifadesi kullanılmıştır. Uzun süre metinde iki ölçüt arasında kullanılan “ile” ifadesinin “ve” mi yoksa “veya” mı anlamında kullanıldığı tartışma konusu

46 Y.9.HD., T. 26.06.2006, E.2006/1321, K.2006/18825, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-49665.htm>, (26.02.2012)

47 Güzel, 45

48 Ekonomi, 49; Yenisey, Kübra Doğan, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3013>, 20.02.2012

49 Süzek, İş Hukuku, 144

50 Y.9.HD., T.23.02.2009, E.2008/12808, K.2009/3210, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-12808.htm>, (27.02.2012); Y.9.HD., T.21.01.2010, E.2008/12349, K.2010/582, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-12349.htm>, (27.02.2012)

51 Çankaya/Çil, 22

olmuş, Yargıtay çoğu kararında her iki ölçütün bir arada kullanılması gerektiği şekilde hüküm tesis ederken⁵², doktrinde bazı hukukçular bu görüşe karşı çıkmıştır⁵³.

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesini, işletmenin veya işin gereği uyarınca teknolojik açıdan uzmanlık gerektiren bir iş olması halinde mümkün gören hukukçular, her iki ölçütü bir bütün olarak değerlendirmekte ve bölünmesinin mümkün olmadığını hatta böyle bir düşüncesin ilgili madde metni ile de uyumlu olmadığını savunmaktadırlar⁵⁴.

Aksi yönde olan hukukçular ise İş Kanunu m.2/6'da getirilen ilgili iki ölçütün bölünebilir olduğu kabul ettiklerinden, bu iki ölçütün bir arada değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşün temelinde her iki ölçütün aynı olayda gerçekleşmesinin güç olması ile tarafların kısıtlanarak ekonomik hayatın zarar görebileceği düşüncesi vardır⁵⁵. Bizim de kanaatimiz yardımcı işler bakımından bu şekilde bir kısıtlama öngörmeyen yasa koyucunun burada, maliyetleri düşürmek ve işçilerin haklarını kısıtlamak gibi kötüniyetli yaklaşımlar dışında, tam olarak ne anlama geldiği bile belli olmayan her iki ölçütü bir arada aramasının Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen girişimcilik özgürlüğü ile bağdaşmadığı yönündedir⁵⁶.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11. maddesi "*Ancak asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.*" diyerek uygulama açısından bir anlamda son noktayı koymuştur. İncelediğimiz karar da dahil olmak üzere Yargıtay son dönem kararlarında yönetmeliğe uygun olarak "*işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*" şeklinde kullandığı ifadelerinden her iki ölçütü bir arada aradığını açıkça ortaya koymaktadır⁵⁷.

52 Y. 22. HD., T.25.10.2011, E.2011/1489, K.2011/3418, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/22hd-2011-1489.htm>, (27.02.2012). Aksi yönde kararı için bkz. T.10.04.2008, Y.9.HD., 2008/12851, 2008/8003, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-12851.htm>, (27.02.2012)

53 Ekonomi, 42; Süzek, İş Hukuku, 146; Arslanoğlu, Anıl Mehmet: İş Kanun'unda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2005 İstanbul, s.110

54 Güzel, 45-49; Güzel, Alt İşveren Uygulaması, 19-20; Çelik, 47; Çankaya / Çil, 25; Akyiğit, 38;

55 Süzek, Alt İşveren, 19; Arslanoğlu, 110; Şen, 82

56 Aynı görüş için bkz. Süzek, Alt İşveren, 19; Ekonomi, 45-47

57 Y.22.HD., T.25.10.2011, E.2011/1489, K.2011/3418, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/22hd-2011-1489.htm>, (27.02.2012); Y.9.HD., T.12.07.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-24882.htm>, (27.02.2012); Y.9.HD., T.04.03.2011, E.2010/49965, K.2011/5998, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-49965.htm>, (27.02.2012); Y.9.HD., T.09.06.2008, E.2007/40942, K.2008/14420, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2007-40942.htm>, (27.02.2012)

5. İşçilerin Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırılması

İş Kanunu m.2/7'de "... bu iş için aldığı işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran ..." ifadesine yer verilmiştir. Burada kastedilen alt işverenin bütün işçilerini asıl işverenden aldığı işte çalıştırması değildir.⁵⁸ Yasa koyucu burada alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerini, o iş devam ederken başka bir işte veya işlerde çalıştırmamasını öngörmüştür. Bunun sebebi geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinde alt işverenin asıl işverenden aldığı işe tahsis ettiği işçilerine karşı tarafların müteselsil sorumluluğunun bulunmasıdır. Zira alt işveren işçileri, asıl işverenden alınan iş devam ederken başka işlerde çalıştıkları takdirde böyle bir sorumluluktan söz edilemeyecektir⁵⁹. Bu nedenle alt işverenin en az bir işçisi münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılmalıdır. Aksi halde taraflar arasında kurulmuş bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinden söz edilemez⁶⁰. Bu kapsamda Yargıtay'da 2006 tarihli bir kararında temizlik işçilerini davalı banka dışında başka işyerlerinde de görevlendiren temizlik şirketi ile davalı banka arasında asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulmadığını hükme bağlamıştır⁶¹.

Çalışmamıza konu kararda alt işverenin asıl işverenden aldığı temizlik işinde görevlendirdiği işçilerini başka işverenlere ait işyerlerinde çalıştırdığına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki ilişki bu yönüyle de mevzuata uygun gözükmektedir.

D. Yasaya Uygun Olarak Kurulan Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Alt İşverenin İşçilerine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğu

Yasa koyucu alt işverenlerin uygulamada çoğunlukla mali açıdan güçsüz işverenler olmasından yola çıkarak, bu işverenlerin işçilerinin haklarını ödeyememesi ihtimaline karşı, işçileri korumak için alt işverenle birlikte asıl işvereni sorumlu kılmıştır⁶². Söz konusu sorumluluk İş Kanunu'nu m.2/6'da şu ifadelerle düzenlenmiştir: "*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*"

Kanun'da kastedilen sorumluluk müteselsil sorumluluktur⁶³. Buna

58 Çankaya/ Çil, 28; Süzek, Alt İşveren, 25

59 Kılıçoğlu/Şenocak, 69; Y.9HD. T.25.01.2010, E.2009/32292, K.2010/1149, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:25, Yıl: 2010, s. 302-306

60 Güzel, 51; Çankaya/ Çil, 28

61 Süzek, İş Hukuku, dn. 57, s.151

62 Kılıçoğlu/ Şenocak, 78

63 Y.9.HD., T.07.06.2010, E.2010/18207, K. 2010/16763, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2010-18207.htm>, (27.02.2012)

göre alt işverenin işçisi, asıl işveren - alt işveren ilişkisi süresi ile sınırlı olarak kanundan, iş sözleşmesinden ve sendikali ise toplu iş sözleşmesinden doğan hakları için alt işverenle birlikte asıl işverene veya iki işverenden istediğine başvurabilecektir. Dolayısıyla burada “haklar” ifadesiyle kastedilen sadece işçinin ücret alacağı olmayıp, işçinin alt işveren yanında yaptığı iş ve çalıştığı süreyle sınırlı olarak hak kazandığı prim, yıllık ücretli izin⁶⁴, fazla çalışma, toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacağı, ödenmemiş sigorta primleri, koşulları oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatı gibi alacaklarıdır⁶⁵. Oysa Fransız Hukuku’nda esnaf veya sanatkarlar odasına kayıtlı olan belirli konumdaki alt işverenler açısından anılan şekilde bir müteselsil sorumluluk söz konusu olmayıp, bu işverenler işçilerine karşı tek başına sorumludurlar⁶⁶.

Asıl işverenle alt işverenin aralarında bir sözleşme yaparak veya asıl işverenlik sözleşmesine özel bir hüküm koyarak alt işverenin işçisine karşı olan söz konusu müteselsil sorumluluklarını bertaraf etmeleri mümkün değildir. Böyle bir sözleşme taraflar arasında hüküm ifade etse bile, işçinin yasa gereği asıl işverene ve/veya alt işverene başvuru hakkına etki etmez⁶⁷. Zira işçiye bu hakkı tanıyan İş Kanunu m.2/6 ile Alt İşverenlik Yönetmeliği m.10/g emredici düzenlemelerdir.

E.Muvazaa Dışında Yasaya Aykırı Olarak Kurulan Alt İşveren İlişkisinin Sonuçları

İş Kanunu m.2/7’de “*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işverenin ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*” denilmek suretiyle muvazaalı olarak kurulan asıl işveren – alt işveren ilişkisinin yaptırımı düzenlenmiş, ancak yasada öngörülen koşulları taşımayan bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin yasal sonuçlarının neler olacağı hükme bağlanmamıştır.

Muvazaalı haller ile asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulması için gerekli unsurlar her zaman örtüşmeyebilir⁶⁸. Örneğin somut olayda hiçbir muvazaa olmamasına rağmen, alt işverene verilen asıl işin bir bölümünün teknolojik açıdan uzmanlık gerektiren iş olmadığı tespit edildiğinde

64 Y.9.HD., T.07.06.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2009-50102.htm>, (27.02.2012)

65 Güzel, 54; Çelik, 50; Akyiğit, 71; Narmanlıoğlu, 65; Şahlanan, Fevzi: Alt İşverenin İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları, *Tekstil İşveren Dergisi*, Sayı: 370, Yıl: 2011, s.

66 Narmanlıoğlu, 69

67 Süzek, *İş Hukuku*, 152

68 Süzek, *İş Hukuku*, 53

taraf lar arasında kurulan ilişkiye uygulanacak yaptırımın ne olacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir kısım hukukçular, böyle bir durumda mevzuatta özel bir düzenleme olmadığı için yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığını, çünkü getirilen düzenlemelerde kanun koyucunun açıkça muvazaalı işlemlere yönelik yaptırım düzenlediğini savunmuşlardır. Bu nedenle muvazaa olmadığında alt işverenin işçisinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesini mümkün görmemektedirler. Bir başka görüş ise; konu yasal olarak düzenlenmediği için asıl işveren – alt işveren ilişkisindeki geçersizlik tespit edilinceye kadar tarafların müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerini, ancak geçersizlik tespit edildiğinde muvazaada olduğu gibi alt işverenin işçilerinin ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olarak sayılmaları gerektiğini kabul etmiştir⁶⁹.

Yargıtay böyle durumlarda alt işverenlik için yasal gerekli unsurları taşımayan sözleşmeleri geçersiz saymakta ve İş Kanunu m.2/7 uyarınca muvazaalı işlemlere uygulanan yaptırımları somut olaya uygulayarak alt işverenin işçilerini baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul etmektedir⁷⁰.

Kanaatimizce işyerinde yürütülen asıl işle ilgili olarak bir başka işverene verilen işler bakımından Yargıtay'ın benimsediği çözümü uygulamak, yani diğer işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçileri saymak doğru bir uygulama iken, asıl işle ilgisi olmayan çatı onarımı gibi veya anahtar teslimi olarak verilen ek bina yapımı gibi bir iş bakımından böyle bir sonuca varmak hatalı olacaktır. Zira bu durumda taraflar iyi niyetli hareket etmişlerse iş alan işverenin elinden işçileri alınarak bir anlamda ekonomik geleceği tehlikeye atılacak, işi veren işveren de verdiği işten dolayı adeta cezalandırılmış olacaktır.

III. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

A. Muvazaayı Önlemeye Yönelik Getirilmiş Yasal Düzenlemeler

Muvazaa mevcut Borçlar Kanunu m. 18'de düzenlenmiştir. Buna göre muvazaa, sözleşme taraflarının üçüncü kişileri kandırmak maksadıyla aslında yapmadıkları bir işlemi yapmış gibi göstermek ve aralarındaki asıl ilişkiyi gizlemek için girdikleri görünürde bir ilişkidir. Bu nedenle muvazaa taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğurmaz⁷¹.

69 Süzek, İş Hukuku, dn. 53-54

70 Y.9.HD. E.2008/32916, K.2008/26551, T.13.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2008-32616.htm>, (27.02.2012)

71 Çankaya/Çil, 30; Arslanoğlu, 124

Konuya asıl işveren – alt işveren ilişkisi açısından bakıldığında, İş Kanunu m.2/7’de “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” denilmek suretiyle; i) asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanamayacağı, ii) asıl işverenin eski işçisinin alt işveren olmayacağı ve iii) teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işlerin bir bölümü dışında işletme veya işin gereğiyle asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği incelendiğinde ise m.3/g’de yukarıda sayılan hallere ilave olarak “Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri” muvazaalı olarak kabul edilmiş ve sayılan hallerle İş Kanunu m.2/7’de belirtilen durumlarda muvazaa sebebiyle alt işverenin işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçileri kabul edileceği belirtilmiştir⁷².

1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Haklarının Kısıtlanamaması

İlgili düzenleme ile kanun koyucu alt işverenin, asıl işverenin işçilerini işe almasını yasaklanmamakta, ancak bu şekilde asıl işverenin işçilerinin haklarının kısıtlanmasının önüne geçmeyi hedeflemektedir.⁷³ Zira uygulama kamu kuruluşlarının özelleştirilmesiyle işlerin bir bölümünün alt işverenlere verildiği ve eskiden bu kuruluşlarda çalışan kişilerin alt işveren işçileri olarak eskiye göre daha düşük maaşlarla çalıştırılmaya devam ettirildikleri görülmektedir⁷⁴.

Kanun koyucunun buradaki amacı işçilerin çalışma koşullarının, ücret ve elde ettikleri prim, ikramiye gibi diğer maddi gelirlerinin kısıtlanmamasıdır. Bu nedenle asıl işverenin eski işçisi alt işveren yanında çalışmaya başladığında, haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, alt işvereni yanında çalıştığı dönemde asıl işveren yanında çalışmaya devam etseydi

⁷² Süzek, Sarper: Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi (Muvazaa), Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 27, Yıl: 2010, s. 935

⁷³ Süzek, 935

⁷⁴ Çankaya/Çil, 29

elde edeceği menfaatleri karşılaştırılarak değerlendirilmelidir.⁷⁵ Dolayısıyla işçiye eski işvereni yanında çalışırken sağlanan haklar aynı şekilde sağlanmaya devam edildiğinde bir hak kısıtlamasından söz edilemeyecektir⁷⁶. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁷⁷.

2. Asıl İşverenin Eski İşçisinin Alt İşveren Olmaması

İş Kanunu m.2/7 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/g-2'de düzenlenen bu kuralla asıl işverenin daha önceden işçisi olan bir kişi üzerinden düşük ücretle ve/veya sendikasız işçi çalıştırılmasının önüne geçilmek istenilmiştir⁷⁸. Oysa alt işveren, gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir kurum veya kuruluş olabileceğinden (Yönetmelik m. 3/a -ç) asıl işverenin eski işçisinin kuracağı bir firma üzerinden benzer şekilde hareket etmesine bir anlamda olanak tanınmıştır. Bu nedenle ilgili yasa hükümlerinin bu durumu da içine alacak şekilde yapılması kanaatimizce daha isabetli olurdu.

Öğretide bazı hukukçular getirilen mevcut düzenlemenin anayasal bir hak olan girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Kanaatimizce böyle bir düşünce çok geniş bir yorumun ürünüdür. Burada kanun koyucu uygulamada çok sık görülen bu şekildeki muvazaalı işlemleri önleyerek toplum yararına olacak şekilde işçilerin haklarını korumayı amaç edinmiştir. Bu nedenledir ki söz konusu durumu aksi ispat edilebilen yasal bir karine olarak hüküm altına almıştır⁷⁹. Ancak asıl işverenin, eski işçinin işten ayrılmasının üzerinden çok uzun zaman geçmesinden sonra kendisi ile asıl işveren – alt işveren ilişkisi içine girmesi gibi bir durumda söz konusu yasal karinenin aksinin ispatının mümkün olduğu düşünülmektedir⁸⁰.

Ancak asıl işverenin eski işçisinin tüzel kişiliği olan bir şirketin veya adi ortaklığın ortağı olması mümkündür. (Yönetmelik m.4/d) Söz konusu düzenlemeyle yasa koyucu her ne kadar muvazaalı işlem yapılmasının önüne geçmek istemiş olsa da, mevcut düzenleme asıl işverenin bir işçisi veya ortağının kuracağı bir şirketle alt işveren olabilmesine bir anlamda imkan tanımaktadır. Böyle bir durumda her ne kadar görünür de yasaya uygun gözükse de kanun koyunun amacına ters düşen durumun muvazaalı olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle söz konusu muvazaa her türlü delille ispat edilebilmelidir⁸¹.

75 Güzel, 56-57; Süzek, İş Hukuku, 155; Süzek, Muvazaa, 936; Arslanoğlu, 124

76 Çankaya/Çil, 29

77 Y. 9HD. T.02.4.2007, E.2006/35368, K.2007/8918, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2006-35368.htm>, (27.02.2012).

78 Güzel, 58

79 Süzek, İş Hukuku, 157

80 Güzel, 59, Akyiğit, 53-55

81 Çankaya/ Çil, 20

3. Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Asıl İşlerin Bir Bölümü Dışında İşletme Veya İşin Gereğiyle Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilemeyeceği

İş Kanunu m.2/7 ve Yönetmelik m. 3/g-1 uyarınca uzmanlık gerektiren asıl işlerin bir bölümü dışında işin işletme ve işin gereğiyle bölünerek alt işverene verilmesi yasaklanmıştır.⁸² Burada amaç, asıl işin bölünmesi suretiyle ana işin bir kısmının alt işverene verilmesinin ve muvazaalı olarak alt işverenin işçileri ile asıl işverenin işçilerinin aynı işi yapmalarının önlenmesidir. Böylelikle asıl işverenin maliyetlerini düşürmek, ucuz işçi çalıştırmak, iş güvencesi ve/veya sendikal yükümlülüklerden kurtulmak için muvazaalı işlem yapmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁸³.

4. Kurulan İlişkinin Genel Olarak Muvazaaya Dayanması

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde ortaya çıkabilecek muvazaa halleri İş Kanunu m.2/7 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/g'de sayılanlarla sınırlı değildir. Her olayı somut olayın özelliğine göre değerlendirmek, kurulan ilişkide asıl işveren – alt işveren ilişkisi için gerekli unsurların varlığını araştırmak ve en önemlisi işverenin amacının ne olduğuna bakmak gerekmektedir. Bu kapsamda uygulamada karşımıza sık sık konusu bir işin yaptırılması değil de işçi temini olan sözde asıl işveren - alt işveren sözleşmeleri çıkmaktadır⁸⁴. İş Kanun'unun 2. maddesine göre asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işlerin alt işverene verilmesi gerekir. Asıl işverenin işyerinde ona ait eşya, araç ve gereçlerin kullanılarak işin asıl işverene verilmesi halinde hizmet alım sözleşmesi sadece işçi teminine yönelik olacağından mevzuata göre muvazaalı kabul edilmektedir⁸⁵.

Uygulamada karşımıza çıkan bir diğer genel muvazaa hali alt işverenler değişse bile asıl işyerinde görev yapan işçinin aynı kaldığı sözleşmelerdir⁸⁶. İncelememize konu Yargıtay kararında da olayın ayrıntıları çok fazla bilinmemekle beraber davacı işçinin değişen temizlik şirketlerinde

82 Centel, Tankut: Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2004 <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/haziran/hukuk.html>, (21.02.2012)

83 Ekonomi, 46-47; Süzek, İş Hukuku, 158

84 Y.22.HD., T.25.10.2011, E.2011/1489, K.2011/3418, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/22hd-2011-1489.htm>, (27.02.2012).

85 Y.9.HD., T.08.11.2010, E.2010/36830, K.2010/32047, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2011-1489.htm>, (27.02.2012).

86 Süzek, Muvazaa, 942; Y.9.HD., T.07.06.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2009-50102.htm>, (27.02.2012)

alt işveren işçisi olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarına göre alı işvenin işyerinde değişen alt işverenler yanında işçinin kesintisiz olarak çalışmaya devam etmesi tek başına muvazaa göstergesi değildir. Zira bu husus incelememize konu kararda da belirtilmiştir. Önemli olan işçinin yaptığı işin alt işverene verilebilecek bir iş olup olmadığı, işçinin daha önce asıl işverenin işçisi olup da haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı gibi unsurların olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. Bu araştırma her alt işverenle kurulan sözleşme bakımından değerlendirilmelidir⁸⁷.

B. Kamu Kuruluşlarına Getirilen Ayrıcalık

2006 senesinde 5538 sayılı Kanun'un⁸⁸ 18. m. ile İş Kanunu m.2'ye bazı fıkralar eklenmiştir (m.2/8 –m.2/9). Yeni düzenlemeye göre kamu kuruluşları açısından İş Kanunu m. 2/6-7'de düzenlenen sınırlamalara tabi olamadan Kamu İhale Kanunu ve diğer kanun hükümlerine göre alt işverenlere iş verebileceklerdir. Bu şekilde alt işveren yanında çalışan işçiler asıl işveren konumunda olan kamunun işçilerinin iş mevzuatı, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından faydalanamayacaklardır. (İş Kanunu m.2/8) Bu durum kanaatimizce kamu ve özel sektörde çalışan işçiler arasında farklı davranmayı hiçbir şekli meşru kılmamakta, açıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁸⁹. Zira aynı işlemin kamu tarafından yapılıncı yasal kabul edilip, özel sektör tarafından gerçekleştirilince muvazaalı kabul edilmesi hukuk mantığı ile bağdaşmaz⁹⁰. İncelememize konu kararında da Yargıtay bu durumun sendikal haklarla birlikte eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu 9. Hukuk Dairesi 2008 tarihli bir kararına atıfta bulunarak açıkça ifade etmiştir⁹¹.

C. Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Sonuçları

İncelememiz içinde yeri geldikçe ifade edildiği üzere muvazaalı olarak kurulan bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin yaptırımının ne olacağı İş Kanunu m.2/7'de hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm “*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*” demek suretiyle genel hükümler ile

87 Çankaya/Çil, 62

88 Yasanın tam metni için bakınız <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5538.html>, (27.12.2012)

89 Süzek, Muvazaa, 943; Ekonomi, 24

90 Çankaya/Çil, 48

91 Y.9HD, T.24.10.2008, E.2008/33977, K.2008/28424, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=64336>, 27.02.2012

İş Kanunu m.2/7 ve Alt İşveren Yönetmeliği'nde getirilen muvazaa ile ilgili sınırlamalara aykırı olarak kurulacak bir alt işverenlik sözleşmesinde, alt işverenin işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Muvazaalı bir işlemde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmesi işverenin eşit işlem yapma borcunun bir gereğidir. Buna göre alt işverenin işçileri asıl işverenden iş mevzuatı, iş sözleşmesi ve/veya toplu iş sözleşmesinden doğan tüm haklarını talep edebileceklerdir⁹².

IV. SONUÇ

İncelememize konu Yargıtay kararındaki hukuki uyumsuzluğun konusu, davalı üniversitenin davacının asıl işvereni olup olmadığı, bu kapsamda davalı üniversite ile diğer davalı temizlik şirketi arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığıdır. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararda somut olayla ilgili yeterli bilgiye yer vermemiş ve somut olayın değerlendirmesinden bağımsız olarak geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulması için gerekli koşulların neler olduğu, hangi hallerde taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı kabul edilebileceği, muvazaa tespitinin nasıl yapılacağı ve sonuçları hakkında genel bir makale yazmıştır. Bu bakımdan Yargıtay kararı somut olayın içeriğini yansıtmaktan uzak kalmıştır.

Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını bozması kanaatimizce yerindedir. Temizlik işlerini yüklenen alt işverenler değişse bile işçilerin değişmemesinin tek başına bir muvazaa göstergesi olmadığı doğrudur. Fakat Yargıtay'ın söz konusu kararına dayanak teşkil eden dosyadaki alt işverenlik sözleşmelerinin yasalara uygun olarak tesis edildiği konusundaki görüşünü, kararda açıklanan bilgilere göre paylaşmak mümkün değildir. Zira karardan; davacının askerden döndükten sonra değişen alt işverenlerin yanında çalışıp çalışmadığı, bu kapsamda işyeri devrinin koşullarının oluşup oluşmadığı, davacının askerden sonra alt işveren/alt işverenler yanında ne kadar süre çalıştığı ve neden işten çıkarıldığı, davacının yaptığı işin sadece temizlik işi ile mi sınırlı olduğu, üniversiteyle arasında hukuki bir bağımlılık olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu değerlendirmeler yapıp da bozma kararı verdiyse Yargıtay'ın gerekçeleri yerindedir.

Bir diğer husus kararda eşitlik ilkesinden etraflıca bahsedilmemesidir. İlk derece mahkemesi muvazaa sebebiyle davacının en baştan itibaren davalı üniversitenin işçisi olarak kabul edilmesine karar vermiştir.

92 Y.9.HD., T. 19.04.2010, 9831/11115, Akyiğit, 524-529

İlk derece mahkemesinin, davacının, davalı üniversitenin işçilerine uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının talebini meşrulaştıran söz konusu kararı karşısında, Yargıtay'ın alt işverenlik ilişkisinin kurulması için gerekli tüm unsurlara değinip, ilk derece mahkemesinin kararının dayanağını oluşturan bu konuyu açıklamaması kanaatimizce eksiklidir.

Kararın en dikkat çekici yönü; asıl işveren yetkilileri tarafından temizlik işlerini yürüten alt işverenin işçilerine, işin yürütümü konusunda bazı talimatlar verilmesinin başlı başına muvazaa olarak değerlendirilmemesi gerektiğine yer verilmiş olmasıdır. Yargıtay'ın bu ifadesi ile konuyla ilgili geçmiş yıllarda oluşturduğu yerleşik görüşünü esnettiği görülmektedir. Zira geçmiş kararlarında Yargıtay, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin emir ve talimatı altında çalışmasını muvazaalı olarak (işçi temini sözleşmesi olarak) değerlendirerek alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işçisi sayılması gerektiğine hükmetmekteydi⁹³. Bu bakımdan Yargıtay'ın yeni kararlarında, yerleşik görüşünü incelediğimiz kararındaki gibi esneten tutumunu devam ettirip ettirmeyeceği önemlidir.

Yargıtay kararının dili sade, anlaşılır ve akıcıdır.

Sonuç olarak incelememize konu Yargıtay kararı somut olayın içeriğini yeterli derecede yansıtmasa da asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, alt işverene verilecek işler bakımından getirilecek kısıtlamalar ve muvazaa konularında yüksek mahkemenin son dönemdeki yaklaşımını mevzuata atıf yaparak ortaya koyması açısından yol gösterici bir karardır.

93 Bu yönde örnek karar olarak bkz. Y.9.HD, T.21.12.2008, E.2008/41361, K.2008/34689, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2008-41361.htm>, (23.05.2012); Y.9.HD, T.13.12.2010, E.2009/41854, K.2010/37458, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2009-41854.htm>, (23.05.2012); Y.9.HD, T.22.12.2008, E.2008/34683, K.2008/41355, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2008-34683.htm>, (23.05.2012);

İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NUN KAT MÜLKİYETİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ¹

Yrd. Doç. Dr. Ebru CEYLAN²

Madde 712a:

A. Unsurları ve Konuları

I. Unsurları

Bir taşınmazın kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti kurulabilir, her kat maliki, kendi inisiyatifiyle kullanma ve binanın içinde arsa paylarını düzenleme yetkisine sahiptir.

Kat maliki, konutlarını diğer kat maliklerinin kullanma hakkını sınırlamamak ve taşınmazın ortak bölümlerine ve ortak tesislerine zarar vermemek veya dış cephesini değiştirmemek kaydıyla yönetme, kullanma ve düzenleme hakkına sahiptir.

Kat maliki, konutu iyi durumda tutmalıdır ve binanın görünümüne özen göstermelidir.

Madde 712b:

II. Konusu

Kat mülkiyetinin konusu katlar veya katların bölümleri veya ticari bürolar veya buna benzer yerler olabilir. Burada eklentiler de kapsama girmektedir.

Kat maliki kat mülkiyeti üzerindeki özel hakkını şu durumlarda kazanamaz:

1. Arazi ve bina üzerindeki üst hakkı üzerinde
2. Binanın varlığı ve düzeni için önemli bölümleri üzerinde veya diğer kat maliklerinin yerleri üzerinde veya binanın dış şekli ve görünümüyle ilgili önemli kısımlarında
3. Diğer kat maliklerinin kullanımı için gerekli olan tesisler üzerinde

¹ İsviçre Medeni Kanunu'nun kat mülkiyeti ile ilgili bazı hükümlerinde 1 Ocak 2001, 1 Ocak 2011 ve 1 Ocak 2012 tarihlerinde yürürlüğe giren Federal Kanunlarla eklenen yeni düzenlemeler gelmiştir. Bu nedenle 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu 'nun bu hükümlerinin karşılaştırılmasında yararlı olacağı düşüncesiyle bu çeviri yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu 'nun kat mülkiyetiyle ilgili hükümleri 19 Aralık 1969 tarihli olup 1 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Kat malikleri, kat mülkiyetinin kurucu işleminde veya aynı hukuki etkiyi sağlayan sözleşmede binanın diğer kısımlarının ortak olduğunu belirleyebilirler. Yeter ki bu kısımları kullanma hakkı, kendi tekellerinde olmasın.

Madde 712c:

III. Tasarruf İşlemleri

Kat malikinin yasal önalım hakkı , payı kazanan üçüncü kişilere karşı yoktur; fakat kat mülkiyetini kuran işlemde veya tapu kütüğüne kayıtlı resmi sözleşmede bir önalım hakkı kurulması düzenlenebilir.

Kat mülkiyetinin kurucu işlemi veya bu anlaşmada bir katın intifa hakkıyla veya oturma hakkıyla yüklü olarak geçerli şekilde devredilmeyeceği veya kiralanmayacağı öngörülebilir, yeter ki diğer kat malikleri çoğunluk kararıyla bu işlemin bildirilmesinden on dört gün sonra itiraz etmemiş olsunlar.

İtiraz haklı bir sebebe dayanmıyorsa hükümsüzdür³.

Madde 712d:

B. Kurulması ve Sona Ermesi

I. Kurucu İşlem

Kat mülkiyeti, kat mülkiyeti kütüğüne yapılan tescille kurulur.

Tescil şunları gerektirir:

1. Kat maliklerinin bağımsız bölümlerini kat mülkiyetine çevirmeleri konusunda anlaşmaları
2. Gayrimenkulün malikinin veya bağımsız ve sürekli üst hakkı sahibinin kat mülkiyeti rejiminin kurulması için yaptıkları irade açıklaması
3. Hukuki işlem resmi şekilde yapılmışsa veya miras hukukundaki vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapılmışsa geçerli olur.

Madde 712e:

II.Sınırlama ve Arsa Payları⁴

Kurucu işlem katların veya katların bölümlerinin ve taşınmazın bir arsa payının değerini veya her bir katın temsil ettiği üst hakkını belirtmelidir⁵.

3 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren yürürlükte olan 19 Aralık 2008 tarihli Federal Usul kanunundan eklenmiştir.

4 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan 11 Aralık 2009 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir.

5 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan 11 Aralık 2009 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir.

Arsa payları doğrudan ilgili bütün kişilerin kararıyla ve kat malikleri kurulunun onayıyla değiştirilebilir, ayrıca her kat maliki eğer arsa payı yanlış belirlenmişse veya bina ve çevresine getirilen değişiklikler sonucunda arsa payı yanlış tespit edilmişse düzeltilmesini isteyebilir.

Madde 712f:

III. Sona Ermesi

Kat mülkiyeti ana taşınmazın yok olması veya üst hakkının sona ermesi veya kütükteki sicil kaydının silinmesiyle sona erer.

Kat mülkiyetine son veren bir sözleşme veya bütün arsa paylarını elinde tutan her kat maliki tarafından taşınmazın katlarının üzerinde elverişsiz şekilde devredilmeyen aynı haklara sahip kişilerin iradesi saklı kalarak sicil kaydının silinmesi istenebilir.

Her kat maliki şu şartlar varsa kat mülkiyetinin sona ermesini isteyebilir:

1. Binanın değerinin yarısından daha çok yıpranması durumunda ve binanın yeniden inşa edilmesinin çok ağır bir yük sayılması durumunda
2. Elli yıldır kat mülkiyetine tâbi bir bina ise ve tahsis amacı gereği bozulması nedeniyle kullanılmamışsa⁶

Ortaklığı yaşatmak isteyen kat malikleri, alacaklıların ilişkisini keserek tasfiyeden kaçınabilirler⁷.

Madde 712g:

C. Yönetim ve Kullanma

I. Uygulanabilir Hükümler

Kat mülkiyetiyle ilgili kurallar, yetki bakımından idari işlemlerin ifası ve inşaat çalışmaları için uygulanır.

Bu kuralların yerine çelişkili değilse kurucu işlemde öngörülen veya bütün kat maliklerince oybirliğiyle öngörülen kurallar uygulanabilir.

Her kat maliki,yönetim ve kullanmayla ilgili kuralın kat maliklerinin çoğunluğunun kabulüyle geçerli olacağını ve kütüğe yazılmasını isteyebilir. Kurucu işlemin içinde bu hususta kural varsa kat malikleri çifte çoğunlukla aldıkları kararla bunu değiştirebilirler.

6 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan 11 Aralık 2009 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir

7 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan 11 Aralık 2009 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir.

Kullanma haklarıyla ilgili kurallardaki her değişiklik, doğrudan ilgili kat maliklerinin onayına sunulmalıdır⁸.

Madde 712h:

II. Ortak Giderler ve Ortak Yükümlülükler

1. Tanımı ve Paylaşma

Kat malikleri ortak yükümlülükler ve ortak idari giderlere arsa payı oranında katlanmak zorundadır. Özellikle aşağıdakiler bu türde yükümlülükleri ve giderleri oluşturur:

1. Taşınmazın ortak bölümleriyle ilgili onarımlar ve gayrimenkulün tesisleriyle ilgili onarımlarla ilgili zorunlu giderler
2. Yöneticinin tazminatı dahil yönetimle ilgili giderler
3. Kat malikine düşen kamu hukuku ve vergileriyle ilgili ödentiler
4. Kat maliklerinin müteselsilen sorumlu olduğu gayrimenkuldeki rehlinli alacaklılara karşı ödenecek faizler ve yıllık ödentiler

Eğer binanın bazı bölümleri veya bazı tesisleri kat maliklerine çok az hizmet veriyorsa veya hiç hizmet vermiyorsa bunların giderleri paylaşım da hesaba katılır.

Madde 712i: Ortak Giderlerin Teminatı

a. Kanuni İpotek

Kat malikleri, diğer kat maliklerine karşı son üç yıllık ortak giderleriyle ilgili haklarını teminat altına almak için kat malikinin payı üzerinde bir ipoteğin tescil edilmesini isteyebilir.

Varsa yönetici, yoksa her kat maliki, kat maliklerinin çoğunluğunun aldığı karara veya hakimin kararına veya lehine ortak giderin haczedildiği alacaklının kararına dayanarak bu talepte bulunabilir.

Kalan kısım için zanaatçı ve müteahhitlere ilişkin kanuni ipoteğin kurulmasıyla ilgili hükümler kıyasen burada uygulanır.

Madde 712k: Saklama Hakkı

Kat malikleri, son üç yıllık ortak giderlerle ilgili haklarını teminat altına almak için kat malikinin yerlerindeki kullanmaya ve düzenlemeye yarayan taşınırları üzerinde kiracıyla aynı saklama hakkına sahiptir.

⁸ 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan 11 Aralık 2009 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir

Madde 712 l: Medeni Hakları Kullanma

Kat malikleri, kendi adına kat maliklerinin ortak giderlerini ve yenileme fonu gibi tasarruflarını kendi adına işi gereği varlık olarak kazanır.

Kat malikleri, kendi adına dava açabilir veya davalı olabilir⁹.

Madde 712m:

D. İdare

I. Kat Malikleri Kurulu

1. Yetki ve Hukuki Statü

Kat malikleri kurulunun özellikle şu yetkileri vardır:

1. Yöneticinin yetkisine girmeyen idari işleri düzenlemek
2. Yöneticiyi belirlemek ve faaliyetini kontrol etmek
3. İdari işleri bıraktıkları bir komite veya temsilci belirlemek, yöneticiyle ilgili yükümlülüklerde yöneticiyi kontrol etmesi ve kurula bir rapor vermesi için belirlenen temsilci
4. Kat malikleri arasında her yıl aidatların ve giderlerin paylaşılmasıyla ilgili ödentiye karar verilmesi
5. Bina yenileme çalışmalarına karar verilmesi
6. Yangına ve diğer risklere karşı binayı güvenceye alma ve gerekli sorumluluk sigortalarını yaptırmak ve kendi bağımsız bölümünü iyileştirmek için olağanüstü harcamalar yapan kat malikinin eğer kendi hesabından tamamlayıcı bir sigorta kurmamışsa ek prim ödemesini sağlamak

Kanun'un aksine bir düzenlemesi yoksa derneğin organlarına ve kararlarına uygulanan kuralla kat malikleri kuruluna ve komiteye uygulanır.

Madde 712n:

2. Toplantıya Çağırma ve Başkanlık

Yönetici, aksine düzenleme yoksa kat malikleri kurulunun başkanıdır ve temsilcisidir, kat malikleri kurulunu toplantıya çağırmaya yetkilidir.

Kat malikleri kurulunun kararları dava konusu olabilir.

9 1 Ocak 2001 tarihinden itibaren yürürlükte olan 24 Mart 2000 tarihli Federal Kanun'dan eklenmiştir.

Madde 712o:

3. Oy Hakkının Kullanılması

Birden çok kişi, ortak olarak bir katın sahibiyse onların sadece bir oyu vardır ve iradeleri temsilciyle açıklanabilir.

Kat maliki ve intifa hakkı sahibi,oy kullanma ile ilgili anlaşabilirler. Anlaşamazlarsa intifa hakkı sahibi idari sorunlarda oyunu kullanır; ancak yararlı olan veya kullanımda rahatlık veren inşaat çalışmaları bunun dışında kalır.

Madde 712p:

4. Yeter Sayı

Kat malikleri kurulu, tüm kat maliklerinin yarısı varsa veya en az iki kat maliki varsa veya bundan başka payların yarısı kadar değeri temsil eden varsa kat maliklerini geçerli olarak toplantıya çağırabilir.

Eğer kat malikleri kurulu toplantı yetersayısına ulaşmamışsa, ilk toplantı gününden en geç on gün sonra yeniden ikinci toplantıya çağırılır.

Yeni toplantı, bütün kat maliklerinin üçte biri kadar sayıya ulaşmışsa veya en az iki kat maliki varsa veya temsil edilmişse geçerli olarak toplanabilir.

Madde 712q:

II. Yönetici

1. Atanması

Kat malikleri kurulu yöneticiyi atayamıyorsa her bir kat maliki, yöneticiyi hakimin atamasını isteyebilir.

Aynı hak yasal bir menfaati olan herkese, özellikle rehinli alacaklıya ve sigortacıya aittir.

Madde 712r:

2.Görevden Alınması

Kat malikleri kurulu zarara karşı tazminat isteme hakları saklı kalmak kaydıyla her zaman yöneticiyi görevinden alabilir.

Haklı sebepleri saymaksızın kat malikleri kurulu yöneticiyi görevden almayı reddederse her kat maliki, aynı ay içinde hakimden görevden alınmasını isteyebilir.

Hakimin atadığı yönetici,kendi işlerinin bitme süresinden önce görevden alınamaz.

Madde 712s:

3. Yükümlülükler

a. İdarenin Kararlarının Uygulanması ile İlgili Hükümler

Yönetici, kanuna ve kat malikleri kurulunun kararlarına uygun şekilde ortak idari işleri yerine getirir. Yönetici, meydana gelecek zararı önlemek veya tazmin etmek için bütün tedbirleri kendi kararıyla alır.

Yönetici, kat malikleri arasında ortak yükümlülükleri ve giderleri paylaşır. Fonları gerektiği şekilde idare eder.

Yönetici, tekel niteliğindeki hakların, bağımsız bölümlerin, ortak tesislerin kullanılmasında Kanunu ve kat malikleri kurulunun kurallarını dikkate alır.

Madde 712t:

b. Üçüncü Kişilere Karşı Temsil

Yönetici, üçüncü kişilere karşı bütün ortak idari işlerde ve hukuki konularda kat malikleri kurulunu ve kat maliklerini temsil eder.

Yönetici, usulle ilgili ihbarlar dışında kat malikleri kurulunun önceden izni olmadan bir davada davacı veya davalı olarak kat malikleri kurulunu temsil edemez. Ancak kuruldan bu izni daha sonra alacağı acil durumlar varsa yönetici, kurulu temsil edebilir.

Kat malikleri Kurulu ile ilgili beyanlar, hükümler, kararlar, ihbarlar hakkında geçerli olarak yöneticinin yerleşim yerine veya şeyin bulunduğu yere bildirilebilir.

GAZETECİLERİN HABER KAYNAKLARI İLE HABER KAYNAĞININ GİZLİLİĞİ NASIL SAĞLANABİLİR?

Fikret İLKİZ

GİRİŞ

Böyle bir başlıkla soru sorulmasına neden olan ortam, gazeteciler hakkındaki soruşturma ve ceza davalarıdır. Ayrıca asla ayrıcalık gibi algılanmaması gereken gazetecilere tanınmış olan bazı hakların ve hatta yasalarla bu haklarının korunma mekanizmalarının kurulmasının temel nedeni, aslında hepimizin ifade özgürlüğü ile bilgi edinme, gerçekleri öğrenme, haber alma hak ve özgürlüğümüzün korunmasıdır.

24 Kasım 2012 tarihinde konusu “**Türkiye’de Medya ve İfade Özgürlüğü**” olan ve gazetecilerin katılım konusunda pek itibar etmedikleri bir toplantı düzenlenmişti.¹

Avrupa Gazeteciler Federasyonu Başkanı Arne Konig, bu toplantıda yaptığı konuşmasında Türkiye’nin kaderine değinerek 1990’lı yıllarda “öldürülen gazeteciler” ülkesi olduğunu, 2012 yılında ise “hapisteki gazeteciler” listesinin en başında olduğunu söylemişti.

Arne Konig’e göre, basın özgürlüğü konusunda Avrupa geriye gidiyordu. Özellikle Avrupa’nın içinde bulunduğu durum ifade özgürlüğünün korunması bakımından hiç de iç acıcı değildi. En tipik örnek ülke olarak Macaristan’ı verdi. Bu ülkenin açıkça ve isteyerek ifade özgürlüğünü baskı altında tutmak konusunda hiçbir tereddüdü bulunmuyordu. AİHM önünde Rusya ile Türkiye arasındaki yarış ise, hak ihlalleri konusunda kimin birinci olacağı!

Bu toplantıda en ilginç tespitler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi Işıl Karakaş’tan geldi. Özellikle AİHM kararları ve bu kararlar karşısında ülkelerin durumunu anlatırken ifade özgürlüğü konusunda ne kadar hazin bir tablo içinde olduğumuz ortaya çıktı.

Prof. **Karakaş**’ın verdiği bilgilere göre AİHM’in yaklaşık yarım yüzyıl

¹ Bu toplantı Friedrich Ebert Stiftung, Umut Vakfı, Bianet ve Avrupa Gazeteciler Federasyonu tarafından ortaklaşa düzenlenmiş ve İstanbul’da gerçekleştirilmiştir.

içinde verdiği 15 bin dolayında karardan 2747'si, yani yüzde 18.49'u Türkiye hakkında ve büyük çoğunluğu "ihlal" içeriyor. "Mahkemeye yapılan başvurularda Rusya'dan sonra ikinci olmamız, bir gelişme gibi gösteriliyor ama burada yanıltıcı bir durum var" demişti Prof. Karakaş.

31 Ekim 2012 tarihli listeye göre 1959 yılından itibaren 2012 yılı dâhil Rusya'dan AİHM'sine yapılan başvuru sayısı 28.600. Bu sayı AİHM'ye yapılmış toplam başvuruların yüzde 22,3'üne karşılık geliyor. Türkiye'den bekleyen şikâyet sayısı ise 16900. Bu rakam toplam başvuru sayısının yüzde 13,2'si. Dolayısıyla sadece Rusya-Türkiye mahkemenin iş yükünün yüzde 35,5'ini işgal ediyor.

Rusya'dan AİHM'ye gelen başvuru sayısının nitelikleri ile Türkiye'den gelen başvuruların karşılaştırmasını yapan Karakaş'a göre: "Rusya ile ilgili şikâyetlerin yüzde 90'ı mahkeme tarafından daha başında atılacak, kabul edilmeyecek nitelikte. Ancak Türkiye hakkında yapılan başvurularda atılabileceklerin oranı yüzde 40 dolayında. Bu da şikâyetlerin yüzde 60'ının incelenebilecek ve başvurunun kabul edilebilir nitelikte olduğuna işaret ediyor. Bu durumda şikâyet toplamında da Rusya'nın önüne geçiyoruz."

Sayın Karakaş, ihlallerin geleceğine dönük olarak da şu öngöründe bulunuyor: "Türkiye'den gelen dosyaların önemli bir bölümü tekrarlanan şikâyetler. Zaten bu tür başvurularda artık hükümetten görüş bile istemiyoruz. Sonuçta bu tür şikâyetlerin büyük çoğunluğu dairenin önüne gelecek ve en az bir ihlal çıkacak demektir. Durumumuz hiç parlak değil..."

Prof. Karakaş sözlerine şöyle devam etti: "Karşımızdaki panoramada örneğin işkenceyle ilgili ihlal kararlarının ifade özgürlüğünden sayıca fazla çıkması öncelik politikasından kaynaklanıyor. Örneğin bu yıl mahkemenin ifade özgürlüğü maddesinden yalnızca 5 ihlal kararı çıktı. Sayı az olunca Türkiye ifade özgürlüğü açısından güllük gülistanlık bir ülke gibi gözüküyor. Oysa gerçek durum, biliyoruz ki böyle değil. Türkiye'de basın özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine uygun bir şekilde gerçekleşmesini engelleyen pek çok yasa hükmü ve yargı kararı var."

Prof. Karakaş, bu noktada 1959-2011 yılları arasında AİHM'in ifade özgürlüğünden verdiği ihlal kararları arasında en çok ihlalin gerçekleştirildiği ülkenin Türkiye'ye olduğunu hatırlatarak, "Türkiye'nin şampiyonluğu hiç bırakmadığı bir alan ifade özgürlüğüdür" demişti.

İstatistiklere göre, mahkeme tarihi boyunca Türkiye hakkında ifade özgürlüğünden toplam 207 ihlal kararı çıkmış. Türkiye'ye en yakın ülke

ise 32 ihlal kararı ile Avusturya. Prof. Karakaş'ın cümleleriyle ifade etmek gerekirse; "Bazı ülkelerin hiç ihlal kararı yok. 207 çok büyük bir rakam, daha büyüğü yok. Kaldı ki, öncelik politikası nedeniyle zaten gerçek durumu da yansıtıyor"

Özetlersek eğer; "Türkiye'de bugün ifade özgürlüğü alanındaki ihlallerin yaygınlığı bu istatistiklerin yansıttığından çok daha vahimdir."

AIHM, kararına göre "kabul edilebilir eleştiri sınırlarının özel şahıslarla kıyaslandığında siyasiler açısından daha geniş olduğu" yolundaki içtihadını hatırlatan Prof. Karakaş, "Mahkemenin bu konuda yerleşik bir içtihadı var" diyerek, bunun değişmesinin söz konusu olmadığını kayda geçirdi ve ekledi: "Politikacıların eleştiriye tahammül alanının geniş olması gerekiyor..."

Sonuçta AIHM yargıcı Strasbourg'dan Türkiye hakkında görünen tabloyu şöyle özetliyor: "Bugün Türkiye'de gözlenen şudur: Ceza hukuku ve orantılı olmayan sert cezalar medya üzerinde baskı yaratmaktadır. Bu tespit, AIHM'nin 1999'dan bugüne verdiği Türkiye'deki basın özgürlüğü ile ilgili bütün kararların temelini oluşturuyor." (AIHM. Erdoğan ve İnce / Türkiye /1999 kararı)

AIHM'in 2011'deki ihlal kararları istatistiğine göre, Türkiye 159 kararla birinci, Rusya'nın ise 121 kararla ikinci durumda. AIHM 2012 yılında toplam 1093 karar vermiş ve bu kararlardan 903'ünde Sözleşmenin en az bir maddesinden ihlal çıkmış. İçinde en az bir ihlal olan toplam 903 karardan 122'si Rusya'ya ait. İkinci sırada en az bir ihlal içeren 117 kararla Türkiye geliyor. Ama Türkiye hakkındaki 122 kararın içinde yer alan bu kararların içerdiği hak ihlali sayısının toplamı ise 248.

Bu istatistikleri Türkiye'nin 1987 yılından itibaren bireysel başvuru hakkını tanımış olması ve 1990 yılında AIHM'in zorunlu yargı yetkisini tanımış bir ülke olduğunu dikkate alarak değerlendirecek olursak; 25 yıl içinde hak ihlali sayımız diğer ülkelere göre bir hayli yüksek demektir.

2012 yılında AIHM'in Türkiye hakkında "uzun yargılama"dan 51 ihlal kararı vermiş bulunuyor. Yine "özgürlük ve güvenlik hakkı"ndan dolayı yani uzun tutukluluk süresi, tutuklama kararlarında gereksiz olması ve savunmanın delillere ulaşması gibi nedenlerle 37 ihlal kararı verilmiş.²

AIHM istatistikleri bakımından 1959-2011 yılı arasında 52 yıl içinde ifade özgürlüğü konusunda bize en yakın ülke olarak gözükten Avusturya'nın 32 ihlal kararına karşı, 1990 yılında AIHM'in zorunlu yargı

² Ergin, Sedat. "AIHM'de ihlal sıralamasında birinciliği Rusya'ya kaptırdık". Hürriyet. 03.02.2013.

yetkisini kabul eden Türkiye'nin 1990-2011 yılları arasındaki 21 yıl içinde ifade özgürlüğü ile ilgili başvurular nedeniyle hakkında verilen 207 ihlal kararı³, sadece rakam olarak değil içinde bulunduğumuz durumun en acı istatistik sonuçlarından biri.

I- HABER KAYNAKLARININ GİZLİLİĞİ NEDEN SAĞLANMALIDIR?

İfade özgürlüğü ile ilgili sorunların bitmek tükenmez biçimde yaşandığı böyle bir ortamda, yürütülen soruşturmalar ve/veya devam eden ceza davalarının varlığı nedeniyle üzerinde bir kez daha durulması gerektiğine inandığımız gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği konusuna yakın tarihli AİHM'in Büyük Daire kararı ışığında yeniden değinmekte yarar görüyoruz.

İstanbul Barosu Dergisi'nde yayımlanmış olan konuyla ilgili önceki yazımızı⁴ bitirirken sonuç yerine gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği hakkı ile her türlü bilgi, belge ve haber kaynağını açıklamaya ve tanıklık yapmaya zorlanamaması hakkının yasal bir hak olduğunu ve her koşulda bu hakkın korunması gerektiğini ifade etmiştik.

Bu nedenle AİHM Büyük Daire kararının önemine değinmeden önce konu hakkındaki iki önemli AİHM kararını yeniden anımsatmak isteriz.

Biri Goodwin, diğeri, Tillack ve Voskuil kararlarıdır.

Bilindiği üzere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 7 sayılı Kararına Ek "**Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili İlkeler**" hakkındaki 8 Mart 2000 tarihli Tavsiye Kararının kaynağı, stajyer gazeteci William Goodwin'in, İngiltere'ye karşı yaptığı başvurusu üzerine verilen 27 Mart 1996 tarihli Goodwin v.İngiltere 16/1994/463/544 sayılı AİHM kararıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında; ifade özgürlüğünün demokratik toplumların ana dayanaklarından biri olduğunu ve basına tanınan korumanın özel bir öneme sahip olduğunu hatırlatmıştır. AİHM'sine göre, **gazetecilik kaynaklarının korunması**, hukuklarda ve üye devletlerin pek çoğundaki mesleki yürütme ilkelerinde (basın meslek ilkelerinde veya etik değerlerinde) belirtildiği ve gazetecilik özgürlükleri hakkındaki bazı uluslararası belgelerde onaylandığı üzere, **basın özgürlüğünün ana koşullarından biridir**. (...) Böyle bir koruma olmadığı takdirde, kaynaklar, kamu yararına olan meselelerde kamuyu bilgilendirmek konusunda basına yardımcı olmaktan kaçınabileceklerdir.

3 İlkiz, Fikret. İfade Özgürlüğünün 207 Davası. 10.12.2012

4 İlkiz, Fikret. Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir. İstanbul Barosu Dergisi. 2012. Cilt 86. Sayı 2012/3 Mayıs Haziran. Sayfa 25-38.

Sonuç olarak, basının hayati nitelikteki kamunun bekçi köpeği olma rolü sarsılabilecek ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneği kötü yönde etkilenebilecektir.

Demokratik toplumda basın özgürlüğü için kaynakların korunmasının önemi çok büyüktür. Eğer kaynak açıklama konusunda ortaya konan yasal zorunluluk hali gerçekten bir “zorunluluk” değilse ve kamu yararından daha üstün bir talep söz konusu olmadığı sürece “haber kaynağının açıklanması” veya “haber kaynağı kimliğinin açıklanması” konusunda yapılacak bir düzenleme Madde 10 ile çelişik olarak kabul edilmelidir.

Bir diğer AİHM kararı ise 27 Kasım 2007 tarihli 20477/05 başvuru numaralı “**Tillack v. Belçika**” davasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gazeteci olan başvurucunun evinin ve ofisinin aranmasını Sözleşmenin 10. maddesinin yani ifade özgürlüğünün ihlali saymıştır.

AİHM, Brüksel’de Avrupa Birliği politikaları ve AB içindeki gelişmeleri izleyen Alman gazeteci **Hans Martin Tillack**’ın “haber kaynaklarının ihlal” edildiği ve haber malzemelerine el konulduğu gerekçesiyle Belçika’ya, 10 bin avro manevi tazminat ve mahkeme giderlerinin ödenmesine karar verdi.⁵

Almanya’da haftalık yayın yapan Stern dergisi için Ağustos 1999-Temmuz 2004 döneminde Brüksel’deki gelişmeleri izleyen muhabir Hans Martin Tillack, bir Avrupalı memurun verdiği bilgilere dayanarak 2002 yılının Şubat ve Mart aylarında Stern dergisinde Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu’nda (**OLAF**) yaşanan usulsüzlüklerle ve bu durumla ilgili olarak OLAF’ın yürüttüğü iç soruşturma ile ilgili iki haber kaleme aldı. Başvuru sahibinin sır olarak kalması gereken gizli bilgiler sağlaması karşılığında haber kaynağına 8 bin avro ödediğini iddia eden OLAF, bu görevlinin tespit edilmesi için başlattığı iç soruşturmada sonuç elde edemeyince gazeteci hakkında suç duyurusunda bulundu. Başvurucu hakkında Avrupa Kurumlarında yürütülen iç soruşturma süreci ile ilgili olarak gizli bilgileri elde etmek için bir idari memura rüşvet verdiği şüphesiyle ve bilgi kaynağının kimliğinin açıklanması için bir soruşturma açılır.

19 Mart 2004 tarihinde başvurucunun evi ve işyeri aranır. Başvurucunun tüm çalışma belge ve kâğıtlarına ve araçlarına el konulur. Başvurucu kendisine ait olan eşyaların yani el konulan 16 zarflanmış belge ve kâğıtlarının, iki kutu dolusu dosyasının, iki bilgisayar, dört cep telefonu ve bir metal dolabın geri verilmesini talep eder ama bir sonuç alamaz.

5 Önderoğlu, Erol. “AİHM Fransa ve Belçika’ya İfade Özgürlüğü Cezaları Verdi” BİANET. <http://www.bianet.org/bianet/bianet/103189-aihm-fransa-ve-belcika-ya-ifade-ozgurlugu-cezaları-verdi>

Gazeteci Tillack Avrupa Ombudsman'ına bir şikâyette bulunur ve Mayıs 2005'te Ombudsman, Avrupa Parlamentosuna özel bir rapor sunar.

Başvurucu, başvurularının sonuçsuz kalması üzerine 30 Mayıs 2005 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak özellikle evinde ve işyerinde yapılan arama ve el koyma işlemleri nedeniyle Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü hakkını ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM tıpkı Goodwin kararında olduğu gibi basının demokratik bir toplumda esaslı bir rol oynadığını yinelemiş ve gazetecilikle ilgili kaynakların korunmasının basın özgürlüğünün temel şartı olduğunu belirtmiştir.

AİHM, başvurucu hakkındaki davanın soruşturma aşamasında gerçekleştirilen **aramaların ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale olduğu**nu dikkate almıştır. Hükümet ise bu müdahalenin Belçika Ceza Usul Kanuna göre suçun ve düzensizliğin önlenmesini sağlamak, bilgi kaynağının açıklanmasını sağlamak ve başkalarının ün ve haklarını korumak adına yapıldığı ileri sürmüştür.

Müdahalenin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığını inceleyen AİHM, aramanın gerçekleştirildiği yerde ve zamanda, asıl amacın başvurucunun makalelerinde belirttiği **bilgilerin kaynağını açıklamaya yönelik olduğunun** açıkça farkına varmıştır.

O halde bu müdahale ve alınan bu tedbirler gazetecilikle ilgili haber kaynakları ve bu kaynakların korunmasıyla ilgilidir. (...) AİHM Belçika Mahkemelerince “uygun” sebepler gösterilmiş olmasına rağmen, ileri sürülen bu gerekçeler gazetecinin evinde ve işyerinde yapılan ve daha sonra yalanlanan bu aramaların haklı görülmesini ve bu aramalarla gazetecinin belgelerine el konulmasını “uygun” kılmayacaktır. Açıkça aramaları ve el koymayı orantısız kabul eden AİHM’ Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁶

AİHM, **Voskuil-Hollanda Davası** (22 Kasım 2007 Başvuru no. 64752/01) kararında haber kaynağını açıklamayı reddeden gazeteci hakkında verilen “gözaltı” kararının hak ihlali olduğuna ve Hollanda'nın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

6 Türmen, Rıza. milliyet.com.tr. 14.Mart 2011. Türkiye’de Basın Özgürlüğü. “Basın özgürlüğüyle ilgili başka bir sorun da, Şener ve Şık'ın evlerinde yapılan arama ve el koymalar. Arama ve el koyma, basın özgürlüğünün ayrılmaz bir ögesi olan haber kaynağının gizliliğiyle yakından ilgili. Roemen ve Schmit/Lüksemburg (2003), Ernst/Belçika (2003), Tillack/Belçika (2007) kararlarında AİHM, gazetecilerin evlerinde ya da işyerlerinde yapılan arama ve el koymaların, haber kaynaklarının gizliliği ilkesine aykırı olması nedeniyle Sözleşme'nin basın özgürlüğüne ilişkin 10. maddesini ihlal ettiğine karar verdi. Tillack davasında 16 kasa belge, iki kutu arşiv, iki bilgisayar, dört cep telefonu ve bir madeni kutuya el konulduğunu dikkate alan AİHM, bunu orantısız buldu.”

Voskuil Hollanda'da bedava dağıtılan "Sp!ts" adlı gazetede yayınlanan bir haberinde, ismi açıklanmayan bir polise dayanarak, polislerin sahte vaatlerle Amsterdam'da bir binaya girerek çok sayıda silah ele geçirdiklerini yazmıştı. Mahkeme, haber kaynağının açıklamasını istedi. Gazeteci Koen Voskuil, haber kaynağını açıklamayı reddetmesi üzerine 22 Eylül 2000 tarihinde 18 gün gözaltında tutuldu.

9 Ekim 2000 tarihinde Amsterdam mahkemesi 18 gün gözaltında tutulan Voskuil'in verdiği ifadenin "inandırıcı olmadığını" belirterek serbest bırakılmasına karar verdi. Bu olay nedeniyle Sp!ts gazetesi ile Hollanda Gazeteciler Sendikası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurdu.

AIHM, haber kaynağını açıklamayı reddeden gazeteci Koen Voskuil'in 2000 yılında 18 gün gözaltında tutulmuş olmakla Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen düşünce ifade özgürlüğü ile 5.1 maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verdi.

AIHM verdiği kararda muhabirin haber kaynağının korunmasının basın özgürlüğünün temel ilkesi olduğunu ve eğer böyle bir koruma olmazsa ortaya çıkan sonuçlar üzerinde durarak kararında "bu tür korumanın olmadığı yerde kaynakların çekimser yaklaşarak kamuoyu yararına olan bilgileri basına vermemeleri kamuoyu çıkarlarını gözetmekle sorumlu basının önemli rolünü dinamitleyebilir" dedi.

Bu üç karardan çıkan sonuçları değerlendirecek olursak eğer, gerçekten gazetecilikte haber kaynağının korunması basın özgürlüğünün sonucudur. Böyle bir koruma olmazsa, gazetecilerin haber kaynakları toplumun genel çıkarlarını ilgilendiren konularda gazetecilere yapacakları yardımdan cayabilirler. Bu takdirde basın, vazgeçilmez rolü olan "gözlemcilik" görevini yerine getiremeyebilir.

Giderek gizli kapaklı yürütülen tüm "işler" karanlıkta kalır ve gazeteciler kamuoyunun "gözü kulağı" olmaktan uzaklaşır veya uzaklaştırılmış olur. Basının kesin ve inandırıcı bilgi ve haber verme yeteneği zayıflatılmış olur. Gazetecilikte haber kaynaklarının önemi dikkate alındığında, mahkemelerin haber kaynaklarını açıklama konusunda verdikleri kararlar yasalara uygun olsa bile, basının bilgi verme ve toplumun gerçekleri öğrenme hakkı üzerinde olumsuz etki yapar. Bu etki demokratik toplum düzeninde meşru amaçla bağdaşmadığı için, gazetecilik kaynağının gizli olmasına yönelik kısıtlamalar AIHM'in son derece titiz incelemesi altındadır.

İşte "haber kaynaklarının gizliliği" konusundaki AIHM Büyük Dairesinin Sanoma-Hollanda kararı üzerinde dikkatle düşünülmesinde yarar bulunan ve iç hukuk mevzuatımızı gözden geçirmemizi gerektiren bir karardır.

II- BÜYÜK DAİRENİN SANOMA KARARI VE ÖNCESİNDEKİ YARGILAMA

Gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği konusunda AİHM Büyük Dairenin 14.9.2010 tarihli “**Sanoma-Hollanda**” kararı çok önemli bir karardır.⁷

Başvurucu şirket Sanoma Uitgevers B.V. Hollanda Krallığı'na karşı yaptığı başvuruda (no. 38224/03) özellikle gazetecilerin haber kaynaklarının ortaya çıkmasına neden olacak bir bilgiyi teslim etmeye zorlanmış olmalarının bir sonucu olarak Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir.

AİHM Üçüncü Daire 2006 yılında üçe karşı dört oyla Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Konu büyük Daire önüne gelmiştir. 14 Eylül 2010 tarihinde Büyük Daire **Sanoma Uitgevers B.V. – Hollanda** (Başvuru no. 38224/03)⁸ hakkındaki kararına göre ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

Karara göre, gazetecilerin “haber kaynaklarını açıklamama hakkını” usul bakımından sağlayan ve tarafsız bir organ tarafından “denetim” yoluyla güvence altına alan **yasal düzenleme** yoksa eğer; Sözleşmenin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ihlal edilmiş demektir.

Kısaca ifade etmek gerekirse; gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliğinin sağlanması için aranan en önemli koşul; gizliliği sağlayacak olan “yargısal denetim mekanizmasının” var olması gerekir ve bu konuda ülkenin iç hukuk mevzuatında bunu sağlayacak yasal düzenleme var olmasıdır.

AİHM Büyük Daire kararına dönelim. Bu önemli kararın çıkmasına neden olan olaylara bakalım. Bu karar gazetecilerin haber kaynakları konusunda verilen en önemli kararlardan birisidir.

Davanın önceki aşamalarının ne olduğuna kısaca bakmakta yarar vardır.

Başvurucu şirket, otomobille ilgilenen okuyucular için **Autoweek** adlı haftalık bir dergi yayınlamaktadır. Hoorn kasabası civarındaki sanayi bölgesinde, 12 Ocak 2002 tarihinde **yasadışı bir sokak yarışı** yapılmıştır. Autoweek'in muhabirleri yarış organize edenlerin davet etmesi üzerine bu yarışta hazır bulunmuşlar, organizatörlerinin dergi ile yapmış oldu-

7 İlkiz, Fikret. Bianet. Haber Kaynağının Gizliliği ve Sanoma Kararı. 17-24 Aralık 2012

8 Kararın tamamı için. http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/aihm/16_Sanomaoutgeversb.V.-Hollanda.pdf. 16 ıncı karar.

ğu anlaşmaya göre, sokak yarışının, katılan otomobillerin ve şahısların fotoğraflarının çekilmesine, katılımcıların kimliklerinin açığa çıkarılmaması koşul ve güvencesiyle izin verilmiştir. Sokak yarışı, orada bulunan ve daha sonra gelen polislerin müdahalesiyle sona ermiştir. Hiç kimse gözaltına alınmamıştır. Bu yarış nedeniyle soruşturma yoktur.

Autoweek Dergisi 6 Şubat 2002 tarihli 7/2002 nolu sayısında yasadışı otomobil yarışları hakkında bir makale yayınlamayı istemiştir. Bu makale yayını ile birlikte 12 Şubat 2002 tarihinde yapılan sokak yarışından çekilen fotoğraflarda yer alacaktır. Ancak fotoğraflar, yarışa katılan araçları ve katılımcıların kimliklerini açığa çıkarılmayacak şekilde yayımlanmıştır. Özgün fotoğraflar başvuru şirket tarafından bir CD-ROM'a depolanmış ve başvuru şirketin farklı dergilerinin yayınlandığı yazı işleri bürosunda (Autoweek değil) saklanmıştır.

Polis ve soruşturma makamları, daha sonra sokak yarışına katılan araçlardan birinin 1 Şubat 2001 tarihli bir soygunda **ram raid** yoluyla (yani çalıntı bir aracın herhangi bir mağazanın vitrinine içindeki malların çalınması amacıyla çarptırılması şeklinde tanımlanan bir hırsızlık türü) kullanıldığından şüphelenmiştir. 1 Şubat 2002'de telefonla Autoweek'in yazı işleri bürosunu bir polis memuru telefonla arar. 12 Ocak 2002 tarihli sokak yarışına ilişkin bütün fotoğrafların polise teslimini ister. Polisin telefonda görüştüğü başyazar (chef reportage), **yarışa katılanların kimliklerinin gizli kalması şartıyla fotoğraf çekilmesine izin verildiği gerekçesiyle, bu talebinin karşılanamayacağını polise bildirir**. Başyazar ayrıca, basının makul olarak bu tür eylemlere karşı korunduğunu düşündüğünü söylemiştir ve yazılı olarak yazı işleri müdürlüğüyle iletişime geçmesini salık vermiştir.

İki polis dedektifi Autoweek yazı işleri bürosuna gelmişler, fotoğrafları isteyip teslimini sağlayamayınca, Autoweek'in genel yayın yönetmenine Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesine göre verilmiş bir kararı tebliğ etmişlerdir. Bu karar **Amsterdam Savcısı tarafından verilmiştir**. Bu kararda, ismi belirlenememiş kişilere karşı Ceza Kanununun 310-312. maddelerinde düzenlenen suçlarla ilgili açılmış soruşturma bağlamında, 12 Ocak 2002 tarihinde Horn'daki yasadışı otomobil yarışı sırasında çekilmiş fotoğrafların ve ilgili bütün belgelerin teslim edilmesi emredilmiştir. Autoweek'in genel yayın yönetmeni sokak yarışına katılanların kimliklerinin **gizli kalması için muhabirler tarafından verilmiş sözlere aykırı olacağını düşünerek**, fotoğrafların teslimini reddetmiştir. Bunun üzerine savcılık Bölge Mahkemesi nöbetçi soruşturma yargıcına başvurmuştur. Soruşturma yargıcı, ceza soruşturması yapma gereğinin başvuru şirkete-

tin gazetecilik ayrıcalıklarına göre daha ağır bastığını ve aslında bu meselede yetkili olmadığını kabul etmekle birlikte, böyle bir yetkisi bulunsaydı, bu yönde bir karar vereceğini ve **hatta büronun aranması emrini de vereceğini** söylemiştir. Karar üzerine şirket, 2 Şubat 2002 günü ihtirazi kayıtlarıyla birlikte, fotoğrafların bulunduğu CD-ROM'u savcıya teslim etmişler ve savcı da CD-ROM'a el koymuştur.

Başvurucu şirket elkoyma kararına itiraz etmiştir. Bölge Mahkemesi el koymanın hukuki olduğuna hükmetmiştir. Bu olayda bir yayıncı/gazetecinin, **delil açıklamama** ayrıcalığından yararlanamayacağını ve **ceza soruşturması yapılmasındaki menfaatlerin, serbestçe haber toplama hakkından daha ağır bastığına; haber kaynaklarını koruma yükümlülüğü bağlamında, söz konusu soruşturmanın yasadışı sokak yarışlarıyla değil, başka ağır suçlarla ilgilenen bir soruşturma olduğu tespitinde bulunmuştur**. Bölge Mahkemesi her ne kadar örneğinin alınmasından ve içeriğin elde edilmesinden sonra elkoyma kararını kaldırmış ve CD'lerin iadesine karar vermişse de, bu olayda gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının mümkün olmadığını, çünkü ağır basan yarar bakımından yapılan soruşturmanın genel kamu menfaatlerine daha uygun olduğu görüşündedir.

Başvurucu şirket Yüksek Mahkemeye temyiz talebinde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme Bölge Mahkemesinin el koymanın kaldırılması ve CD-ROM'un iadesine karar verdiği için başvurucu şirketin artık bu karara karşı başvurmakta bir menfaati kalmağı görüşüyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Dava, AİHM'e taşınmıştır.

III- BÜYÜK DAİRE'NİN SANOMA KARARI VE SONUCU

AİHM, Sanoma Uitgevers B.V.-Hollanda Büyük Daire Son Kararı ile (Başvuru no. 38224/03. 14 Eylül 2010) başvurucu şirkete Hollanda hükümeti tarafından 35.000 Euro ve artı şirkete yüklenebilecek vergilerin ödenmesine karar vermiştir.

AİHM basın özgürlüğü bakımından gazetecilerin haber kaynaklarının ve bilginin korunmasının yaşamsal önemini vurgulamıştır. Bu nedenle "kaynakların belirlenmesine" veya haber kaynağının açığa çıkmasına neden olunacaksa eğer; haber kaynağının korunması konusunda "yasal koruma" olmalıdır. Yapılan müdahale sonucunda haber kaynağının kim olduğunun ortaya çıkmasına neden olunacaksa, ya da haber kaynaklarının korunması hakkına bir müdahalede bulunmak için **"tehlikede olan ilkenin önemiyle orantılı"** yasal usul kuralarıyla belirlenmiş "koruyucu-

lar” bulunmalıdır. Kısacası, iç hukuk mevzuatınızda yasal bir düzenleme ile gazetecinin **haber kaynaklarının korunması sağlanmalıdır.**

AİHM eğer herhangi bir şekilde haber kaynağının açıklanması hakkında ortaya bir karar çıkarsa veya böyle bir karar alınması zorunlu olursa neye dikkat edileceğinin altını çizmektedir. AİHM sadece kimlikleri açığa çıkacak haber kaynakları üzerinde değil, ama aynı zamanda gelecekte olası haber kaynaklarının gözünde de haber kaynaklarının korunması hakkındaki ilkeler ve olası haber kaynakları olumsuz etkilenmemeli ve bu ilkelerin itibarı korunmalıdır. Bu yüzden AİHM’i; *“haber kaynağının kimliğinin açığa çıkmasına neden olan olumsuz kararın”* sadece gazete ya da diğer yayınlar üzerinde etkili olmayacağını, aynı zamanda anonim haber kaynakları aracılığıyla dağıtılan bilgiyi almakta menfaati olan kamuoyunun üzerinde de zararlı etkileri olacağını belirtmiştir.

Nasıl bir koruma gerekmektedir?

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili olaylarda **“bütün resmin mahkemenin önünde olması”** ilkesi, karara bağlanmış önceki davalarda vurgulanmıştır.

Yasal koruyucu mekanizmaların başında, her şeyden önce bir yargıç ya da bağımsız ve tarafsız bir karar organı tarafından denetim yapılması güvencesi gelmektedir. Başka türlü söyleyelim; kurulacak olan ve var olması gereken yasal koruma sistemleri arasında haber kaynağı ile kaynak haberlerin her şeyden önce “bir yargıç” ve/veya “tarafsız bir karar organı” tarafından denetimi sağlanmalıdır ve böyle bir **denetim mekanizmasının** sağladığı bir **“güvencenin”** var olması gerekmektedir.

Gerekli denetim, yürütme organından ve ilgili taraflardan ayrı bir organ tarafından yapılmalıdır. Bu organ, böylesi bir materyal teslim edilmeden önce gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine ve ağır basan kamu yararına ilişkin bir gereklilik olup olmadığını karara bağlayabilmelidir. Eğer bir kamu yararı yoksa haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz erişimi de engelleyebilmelidir.

Suç soruşturma makamlarının acil talepler karşısında ayrıntılı gerekçeler göstermeleri pratikte pek mümkün olmayabilir. Ama en azından soruşturma sırasında *“elde edilen belgelere ulaşılmadan ve kullanılmadan önce”* bağımsız bir denetimin gerçekleştirilmiş olduğu durumlarda; herhangi bir gizlilik sorununun ortaya çıkıp çıkmadığı, çıkmışsa olay özetinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının dayandığı kamu yararının, haber kaynağının korunmasına ilişkin genel kamu yararından daha üstün gelip gelmediğinin tespiti yeterlidir. AİHM’e göre, böylesi haber kay-

naklarının açığa çıkmasına neden olabilecek materyalin/belgelerin/bilgilerin teslim edilmesinden veya suç soruşturma makamları tarafından elde edilmesinden sonra denetimin yapılması, gizlilik hakkının özünü zedeleyecektir.

Aslında, pratikte en zor tespitlerden birisi de budur. Ama yargıç ya da bağımsız ve tarafsız diğer bir organın **denetiminin önleyici** bir niteliği bulunmaktadır. Herhangi bir açıklama öncesinde ve açıklama talebine ilişkin belgeye/bilgiye dayanılarak açıklama yapılmak istenen durumlar ortaya çıkabilir.

Ama yine de yetkililerin (suç soruşturma makamlarının örneğin) elde edilen belgeye göre açıklama yapma istekleri karşısında eğer açıklama yapılırsa potansiyel riskler ve ilgili menfaatler tartılmalıdır. Alınacak karar, elde edilen belgenin/haberin veya haber kaynağının kimliğinin açıklanması yerine; “daha az zorlayıcı bir tedbirin, tespit edilen kamu menfaatlerine ağır basmaya hizmet etmek için yeterli olup olmadığı dâhil”, net ölçütlerle verilmelidir. Kısacası, karar açık ve net olarak verilmiş bir karar olmalıdır.

Yargıç ya da diğer bir makama, adları ilgili materyalde ister geçsin ister geçmesin, böyle bir belgenin yayınlanmasının gazetecinin haber kaynaklarına ciddi bir zarar verme tehlikesi yarattığı gerekçesiyle haber kaynaklarını korumak için açıklama kararı vermeme veya sınırlı veya şartlı açıklama kararı verme imkânı tanınmalıdır (*Nordisk Film & TV A/S – Danimarka kararı no. 40485/02*).

Acil durumlarda, materyal/haber/bilgi ve belgeler yetkililer tarafından kullanılmadan önce, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek bilgi ile bu tür riski taşıyan bilgiyi belirleyebilecek ve ayırabilecek bir usul, **yasal bir düzenleme mevcut olmalıdır**.

AİHM kararında örneklendiği üzere, gazetecilerin belgelerine hukuka uygun olarak el koyulabilmesi için, ön adli soruşturma açılması ve bir soruşturma yargıcının karar vermesi gereklidir. Hollanda’da bu konuda karar verme yetkisi bağımsız bir yargıç yerine bir savcıya verilmiştir. Savcı, diğer devlet memurları gibi, temel dürüstlük yükümlülüğüyle bağlı olmasına rağmen, usul bakımından, gazetecinin haber kaynağının korunmasına uygun olmayan menfaatleri savunan bir “taraf” olup, yarışan değişik menfaatlerin değerlendirmesini yapabilmek için gerekli objektiflik ve tarafsızlığa sahip biri olarak görülemez.

O halde, **bu iş savcılarının işi değildir**. Ama tarafsız ve bağımsız bir yargıç tarafından “ön inceleme” yapılabilir.

Bu yargıç kim olacaktır sorusu ayrı bir öneme sahiptir. Ya da mahkemelerdeki yargıçlardan birisi, soruşturmayı yürüten yargıçlardan birisi acaba bu işi yapabilir mi? Bu soruların yanıtını aramaya başladığımız andan itibaren bunun için iç hukuk mevzuatımızda “yasa” yapılması zorunludur ve böylece gazetecilerin belgeleri ve haber kaynakları üzerindeki denetimin ve güvencenin de yasal olması sağlanacaktır. Aksi takdirde, soruşturma makamları, gazetecilerin tüm haberlerine, bilgilerine, belgelerine ve haber kaynaklarına el koyabilir. Savcılar da bu el koymaya “göz yumabilirler”, çünkü bu konuda yasal bir düzenleme yoktur. Böylesi bir durum hukukun üstünlüğü ile bağdaşmaz.

Yasal düzenleme yoksa eğer, gazetecinin haber kaynaklarını açıklamama hakkı ile haberlerinin, elde bulundurduğu belgelerin ve bilgilerinin “gizliliği” ihlal edilmiş demektir.

Hukukun kalitesi gereği, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasında var olan kamu yararına karşılık, açılacak veya süren bir ceza soruşturmasında daha üstün bir kamu yararı bulunup bulunmadığını bağımsız olarak değerlendirebilmek için yeterli yasal koruyucular bulunmadığı takdirde müdahale “hukuken öngörülmüş” olmadığından, Sözleşme’nin 10. maddesi yani basın özgürlüğü ihlal edilmiş sayılacaktır.

AİHM Büyük Daire kararında gerekli olan yasal, “koruyucu” usul kuralları bulunmaması nedeniyle soruşturma makamlarının veya yürütmenin gazetecileri “bilgi açıklamaya zorlamasının” Sözleşme’nin 10. maddesinin (2). fıkrasında böyle bir sınırlandırmanın “hukuken öngörülmemiş” olduğu sonucuna varmıştır. O halde, böyle bir sınırlandırma ölçütü yoksa uygulamanın meşru olup olmadığını incelemeye de gerek yoktur. Hukuken öngörülmeyen yani yasal düzenleme bulunmayan bu durumlarda hak ihlal edilmiş demektir.

AİHM Büyük Daire Kararının sonucuna göre; gazetecilerin “**haber kaynaklarını açıklamama hakkını**” koruyan ve usul bakımından bu korumayı sağlayan ve tarafsız olan bir organ ve bu organ tarafından “denetim” yoluyla haber kaynaklarının gizliliğini güvence altına alan **yasal düzenleme** yoksa eğer; Sözleşmenin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ihlal edilmiş demektir.

IV- TÜRKİYE’DE DURUM SÜREKLİ İHLAL MİDİR?

Türkiye’de gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hakkında Basın Kanununun 12. maddesinde düzenleme vardır. Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz. Yasada yazılı olan ilke budur.

Bu düzenleme ile ulaşılmak istenen gazetecilerin haber kaynaklarının korunması mekanizması acaba nasıl hayata geçecektir?

Basın Kanunu 12. maddesi usul hükümleri bakımından gerekli “korumayı” sağlamaya yeterli midir? Türkiye’de gazetecilerin haber kaynaklarına, bilgilerine, belgelerine **el koyma hali karşısında yeterli yasal koruma ya da güvence veya yasal düzenleme var mıdır?**

Acaba Türkiye’de yargısal denetim mekanizmasının var olup olmadığı veya yasal koruma sağlanıp sağlanmadığı hakkındaki “yasal” ve hukuki durum nedir?

Bütün bu sorulardan ortaya çıkan kastımız, suç işlenmesinin önlenmesi bakımından gazetecilerin mesleklerinden dolayı “imtiyaz” ya da “bağışıklık” taşıyan kişiler olduğunu ileri sürmek değildir. Ya da gazeteciler için bir çeşit ayrıcalık yaratmak hiç değildir.

Ancak akılda tutulması gereken en önemli gerçeklerden birisi şudur; gazeteci, gazetecidir.

Soruyu başka türlü soralım; ceza soruşturmaları başlamadan önce veya başladığında veya yargılama sırasında; gazetecilerin haber, belge ve bilgileri ile haber kaynaklarının gizliliğinin korunmasını güvence altına alan “yargısal denetim yolu” ve bu denetimi sağlayacak yasal düzenleme var mıdır?

Hayır yoktur. Eğer böyle bir denetim mekanizması yoksa ve eğer yasal düzenleme yoksa basın özgürlüğü ihlal edilmiş demektir ve Türkiye’deki fiili durum aslında budur.

Gazeteciler hakkında açılan ceza davaları ve soruşturmaların içeriklerini düşünecek olursak çoğu gazetecinin el yazısı notları, not defterleri, telefon fihristleri, dosyaları, haberleri, gazete veya dergi için hazırlamaya çalıştıkları konularla ilgili taslak notları, yayımlanmış haberleri, yazıları, gazete ve dergi nüshaları, söyleşi yaptığı kişilerin konuşmalarının kaydeldiği bantlar, bant çözümleri, fotoğraflar, bilgisayar kayıtları, kitaplar, altı çizili kitapları, mesleki çalışmaları nedeniyle çağrıldığı toplantıların davet yazıları, özel notları gibi birçok – *iddianamelerde yazılı olan kelime ile- “doküman”* dava dosyalarına “delil” olarak konulmaktadır.⁹

Gazeteciden aramalarda elde edilen ve el konulan bu “dokümanlar” gazetecinin “bilgi kaynağı” sayılmaz mı? Gizli midir değil midir? Dava dosyasına girmiş olmakla haber kaynakları da ifşa edilmiş sayılmıyor mu? Acaba bu “bilgi kaynakların” dosyaya konulmasından önce yargısal

9 A.g.e. İlkiz, Fikret. Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir. İBD.

denetimden sonra dosyaya girmesi ve önceden dosyaya konulması hakkında bir yargı karar gerekmez mi?

Görüşüme göre, gerekir. Kanımca, gazeteciden elde edilen ve iddianamelerde adına “*doküman*” denilen suç soruşturması sırasında arama ve el koyma yoluyla gazeteciden elde edilen tüm belge ve verilerin dava dosyasına konulması için ön inceleme yapılması ve yargısal denetim kararı alınması ve hatta gazetecinin rızası ve bu konuda yasal düzenlemeye gereksinim vardır.

Görüşüme göre iç hukuk mevzuatımızda “yasa” yapılması zorunludur. Aksi takdirde, gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliğinin korunmaması yüzünden sürekli ihlal hali ile karşı karşıya kalınacak demektir.

Hukuka uygun yasal düzenleme yapılması halinde gazetecilerin belgeleri ve haber kaynakları üzerindeki denetimde güvenceye kavuşacaktır. Aksi takdirde, soruşturma makamları, gazetecilerin tüm haberlerine, bilgilerine, belgelerine ve haber kaynaklarına el koyabilir. Zaten el koymakta hiçbir sakınca görmemektedir. Savcılar da bu el koymaya “göz yumabilirler”, çünkü bu konuda yasal bir düzenleme yoktur. Böylesi bir durum hukukun üstünlüğü ile bağdaşmaz.

AİHM Büyük Daire kararında soruşturma makamlarının veya yürütmenin gazetecileri “*bilgi açıklamaya zorlamasının*” Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün sınırlandırma ölçütlerini gösteren (2). fıkrasında böyle bir sınırlandırmanın “**hukuken öngörülmemiş**” olduğu sonucuna vardığına göre; hukuken öngörülme ve yasal düzenleme bulunmayan bu gibi durumlarda hak ihlal edilmiş demektir.

Sonuç olarak; **yasal düzenleme yoksa** eğer; gazetecinin haber, belge ve bilgilerine ve haber kaynaklarına, haber kaynağının kimliğine herhangi bir müdahale halinde, gazetecinin haber kaynaklarını açıklamama ve gizliliği hakkı ile evinde, işyerinde ve kendisinde bulunan bilgi ve belgelerinin, haberlerinin, haber kaynaklarının, “**gizliliği**” ve “**gizliliğin korunması hakkı**” ihlal edilmiş sayılacaktır.

TUTUKLUYKEN MİLLETVEKİLİ SEÇİLENLERİN TAHLİYE İSTEMLERİNİ REDDEDEN ÖZEL YETKİLİ AĞIR CEZA MAHKEMESİ KARARIYLA İLGİLİ BİR İNCELEME

Av. Osman KUNTMAN

*Çok tel kırılır sine-i kanunu cihanda
Nâ-ehline mızrab-ı tasarruf verilince¹*

İÇİNDEKİLER

I) OLAY

II) TAHLİYE İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN KARARIN

HUKUKA AYKIRI OLDUĞU YÖNÜ

III) HUKUKA AYKIRI KARAR VEREN HÂKİMLERİN SORUMLULUĞU

IV) BAŞVURULACAK KANUNİ YOLLAR

1 Bu beyitin kime ait olduğu yönünde yaptığımız araştırmada, internetteki "İlk Adım" dergisinde "Yozgatlı Ziya" adıyla karşılaştık.

Ancak, Çukurova Üniversitesi Sitesinde yayınlanan Doç. Dr. M. Nejat Sefercioğlu'nun "DİVAN ŞİİRİNDE MÜSİKİ İLE İLGİLİ UNSURLARIN KULLANILIŞI" başlıklı yazısında aşağıdaki bilgilere ulaştık:

"....Âşık, aşk, ay, belâgat, çerh, devlet, lütuf, mıstar" gibi benzetmelere konu olan ve perdesi örümcek evi olarak vasıflandırılan kanunun çok telli olması, şekli, diz üzerine konularak çalınması, seslerinin sık sık mandalla ayarlanması divan şairlerimiz için hayâl kaynağı olmuştur. Uğur Derman beyden aldığımız ve şairini tespit edemediğimiz;

Aşkın teli kalbin telidir çevre dayanmaz

Cânâ hazer et sonra kopar çok gerilince

Çok tel kırılır sine-i kanun-ı cihanda

Nâ-ehline mızrab-ı tasarruf verilince

mısralarında Kanun cihânın sinesine benzetilirken, yetki de mızraba benzetilir. Her devirde geçerliğini koruyabilecek olan bu mısralar, ehil olmayanların elinde işlerin nasıl içinden çıkılmaz, berbat bir hale geldiğini ve neticesinde insanlığın nasıl rencide edildiğini görmek mümkündür. Tıpkı kanun çalmaktan bi-haber birine teslim edilen kanunun hâli gibi. Burada kanun kelimesinin yasa anlamına da dikkat edilmesi gerektiğinin kanaatındayız...."

Bundan dolayı beyitin altına "Yozgatlı Ziya" ibaresi yazılmadı.

I) OLAY

12 Haziran 2011 günü yapılan milletvekilliği seçimi sonucunda ceza evinde tutuklu bulunan M.H. C.H.P Zonguldak milletvekilliğine; M.B. C.H.P İzmir milletvekilliğine; E.A. M.H.P İstanbul milletvekilliğine; G.Y. B.D.P Mardin milletvekilliğine; S.I. B.D.P'nin Şırnak milletvekilliğine; F.S.Y. B.D.P'nin Şırnak milletvekilliğine; H.D. B.D.P'nin Diyarbakır milletvekilliğine; İ.A. Şanlıurfa milletvekilliğine ve K.A. Van milletvekilliğine seçilmişlerdir.

Bu milletvekillerinden M.H. ve M.B.'nin davalarının görüldüğü özel yetkili 13. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nde yaptıkları "Tutukluluklarının kaldırılması istemi" haberleri basına aksetmiş olup, bu yazı onun üzerine kaleme alınmıştır.

Milliyet Gazetesi'nin 24 Haziran 2011 günlü nüshasının 16. sayfasında yayınlanan "**CHP'den Milletvekili seçilen H. ve B.'nin Tahliye Taleplerine Ret**" başlıklı haber – yazıda şöyle denilmektedir:

"DOKUNULMAZ" ama tutuklular! Milletvekili seçilerek dokunulmazlık kazanan M.H. ve M.B.'nin tahliye talepleri reddedildi. Gerekçe olarak sanıkların "**Cumhuriyeti ortadan kaldırmaya yönelik suçlardan yargılanmaları**" gösterildi. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, günlerdir beklenen kararını dün açıkladı. Mahkeme Başkanı K.Ş., üye hâkimler H.H.Ö., S. S.H.'den oluşan heyet, CHP'den milletvekili seçilen Ergenekon davasının tutuklu sanıkları eski Başkent Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. M.H. ve Cumhuriyet Gazetesi yazarı M.B.'nin tahliye taleplerini oy çokluğuyla reddetti. Tahliyelerinin reddi yönünde karar verilen sanıkların bir üstü mahkeme olan İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'ne itiraz hakları var. Kararı alan H'nin avukatı Y.A.'nın ağıladığı görüldü.

"Eşitlikle bağdaşmaz"

Mahkeme heyeti, H.'nin "**Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve TBMM'yi ortadan kaldırmaya teşebbüs**" "silahlı terör örgütü yöneticiliği" suçlarından, B'nin ise "**silahlı terör örgütüne üye olmak**" "**Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ve TBMM'yi ortadan kaldırmaya teşebbüs**" "**devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanmaktan**" yargılandığına dikkati çekti. Kararda B. ve H.'nin delillerin tamamen toplanmamış olması, kuvvetli suç şüphesinin devam ediyor olması, tutuklu oldukları belirtildi. Yargıtayın daha önce "**devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne**" yönelik suçlar işleyenler için verdikleri kararlar emsal gösterildi. Gerekçede, bütün çağdaş Anayasaların ağır cezayı gerektiren suçüstü halini "dokunulmazlık" kapsamı dışında tuttuğu hatırlatılarak, "**Milletvekili seçilemeyen ve sair tutuklu sanıkların ise mevcut hallerinin devam ettirilmesi hiçbir hak ve eşitlik kuralı ile bağdaşmaz**" denildi.

Mahkeme Başkanından şerh

Daha önce defalarca tahliye yönünde karşı oy kullanan Mahkeme Başkanı K.Ş., yine tahliye yönünde direndi. Karara karşı oy kullanan K.Ş., şerh yazısında şöyle dedi:

"Sanık M.H'nin yaşına, sosyal ve mesleki konumuna ve sağlık durumuna, diğer sanık M. B'nin toplum içerisindeki konumu'nda dikkate alınarak her 2 sanığın tahliye edilmeleri yönünde oy kullanmaktayım. Her iki sanık 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel milletvekili seçimlerinde milletvekili seçilmişlerdir. Anayasa'nın 83. ve 14. maddeleri dikkate alındığında bu sanıkların milletvekili seçilmelerinden dolayı yasama dokunulmazlığı kazanmaları bu aşamada söz konusu olamaz. Bu nedenle tutukluluk durumlarının değerlendirilmesinin Anayasa'nın 14. maddesi dışında yapılması gerekir. Şöyle ki; TBMM üyeliğine yasal bir seçim sonucu ve demokratik yollardan seçilen bu kişilerin kazanmış oldukları bu nitelikleri sebebiyle, saklanma ve delilleri karartma ihtimalleri de kalmamıştır."

S.T. örneği

CMK'nın 100/3 maddesinde belirtilen katalog suçlardan bile tutuklama varsayım olarak ifade edilmiş ve bu şekilde bu suçlamalar kesin tutuklama sebebi olarak da gösterilmemiştir. Kaldı ki aynı suçlamalarla yargılanması tutuklu yapılmaktayken 22 Temmuz 2007 deki milletvekili genel seçiminde bağımsız olarak milletvekili seçilen S. T., Anayasa'nın 14. maddesi doğrultusunda değil, milletvekili seçilmesinden dolayı kazanmış olduğu temsil niteliğinden dolayı da tahliye olmuş ve son seçime kadar da parlamentoda görev yapmıştır..."

E.A.-İSTANBUL

19 Eylül 2012 günlü C. Gazetesi'nde yayınlanan **"Vekili tutuklu millet esaret altındadır"** başlıklı yazıda da şu haber yer almıştır:

"İstanbul Haber Servisi- Ergenekon davasında tutuklu bulunan CHP İzmir Milletvekili ve gazetemiz yazarı M.B. ve CHP Zonguldak Milletvekili Prof. Dr. M. H. ile Balyoz davasından tutuklu emekli Korgeneral MHP İstanbul Milletvekili E. A. , TBMM'nin 1 Ekim'de yeni yasama yoluna girmesi nedeniyle yaptıkları ortak açıklamada "Milli iradeye saygı" çağrısında bulundular.

Prof. Dr. M.H., M.B. ve E.A., metinde **"Yüce Meclis geçen yıl eksikli açılmıştı. Bu yıl dileğimiz, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş temellerine saygılı, Misak-ı Milli sınırları içinde kardeşçe yaşamayı yürekten isteyen, halkın oylarıyla seçilmiş tüm milletvekillerinin Meclis'teki yerini almasıdır."** İfadelerine yer verdiler. Açıklamala-

rında Yüksek Seçim Kurulunun yasal bir engel görmeyerek milletvekili adaylıklarına onay verdiğini anlatan tutuklu milletvekilleri, "Milletvekili seçilmemizin üzerinden tam 1 yıl 3 ay geçmesine karşın Silivri'deki özel görevli ve yetkili mahkemelerin, keyfi muameleleri neticesinde, TBMM'de yemin ederek, halkımıza karşı olan görevlerimizi yerine getirmemiz kasıtlı olarak engellenmektedir." Görüşünü dile getirdi.... İktidar partisinin "demokrasi ayıbını" ortadan kaldırmak yerine, "bu kişiler zaten tutuklu iken milletvekili seçilmiştir." Gereğesini ileri sürdüğünü belirten tutuklu milletvekilleri, "Bizler hükümlü değil, tutukluyuz. Halkımız bize verdiği oylarla suçlamalara inanmadığını, görev yerimizin Meclis olduğunu ilan etmiştir. İktidarın tutumu milli iradenin inkârı niteliğindedir" dedi.

Cape Town'da 24. Kongresini yapan Sosyalist Enternasyonalist bildirgesinde de milletvekillerinin tutukluluğunun hukuka aykırılığı dile getirildi:

"...Türkiye'de, parlamentonun seçilmiş milletvekillerinin sebepsiz mahkeme kararı ile görevlerini yerine getirmeleri engellenmektedir. Bu, Birleşmiş Milletler Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin maddelerine aykırı olup, demokrasinin temel unsuru olan yargı bağımsızlığı sorununu gündeme getirmektedir. Bu durum bir insan hakları ihlali olmakla birlikte; Türkiye'de diğerlerinin yanı sıra gazetecilerin, öğrencilerin ve kamu görevlilerinin uzatılmış tutukluluk süreleri endişe kaynağıdır..."

Cumhuriyet Gazetesi, 2 Eylül 2012

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, içinde, CHP Milletvekilleri H.K., D.B., G.B.'nin da bulunduğu 30 üyesi de 6 maddelik bir bildiriyle görüşlerine açıkladılar:

"Bu metnin altında imzası olan bizler, 12 Haziran 2011 seçimlerinde TBMM'ye seçilen 8 milletvekilinin devam eden tutukluluk hallerini en güçlü şekilde kınıyor ve onlarla dayanışma içinde olduğumuzu bildiriyoruz. Üç farklı siyasi partiye mensup 8 milletvekili, kendilerine karşı devam eden mahkeme süreçleri nedeniyle hâlâ tutuklu bulunmaktadır. Bazıları; 3 yıla yakın bir zamandır hapisteler. Türkiye'deki meslektaşlarımızın durumunu büyük bir endişeyle takip ediyoruz. Meslektaşlarımıza karşı sürdürülen uygulama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özgürlükten mahrumiyet" ilkesi ve ihtiyari birinci protokolün "seçme ve seçilme hakkı" ilkesiyle çelişmektedir. Ayrıca mevcut durum, siyasi hayata katılıma dair hakları tanımlayan Birleşmiş Milletler Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesini ihlâl etmektedir. Milletvekillerinin tutukluluk halleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki masumiyet karinesine de aykırı düşmektedir. Usulüne uygun olarak seçilmiş milletvekillerinin halkın

iradesi tarafından kendilerine verilmiş olan parlamento görevini yerine getirebilmeleri için Türkiyedeki ilgili bütün tarafları bunu sağlayacak koşulları yaratmaya davet ediyoruz.”

Cumhuriyet Gazetesi, 4 Ekim 2012

Böylece, tutuklu milletvekillerinin tahliye istemlerinin, İstanbul 13.Ağır Ceza Mahkemesi'nin Başkan K.Ş.'nin tahliye isteminin kabulüne ilişkin karşı oyu şerhiyle çoğunlukla aldığı red kararını, bu red kararının Uluslararası Andlaşmalara aykırı olduğuna ilişkin bildirimleri açıkladıktan sonra, red kararının neden hukuka aykırı olduğu konusu üzerinde durmak istiyoruz.

II-TAHLİYE İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN KARARIN HUKUKA AYKIRI OLDUĞU YÖNÜ:

1) T.C. ANAYASASI'NIN 14.MADDESİ HÜKMÜNÜN RED GEREKÇESİ SAYILAMAYACAĞI AÇISINDAN:

Av. Fikret İlkiz, 30 Haziran 2011 günlü Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınlanan “Tutuklu Milletvekillerinin Siyasal Katılım Hakkı” başlıklı yazısında, mahkeme kararına karşı önemli eleştirilerde bulunmuştur:

“... İstanbul 13.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011/415 değişik no.lu 2009/191 Esas numaralı ve 23.06.2011 tarihli, milletvekili seçilmiş olmalarına rağmen tutukluluk hallerinin bu nedenle de kaldırılması talebinin reddine dair gerekçesine göre: “Anayasa'nın 14. maddesindeki suçları işlediği iddia olunan milletvekilinin isnat edilen suç nedeniyle dokunulmazlığı söz konusu olmayacaktır. Karar gerekçesine göre; anayasanın 14. maddesinde doğrudan doğruya belli tip suç tiplerinden bahsedilmemiştir. Sadece bir takım “kavramlar” ve “ilkeler” ve “faaliyetler” belirtilmiştir. Mahkemeye göre; “Maddede devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı” ve “Devlete veya kişilere, anayasada tanınan temel hak ve hürriyetlerin anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını” amaçlayan faaliyetlerden söz edilmektedir. Bu düzenleme, fiili ya da suç tipini değil, amacı esas almaktadır.

Belki de en çok tartışılması gereken bölümlerinden birisi bu gerekçedir... Acaba kanunda tarif edilen suçun unsurları Türk Ceza Kanunu veya Terörle Mücadele Kanunu'na göre oluşmuşsa bile, “amaç” nedeniyle suç işlenmiş ve kanıtlanmış mı sayılacaktır? Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz şeklinde düzenlemenin yer aldığı anayasanın 38. maddesini yok mu sayacağız?...”

Aynı konuda Eğitimci-yazar Ataner Yıldırım şu görüşleri ileri sürmektedir:

“...Kuşkusuz insan hukuka saygılı olacak, toplum hukuka saygılı olacak ve devlet hukuka saygılı olacaktır. Bu günkü evrensel hukuk, hukuku, bir ulusu yaşayan bir hak anlayışı biçiminde ele almaktadır. Tüm yasaların üstünde bir anayasa vardır. Anayasa'nın 14. maddesindeki hükmün M.B, M.H. ve KCK tutuklularına uygulanması mümkün değildir. Zira 14. maddedeki ibare bir suçu değil, bir niyeti tarif etmektedir.

.....Devlet her şeyin üstünde değildir. Onun üstünde akıl vardır, yasa vardır, hukuk vardır. İnsan devlet için değil, devlet insan içindir.”

Cumhuriyet Gazetesi, 11 Temmuz 2011

2) T.C. ANAYASASI'NIN “4. YASAMA DOKUNULMAZLIĞI” BAŞLIKLILIKLI 83.MADDESİ HÜKMÜNÜN RED GEREKÇESİ SAYILAMAYACAĞI AÇISINDAN:

Anayasanın 83.maddesi hükmü, milletvekillerinin dokunulmazlığını düzenlemektedir.

Emekli Danıştay üyesi Dr. Metin Şekercioğlu'nun “MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞI” başlıklı yazısı konumuza ışık tutmaktadır:

“...1-Milletvekillerinin dokunulmazlığı, adı ile sanı ile anayasanın 83. maddesinde yer almış olup “Yasama Dokunulmazlığı” diye adlandırılır.

Bu dokunulmazlık, sanık hakkındaki bütün işlemleri durdurur. Madde aynen “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz” şeklindedir.

Hatırlanacağı üzere bu hükümden ötürü, birkaç yıl önce, yurtdışına kaçtığı iddia edilen bir kişi; milletvekili seçilir seçilmez hemen serbest bırakılıp elini kolunu sallayarak TBMM'ye girip yemin bile etmiştir.

Demek oluyor ki milletvekili için TBMM tarafından dokunulmazlığının kaldırılması kararı verilmedikçe ceza soruşturması ve yargılama işlemleri yürütülemez.

4-Milletvekilliği dokunulmazlığı kaynağını anayasadan alır. Bu nedenle dokunulmazlıkla ilgili yasa değişikliği anayasayı değiştirmeyi gerektirir.

Amacı yüce ulusun dilek ve gereksinmelerini yerine getirmeye uğraşırken milletvekillerinin rahat hareket etmelerinin sağlanmasıdır. Öylesine ki; aynı anayasa maddesinin ilk fıkrasına göre Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden hiç sorumlu olmazlar. (Düşünce ve oylardan sorumlu olmamak ilkesini aynen korumak gerektiğini herkes kabul ediyor)..”

Cumhuriyet Gazetesi , 5 Aralık 2007

Yazar Orhan Bursalı'nın "RTE/Yazıcı Açıklamıştı" başlıklı yazısında konuyla ilgili olarak şu açıklama yapılmıştır:

"Prof. Cemil Say: Tutukluymken milletvekili seçilenler konusunda herkes anayasanın 83. maddesinin bu tip suçlamalar yöneltilecek kişiler seçilirse davaların durmayacağını belirten fıkrasından söz ediyor ama aynı maddenin bu kişilerin lehine hüküm içeren üçüncü fıkrası görmezden geliniyor: "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez."

Demek ki, milletvekili hapis cezası alsa ve bu ceza kesinleşse dahi hapse konulamaz. Ancak milletvekilliği sıfatı düştükten sonra hapse girer"

Cumhuriyet Gazetesi, 24 Haziran 2011

Gerçekten, 83.maddenin 3. bendi mutlak niteliktedir. Bir başka deyişle, hiçbir duruma veya koşula atıfta bulunulmamaktadır. Bu sebeple İstanbul 13.Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu hükme dayanarak milletvekillerinin tahliye istemlerini reddetmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmek isteriz.

3) RED KARARININ "ULUSLARARASI MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ'NİN" 25.MADDESİNDE YER ALAN SEÇME VE SEÇİLMEME İLİŞKİN HAKLARI ORTADAN KALDIRDIĞI AÇISINDAN:

Av. Fikret İlkiz, yukarıda değindiğimiz 30 Haziran 2011 günlü yazısında konuyla ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmaktadır:

"...Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesine göre: "Her vatandaş, madde 2 de belirtilen farklılıklar gözetilmeksizin ve makul olmayan kayıtlamalara tâbi tutulmaksızın: (a) Doğrudan ya da serbestçe (özgürce) seçilmiş temsilcileri aracılığı ile kamusal işlerin yürütümüne katılmak; (b) Seçmenlerin istençlerinin serbestçe (özgürce) ifade edilmesini güvence altına alarak; genel ve eşit oya dayanan ve gizli oy kullanılmak suretiyle periyodik olarak yapılan dürüst (hakiki) seçimlerde oy kullanmak ve seçilmek; (c) Genel eşitlik koşulları altında, ülkesinin kamu hizmetlerini görmek hakkına ve fırsatına (olanağına) sahip olacaktır" (Bakınız Gemalmaz)

O halde tutuklu bulunan tüm milletvekilleri, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. ve 25. maddelerine göre derhal salverilmelidir. Mahkemeler sözleşmeye dayanarak karar verebilirler. Anayasanın 14. maddesindeki "genel sınırlandırma" ölçütleri MSHS'nin 2. ve 25. maddelerine aykırıdır. Anayasada hüküm olsa bile ve anayasadaki bu düzenleme eğer,

temel hüküm olsa bile ve anayasadaki bu düzenleme eğer, temel insan hak ve sözleşmelerinde yer alan haklara aykırılık yaratıyorsa –ki ayrılık vardır- uluslar arası sözleşmeler uygulanmalıdır.

Bu nedenle, insanların siyasi katılım hakkını sağlamakla yükümlü olan devletin bu hakları güvence altında tutmasının ilk adımı, seçilmiş milletvekillerinin içinde buldukları fiili “tutukluluk hali” engelini derhal ortadan kaldırarak “tutukluluk hali nedeniyle”; hem oy kullanan vatandaşların siyasi katılım hakkı ve hem de vatandaşların oylarıyla “seçilmiş” olanların siyasi katılım hakları ihlal edilmemelidir. (Bianet)”

Yukarıdaki açıklamalar, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, tutuklu milletvekillerinin tahliye istemlerinin reddine ilişkin kararının nasıl Uluslararası Sözleşmelerin hükümlerini ihlâl ettiğini göstermektedir

T.C. Anayasası'nın “D.Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90.maddesinin son bendine göre:

“...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

İşte İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, tutuklu milletvekillerinin tahliye istemini T.C. Anayasası'nın 14. madesi hükmüne dayanarak reddederken Anayasanın 90/son maddesi hükmünü ihlâl etmiştir.

Bundan sonra, “Milletlerarası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”nin 25.maddesiyle vatandaşlara tanınan “serbest seçim hakkı” ile ilgili AİHM'nin kararları üzerinde durmak istiyoruz.

Milliyet gazetesi yazarı Sedat Ergin, 12 Temmuz 2011 günlü yazısında “serbest seçim ilkesi” ile ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmaktadır:

“...AİHM içtihadı çerçevesinde öncelikle referans almamız gereken metin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1952 tarihli 1.Protokoldür. Bu Protokolün 3. maddesi genel bir ifadeyle yasama organı için serbest seçim ilkesini tanımlıyor.

AİHM, bu sınırları üç ilke üzerinden çizmiştir:

- 1) Getirilebilecek sınırlama hakkın özünü boşaltmamalıdır.
- 2) Sınırlama meşru bir amacı gözetmelidir
- 3) Sınırlama çerçevesinde başvuru araçları amaçla orantılı olmalı ve halkın kendi temsilcilerini serbestçe seçme hakkını engellememelidir.”

Mahkemenin bu başlıkta verdiği kararlardan ikisi Türkiye ile ilgilidir. Bunlardan birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılında DEP'i kapatırken bu partiden L.Z. dâhil 13 seçilmiş milletvekilliğini düşürmüş olmasıyla ilgilidir. AİHM, 2002 yılında Türkiye'yi bu nedenle mâhkum etmiştir...

Türkiyedeki soruna uygulanabilecek daha ilginç bir karar AİHM'den 2006 yılında Yunanistan ile ilgili bir şikâyet üzerine çıkmıştır. 2000 yılındaki seçimde Yeni Demokrasi Partisi'nden milletvekili seçilen Alekxandros Lykourezos, ikinci bir iş olarak avukatlık yapmaya devam edince milletvekilliği Anayasa Mahkemesi tarafından düşürülür.

AİHM, bu karardan dolayı Yunanistan'a ihlal verirken, ilk kez “meşru beklenti ilkesini” de seçim hakkına ilişkin içtihadına eklemiştir. Karara göre, “Lykourezosun seçime katılmasına izin verilmesini seçmenler nezdinde seçilebilir kılarak, onları bu yönde meşru birbeklenti içine sokmuştur.” Mahkeme, milletvekilliğinin düşürülmesini seçmenin bir hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Şimdi meşru beklenti ilkesini Türkiye'deki tutuklu milletvekillerinin durumuna uyarlayalım. Bu 8 milletvekilinden her birinin aday olabilmek için yaptığı başvurular gerek Yüksek Seçim Kurulu gerek İl Seçim Kurulları tarafından onaylanmış mıdır? Onaylandıktan sonra isimleri oy pusulalarının üstüne yazılmış mıdır? Seçmenlerin bu adayların isminin bulunduğu dairenin içine mührü vurup zarfı sandığın içine atmalarına yol açılmış mıdır?

Bütün bu aşamalarda kamu otoritesini temsil eden Türkiye'deki seçim kurulları verdikleri izinlerle seçmende meşru bir beklenti yaratmıştır...

Üstelik, TBMM Başkanlık Divanı'nın geçen Şubat ayındaki kararından bu yana tutuklu Milletvekillerinin maaşları üç ayda bir banka hesaplarına yatıyor bildiğiniz gibi. Alın size bir meşru beklenti daha..”

4)RED KARARININ, AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN “ÂDİL YARGILANMA HAKKI” BAŞLIKLİ 6. MADDESİ HÜKMÜNE AYKIRI BULUNMASI AÇISINDAN:

Bu maddede:

1-Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...

2-Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit olunca ya kadar suçsuz sayılır...”

Denilmektedir.

Tutuklu milletvekillerinden M.B.'nin 6 Aralık 2012 itibariyle (1372) gündür tutuklu olduğu, red kararının 23.06.2011 günü verildiği; o tarih itibariyle tutukluluk süresinin iki yıldan fazla olduğu göz önünde tutulursa, 6.maddede öngörülen (makul sürenin) çoktan aşıldığının kabulü gerekir.

8 tutuklu milletvekilinden M.B., Prof. Dr. M.H. ve emekli Korgeneral E.A., “Vekili tutuklu millet esaret altındadır.” başlığı ile kamu oyuna aşağıdaki gibi çağrıda bulunmuşlardır:

“... Türkiye'nin sorunlarının başlıca ve tek çözüm yeri olan Meclis'in yeni yasama yılına hazırlandığı şu günlerde yargıyı milli iradeye saygı göstermeye, TBMM'yi üyelerinin yaşadığı hukuksuzluğa sessiz kalmamaya, Türk milletini ise oylarına sahip çıkmaya çağırıyoruz. Unutulmamalıdır ki milletvekili tutukluken kendisi de esaret altındadır.”

Cumhuriyet Gazetesi 19 Eylül 2012

Tutuklu milletvekili M.B.'nin, 3 Kasım 2012 günlü Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınlanan “**İSTANBUL BAROSU'NA AÇIK ÇAĞRI**” başlıklı yazısında şunları dile getirilmiştir:

“...Mahkemelerde iddia makamı ile hüküm makamı iç içe geçti. Savcı ile yargıç birbirini tamamlıyor.

Geriye bir tek savunma kaldı.

Bugün Türkiye'de iç hukuk yolu olarak ayakta kalan başlıca kurum, savunmadır.

Kendisini tutsak hisseden bir yurttaş olarak barolardan dileğim şudur: Hukukun bu son kalesini çok iyi korumaları, güçlendirmeleri, yargının öteki ayaklarını hukuk zeminine çekmeleri, dik duruşlarını sürdürmeleri, sembol haline gelmiş davaları yerinde izlemeleri, gözlem ve değerlendirmeleri ışığında sorumluluklarını yerine getirmeleri...

Silivri Cezaevi içindeki yargılamalarda bizim doğrudan bağlı olduğumuz savunma kurumu İstanbul Barosu.

...Ergenekon davası, tek ortak özellikleri büyük bir hukuksuzlukla karşı karşıya kalmak olan insanların aynı çuvala konduğu bir iddianamele bataklığı haline gelmiştir. Yargı kurumu olarak umutla başvurabileceğimiz tek yer İstanbul Barosudur.

Sizin şemsiyeniz altında oluşacak bir heyet, bıkmadan usanmadan “temiz hukuk” suyu akıtarak bu bataklığı özgür kuşların yaşadığı bir cennete çevirebilir.”

Yukarıdaki açıklamalarımızdan: Tutuklu milletvekillerinin tahliye istemlerinin reddine ilişkin İstanbul 13.Ağır Ceza Mahkemesi'nin

verdiği red kararının; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerine; T.C. Anayasası'nın 83/3, 90., Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Anlaşması'nın 25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve AİHM'in konuyla ilgili "ilke kararlarına" aykırı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

III) HUKUKA AYKIRI KARAR VEREN HÂKİMLERİN SORUMLULUĞU

Konuya girmeden önce, çok önemli saydığımız "HÂKİMLİK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ" veya "HÂKİMLERDE NE GİBİ VASIFLARIN GEREKTİĞİ" konusu üzerinde durmak istiyoruz.

Daha önce İstanbul Barosu Dergisi'nin Mayıs-Haziran 2012 nüshasında yayınlanan "Makul Bir Süre İçinde Bitmeyen ve Âdil Yargılama Hakkını Ortadan Kaldıran Uzun Süren Davalarla İlgili Bir İnceleme" başlıklı yazımızın V.bölümünde hâkimlik mesleği ile ilgili geniş açıklamalarda bulunmuş, konunun ne kadar önemli olduğunu anlatmağa çalışmıştık. Bu sebeple burada onları tekrara gerek görmüyoruz.

Ancak, mesleğin en üst kademesinde bulunmuş, Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi Halil Özyörük'ün 1943-1944 Adli yılının açılışında söyledikleri, hâlâ geçerliliğini sürdürdüğünden burada tekrarlamayı gerekli görüyoruz:

"...Hâkimlerimizde birçok vasıflar arıyoruz. Bunların başında şunları istiyoruz:

Doğru bir adâlet fikri taşımak ve daima adâleti muzaffer kılmak arzusuna sahip olmak; bunun için hâkimin kendisine sunulan davanın aydınlatmasına yarayacak bütün noktaları araştırması ve bunları bulduktan sonra karar vermeyi düşünmesi lazımdır. Bundan sonradır ki, kararın dayanacağı sebepler ele alınacak ve bunlardan en makul ve en mantıklı olanlar seçilecektir.

Hâkimin adâlete uygun bir hukuk düzeni yaratılmasına imkân vermesi için toplum ihtiyaçlarına ve hakkaniyet ve doğruluk isterlerine göre hükmetmesi icap eder.

Bundan başka; hâkimde yüksek bir zekâ bulunması, anlayış ve sezisinin kuvvetli olması, kavrayış ve bilgisinin geniş bulunması şarttır.

Kendisinde aradığımız vasıflardan biri de kararlarından emin ve isabetli olmasıdır. Yapılmış olan bir hukuki muamelenin ekonomik ve toplumsal faydasının ne olduğunu tayin edecek olan hâkimdir. Kendisinin bu işi layığı ile yapabilmesi bir defa hukuk esaslarını ve mevzuatı mükemmelen bilmesine ve çok geniş bir hukuki kültüre sahip olmasına bağlıdır. Aksi takdirde, kanunlarımızda kendisine verilmiş bulunan geniş takdir yetkisini kullanabileceği düşünülemez. Ve muhakkaktır ki, yeni

düşünüşe göre yetişmemiş olan hâkim kendisinden beklediğimiz verimi veremeyecektir.

Nihayet hâkimlerimizde tam bir vazife severlik, yüksek bir kalp ve vicdan istiyoruz. **Çünkü, hâkim her şeyden önce mükemmel bir insan olmalıdır.** Her gün birbirine aykırı menfaatleri, birbirini yutmak isteyen ihtirasları düzenleyecek ve yatıştıracaktır. Bu fırtınalar ortasında karşı-sındaki davaların ahlâk değerlerini de ölçmesi icap edecektir. Filhakika, ahlâkı, âdetleri, görenekleri ve hakkaniyet ile doğruluğu hâkimden başka takdir ve tefrik edecek bir merci yoktur. İnsanların münasebetlerinden ve hayatın tecrübelerinden faydalanmak, bunlardan çıkaracağı derslere göre hukuku tatbik etmek modern Türk hâkiminin en başta gelen meşgalesidir...”

İstanbul Barosu Dergisi, 1943 S. 713-727

(MÜKEMMEL: (a.s.kemâlden: 1.kemâle erdirilmiş, kemâl bulmuş, teknil, tam, olgun, kusursuz, eksiksiz. 2. güzel, âlâ) Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 2001, sh.717)

Yargıtay birinci başkanı, hüküm verecek bir hâkimde bulunması gereken vasıfları, özellikleri, çok isabetli bir şekilde dile getirmiştir. Ne yazık ki bunlarla ilgili kanuni bir düzenleme yoktur. 24.02.1983 günlü ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun “Adayların nitelikleri” başlıklı 8. maddesinde (a'dan j'ye kadar sıralanan koşullar) arasında Yargıtay birinci başkanının özellikle öngördüğü niteliklere, vasıflara yer verilmemiştir.

Cumhuriyet döneminde hayata geçirilmemiş bu kanuni düzenleminin Osmanlı İmparatorluğu döneminde var olduğunu belirtmek isteriz.

MECELLE-İ AHKÂMI ADLİYE, kısaca **MECELLE**'nin 1784-1828. maddeleri KİTAB-ÜL KAZA'ya ilişkin hükümlerden oluşmaktadır:

“Hâkimin evsafı meyanındadır” başlıklı 1792. maddesinde: “Hâkim, hâkim (âlim, bilgin), fehîm (zeki, anlayışlı), müstakîm (doğru) ve emîn (güvenilir), mekîn (vakarlı, temkinli), metîn (sağlam, dayanıklı) olmalıdır”;

1793. maddesinde:

“Hakim, mesail-i fıkhiyye'ye ve usul-i muhakemeye vâkıf ve deavi-i vakıayı anlara tatbikan fasıl ve hasme (çözmeye) müktedir olmalıdır.”;

1794. maddesinde:

“Hâkimin temyiz-i tamme muktedir olması lazımdır. Binaenaleyh sagır (küçük çocuk) ve ma'tuh (bunak) ve a'ma tarafeynin savt-ı kavile-rini (güçlü seslerini) işitemeyecek mertebe sağır olan kimsenin kazası (hâkimliği) caiz değildir.”

Denilmektedir.

Bilindiği üzere, MECELLE Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanı olduğu bir kurul tarafından hazırlanmıştır. Bir Mukaddime ve Satım, Kira, Kefalet, Havale, Rehin ve Vedia, Emanet, Hibe, Gasp ve İtlaf, Hacr ve İkra, Ve Şufa, Şirket, Vekâlet, Sulh ve İbra, İkrar, Dava, Beyyinat ve Yemin ve Kaza olmak üzere 16 kitaptan oluşmaktadır. İlk kitap 20 Nisan 1869 tarihinde kanunlaşmış, son kitap 1877 'de yazılmıştır.

Ahmet Cevdet Paşa gibi dönemin önemli bir devlet adamının başkanlığında iyi yetişmiş hukukçular tarafından yıllarca çalışılarak ortaya konmuş bir kanuni düzenlemede neden hakimler hakkında açıklanan hükümlere yer verildiğini düşünmek ve üzerinde durmak gerekir.

HUKUKA AYKIRI KARAR VEREN HÂKİMLERİN SORUMLULUĞU

Öncelikle, yaptıkları görevin önemi ve özelliğinden ötürü hakimlere T.C. Anayasası'nın tanıdığı güvenceleri belirtmek gerekir.

Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna hukuka uygun olarak vicdani kanatlarına göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz...(T.C.Anayasası, md.139)

Bu imtiyazlar, hâkimlere, T.C.Anayasası'nın 138. maddesinde belirtildiği gibi, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun ve vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri için tanınmıştır.

C.HÂKİMLERİN SAHİP OLDUKLARI GÜVENCELER:

Genellikle yargı bağımsızlığı ile sorumluluk ilkesinin bir arada durmayacağı kabul edilir. Diğer bir deyişle, gerçek bir yargı bağımsızlığından söz edebilmek için mahkemelerin ya da hâkimlerin herhangi bir kimseye ya da herhangi bir mercie karşı sorumlu olmamaları gerekir. 41. Bunun ilk anlamı hâkimlerin, verdikleri kararlar nedeniyle görevlerine son verilemeyeceği, statülerinin değiştirilemeyeceğidir. Sorumluluğun bir başka yönü yargı kararlarından doğan ceza ve hukuk (tazmini) sorumluluğudur ki, bunların da özel hükümler dairesinde yargı bağımsızlığına uygun güvenceler içerecek şekilde düzenlenmesi yargı / bağımsızlığının bir gereği olarak görülmelidir..."

Yrd. Doç. Dr. Halit Yılmaz, "TÜRKİYE'NİN YARGI BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN SORUNLARI", Ankara-2009 T.B.B. yay.Sh.54

Hâkimlerin hukuka aykırı olarak verdikleri kararlardan dolayı hukuki sorumlulukları bulunduğu yargı kararlarından da kabul edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.01.1987 günlü ve 1986/1 E. 1987/1 K. sayılı kararında şöyle denilmektedir:

“Hâkimlerin verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamıyacakları esas olmakla beraber Ceza Hukuku açısından sorumlu olan hakimlerin hukuki sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının doğal sonucudur... Kanun bu gibi davalarda dava sebepleri tahdit etmiş, görevli mercileri özel surette belirtmiş, tazminat ile sorumlu tutulmasını emretmiştir. Bu hükümler hâkimin vicdani kanatındaki bağımsızlığını, yargı erkinin herhangi bir etki altında kalmamasını ve adâlete güven duygusunun sarsılmamasını temin amacıyla yasaya konulmuştur. Gerçekten hâkimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar özel usul ve müeyyidelere bağlanmadığı takdirde ilgililerce kötüye kullanılarak hâkim hakkında red sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, mahkemelerin gereği gibi çalışmasına ve adâletin selamete dağıtılmasına halele gelebilecektir. Bu itibarla söz konusu özel hükümler hem meydana gelecek zararlı durumu düzeltip tamir etmek hem de haksız davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir...”

YKD. Cilt XIII, S.6, Haziran 1987, Sh.829

Karar, yürürlükten kaldırılan HUMK'un 573 ve devam eden maddeleri hükümleriyle ilgili olarak verilmişse de, yürürlükteki HMK'nın 46 ve devam eden maddeleri hükümleri de aynı hukuki sorumluluğu düzenlediğinden bugün için de geçerliliğini korumaktadır.

Yrd. Doç. Dr. Halit Yılmaz, “2. Hâkimlerin Yargısal Görevleriyle İlgili Sorumluluğu” başlığı altında şu görüşleri ileri sürmektedir:

“.....Hâkimlerin yukarıda açıklamaya çalıştığımız statü güvenceleri, onların yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığını öngörmektedir. Bu bağımsızlık, hâkimlerin yargısal görevleriyle ilgili olarak tam bir sorumsuzluğa sahip oldukları anlamına gelmemektedir.

Aksine, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, hâkimlerin verdiği yargısal kararlardan dolayı yeri geldiğinde sorumlu tutulabilmelerini mümkün kılmaktadır. 54. (Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.2008 g. İle yargı / bağımsızlığı arasında uygun bir denge kurmamız gerekmektedir. 55.

Hâkimlerin de diğer kamu görevlileri gibi, ama onlardan bir çok açıdan farklı idari disiplin sorumluluğu, cezai sorumluluğu ve hukuki sorumluluğu vardır. 56..”

Aynı eser, Sh.61

1) HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU:

Bu konudaki kanuni düzenlemeleri açıklamadan önce Yrd. Doç. Dr. Halit Yılmaz'ın “b. Hukuk Sorumluluğu” başlığı altındaki görüşlerine yer vermekte yarar vardır:

“... Öncelikle yargı bağımsızlığının bir gereği olarak hâkimin vereceği kararın doğuracağı muhtemel sonuçlardan maddi ya da manevi olumsuz hiçbir şekilde etkilenmemesi şartının en önemli sonuçlarından biri, hâkimlerin verdikleri kararlar nedeniyle kural olarak sorumlu bulunmalarını gerektirir. Hâkim kararını verirken, kararın kendi üzerinde bir sonuç doğurması endişesinden bağımsız olarak, bu kararı bizzat kendi kanaati üzerine kurmalıdır. Muhtemel bir tazmin sorumluluğu yargıcının kararını bizzat kendi kanaati üzerine kurmasını engelleyebilir 63.Tazminat sorumluluğu “muhtemel” değil “mümkün olacak şekilde düzenlenmelidir.

Bu konu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573-576 maddeleri arasında düzenlenmiştir...”

Aynı eser, Sh. 64-65

Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden kaynaklanan “hukuki sorumlulukları” 1 Ekim 2011 günü yürürlüğe giren 12.01.2011 günlü ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Hâkimin Hukuki Sorumluluğu” üst, “Devletin Sorumluluğu ve Rücu” alt başlıklı 46. ve devam eden 47,48 ve 49. maddeleri hükümleriyle düzenlenmiştir.

Bunun dışında: T.C. Anayasası'nın “XV. Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesinin son bendinde geçen “Resmi güvence” başlıklı 129.maddesinde geçen “Diğer kamu görevlileri” terimleri hakimleri de kapsadığından; hakimlerin yargılama faaliyetinden (yani verdikleri kararlardan) zarar görenlerin Devlet aleyhine açacakları tazminat davalarında bu Anayasa hükümlerine dayanmaları en doğal haklarıdır.

A) 6100 sayılı HMK'nun 46-49. maddeleri hükümlerinden kaynaklanan sorumluluk:

46.maddenin (1) bendinde:

“Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.” denilmektedir.

Maddenin devamında, a, b,c,ç,d ve e başlıkları altında, hangi hallerde dava açılabilirliği sayılmıştır.

47. madde davaların hangi mahkemelerde açılacağına; 48.madde dava dilekçesi ve davanın ihbarına; 49.madde ise davanın reddi halinde verilecek cezaya ilişkindir.

6100 sayılı HMK'nu 1 Ekim 2011 günü yürürlüğe girmiştir.

Ancak, HMK'nu daha yürürlüğe girmeden, 14 Şubat 2011 gün yürürlüğe giren 09 Şubat 2011 günlü ve 6110 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 12.maddesiyle 24 Şubat 1983 günlü ve

2802 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kanunu”nun 93.maddesinden sonra gelmek üzere 93/A MADDESİ EKLENMİŞTİR:

“Tazminat davaları:

MADDE 93/A- Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak ta olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.

Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

b) Dava sonunda verilen hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir...”

Kanun koyucu, esasta HMK'da yer alması gereken bu hükmü, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na 93/A maddesi ekleyerek yürürlüğe koymuş Geçici 2. maddesi hükmüyle, yürürlükten kaldırılan HUMK'un 573. maddesindeki sebeplere dayanılarak hâkimler aleyhine açılmış tazminat ve rücu davalarında uygulanacağını, davaya da Devlet aleyhin devam olacağını öngörmüştür.

B) T.C. Anayasası'nın 40/3.maddesi hükmünden kaynaklanan sorumluluk: “XV. Temel hak ve hürriyetin korunması” başlıklı 40/3.maddede:

“... Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Denilmektedir.

Burada ortaya çıkan sorun, hâkimlerin de “resmi görevliler” kapsamında bulunup bulunmadığıdır.

Doç. Dr. Halit Yılmaz'ın bu konudaki değerlendirmesi şöyle:

“... Öncelikle belirtmek gerekir, Anayasa'nın 40/3. maddesinde geçen “resmi görevliler kavramını idare ajanlarına indirgemek mümkün değildir. Aksi halde maddede zikredilen “devlet”in sorumluluğunu açıklamak mümkün olmaz. “Resmi görevliler” kavramı ile “devlet” kavramının geniş anlamda kamu görevlisi kavramıyla aynı anlamda kullanıldığı açıktır. Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklere müdahaleden doğan bir zararın tazmininin temel hak ve özgürlüklerin korunması sisteminin en önemli

unsurlarından birisi olduğu açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması söz konusu olduğunda kamu gücünü kullanan hiçbir mesleğin özel ve özellikli bir yeri ve konumu yoktur...”

Aynı eser, Sh.73-74

Bu değerlendirme göz önünde tutulduğunda, hâkimlerin yargı faaliyetinden zarar gören kişilerin Devlet aleyhine açacakları tazminat davalarında bu Anayasa hükmüne dayanabileceklerinin kabulü gerekir.

C) T.C. Anayasası'nın 129/5.maddesi hükmünden kaynaklanan sorumluluk:

“2. Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence başlıklı 129/5.maddede:

“...Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”

Denilmektedir.

Burada da ortaya çıkan sorun, hâkimlerin “diğer kamu görevlileri” kapsamında sayılıp sayılmayacağı yönüdür.

Bu konuda Doç. Dr. Halit Yılmaz'ın görüşü şöyle:

“... Çünkü Anayasa'nın 129/5. maddesinde adı geçen “diğer kamu görevlileri” hiç şüphesiz hâkimleri de kapsamaktadır. Öncelikle, aynı madde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlerine ilişkin hususları düzenlerken hâkimler ve savcılar haklarında uygulanan disiplin cezalarının yargı denetimine tâbi olamayacağını belirterek, hâkimler ve savcılar maddede geçen diğer kamu görevlileri arasında görmüştür. 73”

Aynı eser, Sh.73

2)HÂKİMLERİN DİSİPLİN CEZASI SORUMLULUĞU:

24.02.1983 g. ve 2802 s. “Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun”, “Disiplin Cezaları” başlıklı 62. maddesi hükmüne göre:

“Hâkim ve savcılar; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hâl ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca aşağıda yazılı disiplin cezalarından biri verilir:

- a) Uyarma,
- b) Aylıktan kesme,
- c) Kınama,
- d) Kademe ilerlemesini durdurma,
- e) Derece yükselmesini durdurma,
- f) Yer değiştirme,
- g) Meslekten çıkarma...”

3)HÂKİMLERİN CEZA SORUMLULUĞU

Yukarıda anılan Kanun'un “Soruşturma” başlıklı 82. maddesinde:

“Hâkim ve savcıların görevden doğan veya görevi sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırabilir...”

Denilmektedir.

Aynı Kanun'un “Kişisel suçlarda soruşturma ve kovuşturma” maddesine göre:

“Hâkim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başsavcısına ve son soruşturma o yer ağır ceza mahkemesine aittir.”

Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'un hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin 573 ve devam eden maddeleri hükümleriyle ilgili Dr. Saim Üstündağ'ın değerlendirmesi şöyledir:

“... Esas itibarıyla kanunumuz hâkimlerin mesuliyeti için ağır ihmal veya kast teşkil edebilen halleri gerekli saymıştır. Yani HUMK'un 573 vd. maddelerinde sayılan muayyen sorumluluk halleri hâkimin kast veya ağır ihmalinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek olan durumlardır. Ayrıca kanunda sayılan bu hukuki mesuliyet halleri ceza kanununa göre suç teşkil eden hallerdir.

(HUMK 573/1,3,4,5,7 sırası ile CK. 224,339,214,217/217, 231 maddelerde belirtilmiştir.)

Bu değerlendirmenin, HMK'nın 46 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiş bulunan hâkimlerin hukuki sorumluluğu halleri bakımından da geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

IV) BAŞVURULACAK KANUNİ YOLLAR:

1)6100 SAYILI HMK'NUN 46.MADDESİNDE SAYILAN HALLERİN VARLIĞI İLERİ SÜRÜLEREK DEVLET ALEYHİNE AÇILACAK TAZMİNAT DAVASI:

Bu yazının yukarı bölümlerinde açıkladığımız gibi, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'nun 573.maddesinde sayılan hallerin varlığı ileri sürülerek açılan tazminat davalarında, açılmaya ilişkin bir süre koşulu bulunmadığı halde, 6100 sayılı HMK'nun 46.maddesinde sayılan hallerin varlığı ileri sürülerek Devlet aleyhine açılacak tazminat davalarında, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93.maddesine eklenen 93/A maddesi hükmüyle, dava sonunda verilen hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılması koşulu getirilmiştir.

BURADA ÖNEMLİ BİR NOKTA ÜZERİNDE DURMAK İSTİYORUZ

93/A maddesinin birinci bendinde: “Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri HER TÜRLÜ KARARLAR...” dendiği halde 2.a) bendinde: “...veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen HÜKMÜN; B) bendinde: “DAVA SONUNDA VERİLEN HÜKMÜN kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir” denilmektedir.

Bilindiği gibi, **HÜKÜM**, (nihai karar) anlamına gelmektedir.

HER TÜRLÜ KARAR dendiğinde, hâkimin verdiği (ara kararı dâhil bütün kararları kastedilmiş) olur.

BU AÇIDAN 46.MADDEYE BAKILDIĞINDA;

a) bendinde: (Hüküm veya karar);

b) bendinde: (Hüküm veya karar);

c) bendinde: (Hüküm veya karar);

ç) bendinde: (Hüküm);

d) bendinde: (Hüküm) denilmektedir.

Karşılaştırma yapıldığında 1086 s. HUMK'un 573.maddesinin:

1) bendinde: (Hüküm ve karar);

2) bendinde: (karar);

3) bendinde: (Hükmedilmiş olması);

5) bendinde: (Hüküm verilmiş olması) denilmektedir.

Kanun koyucunun, karar teriminin ara kararını da kapsadığını, nihai karar teriminin hüküm anlamına geldiğini bilmediği söylenebilir mi?

93/A maddesi hükmünün dayanağı, T.C.Anayasası'nın 40/2.maddesinde yer alan:

“...Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...” şeklindeki hükmüdür.

ANCAK

Kanun koyucunun 93/A maddesi hükmüyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davasını (dava sonunda verilen hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabileceği) koşuluna bağlaması, milletvekili seçilen kişilerin Uluslar arası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nden kaynaklanan kamusal haklarını kullanmasını engelleme sonucunu doğurmuştur.

Diğer yandan bu kısıtlama niteliğindeki 93/A maddesi hükmü; yazımızın yukarı bölümünde belirttiğimiz gibi, AİHM'in: Getirilebilecek sınırlamanın hakkın özünün boşaltılması niteliğinde olmaması, meşru bir amacı gözetmesi, sınırlama çerçevesinde başvuru araçlarının amaçla orantılı olması; halkın temsilcilerini serbestçe seçme hakkını engellemesi şeklindeki ilke kararlarına da aykırıdır.

Nihayet 93/A maddesi hükmünün T.C. Anayasası'nın 90/5. maddesinde yer alan: Aynı konuda Uluslararası Andlaşmalarla kanunlarda farklı hükümlerin bulunması halinde Andlaşma hükümlerinin uygulanacağı, esas alınacağı kuralı karşısında mahkemelerce uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, yargı faaliyetinden zarar gören olayımızda olduğu gibi tahliye istemleri reddedilen milletvekillerinin HMK'un 46 ve devam eden maddeleri hükümlerine dayanarak Devlet aleyhine tazminat davaları açmalarına engel teşkil edemez.

Bütün bu sebeplerden dolayıdır ki, yazımızın başlarında makalesine yer verdiğimiz Av. Fikret İlkiz: “... Bu nedenle, insanların siyasi katılım hakkını sağlamakla yükümlü olan devletin bu hakları güvence altında tutmasının ilk adımı, seçilmiş milletvekilleri, içinde buldukları fiili “tutukluluk hali” engelini derhal ortadan kaldırarak “tutukluluk hali nedeniyle”, hem oy kullanan vatandaşların siyasal katılım hakkı ve hem de vatandaşların oylarıyla “seçilmiş” olanların siyasal katılım hakları ihlal edilmemelidir.” demiştir.

Prof. Dr. Baki Kuru'nun dediği gibi bu dava bir eda davası olup 11 Ocak 2011 günlü ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49-56.maddeleri hükümleri göz önünde tutulmalıdır.

2) HÂKİMLER HAKKINDA DİSİPLİN CEZASI İSTENİLMESİ:

Yazımızın yukarı bölümünde açıkladığımız üzere, 24.12.1983 günlü ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. maddesi hükmü, sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hakimler hakkında disiplin cezası istenmesi hakkını verdiğinden Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'na başvurulmalıdır.

3) HÂKİMLERİN CEZALANDIRILMASININ İSTENİLMESİ:

Yukarı bölümlerde belirttiğimiz gibi, HMK'nun 46.maddesinde sayılan hukuki mesuliyet halleri ceza kanununa göre suç teşkil ettiğinden (Dr.Saim Üstündağın değerlendirmesi) Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 62.maddesi hükmüne dayanarak hâkimlerin cezalandırılması için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna başvurulmalıdır.

4) REDDİ HÂKİM İSTEMİNDE BULUNULMALIDIR:

Yukarıda açıklanan başvurulardan dolayı artık hâkimlerin tarafsız yargılama yapamayacakları sebebiyle Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "hâkimin reddine ilişkin" 24. maddesi hükmüne dayanılarak reddi hâkim isteminde bulunulmalıdır.

Yazıma son vermeden önce iki nokta üzerinde durmak istiyorum.

Bunlardan birincisi: Hâkimlerin Sorumluluğu ile ilgili tarihi bir belge ve "İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi" nin konumuzla ilgili hükmüdür.

Tarihi Belge: "Eğer bir yargıç bir davaya bakar ve bir karara varırsa verdiği hükmü yazılı olarak takdim eder; daha sonra verdiği kararda bir hata ortaya çıkarsa ve bu kendi hatasından kaynaklanırsa o zaman davada onun tarafından kararlaştırılan para cezasının oniki katını öder ve halka ilan edilerek yargıçlık makamından el çektirilir ve bir daha asla yargıçlık icra etmek için oraya oturamaz."

Hammurabi Yasaları, No. 5 MÖ. 1792-1750

"... Dünyada en yaygın geçerliliği olan insan hakları ilkeleri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde yer alan haklardır. Bu beyannameyi ülkemiz, 6 Nisan 1949 tarihinde Bakanlar Kurulu'nun 9119 sayılı kararı ile kabul etmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin her maddesi çok önemlidir, ama onun 8.maddesi, yurttaşların hak arayabilmelerinin yolunu açar:

"Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle erkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır"

Hukukun üstünlüğünün var olduğu devletlerde güçlerin ayrılığı ilkesi, evrensel sayılabilecek tek hukuk ilkesidir. Yasayı koyan, yasayı yürüten ve o yasalara dayalı adaleti dağıtan güçlerin birbirlerinden bağımsız oluşları, insanoğlunun 4000 yılda elde edebildiği üstün bir değerdir. Güçlerin ayrılığı ilkesi, hukuk sistemleri arasında, insan haklarını güvenceye alabilen biricik sistemdir. Bugün insan hakları üç ayaklı bir masanın üstündedir.

O masanın ayakları yasama, yürütme ve yargıdır. Bu üç ayaktan birisi kırılırsa, masa devrilecek ve eşitlik, adalet, özgürlük, demokrasi deyimleriyle ifade edilen insan hakları yerlere serilecektir.”

TİMUR KARAÇAY “Evrensel Hukuk Var mı” Cumhuriyet –Bilim Teknoloji, 9 Eylül 2011

Bunlardan ikincisi:

“...Masumiyet masumiyet olalı bu kadar kirlenmemiş, başka hiçbir sözcük onun kadar kirlenmemiştir. “Hukuk, hissetmektir” der, ünlü hukuk filozofu A.Von Jhering. Hukukçu olmayan birinin de bir hukuk adamı kadar kanunları ezbere bilebileceğini, ancak bunun hukuku hissetmeye yetmiyeceğini söyler.

Hukuku hissetmek, hukuk hafızlığının ve “malumatfuruş”luğun ötesinde, hukuku “hakla”, “insaf”la, “şefkat” le mezcetmek, “özgür” düşünebilmek, “analitik” sorgulayabilmektir. Hukukçu hukuku hissetmiyorsa, yaptığı işin şoförlükten, seri üretim yapan fabrika işçiliğinden farkı yoktur.

Çünkü hissetmeyen, otomatikleşen bir düşünce ancak oralarda işe yarayabilir. “Adalet” bir duygudur.

Hukuktan da önce gelir. Hukuk düzeninde var olmakla birlikte, onun önünde giden, ondan da önce gelen bir “başvurma” yeri , hak, nısfet, insaf ve şefkat duyguları ile örülmüş bir yüce değerdir.

Bu yüzden adalet, kendine özgü karakterini, meşruiyetini, taş duvarlarına yasanın soğukluğu sinmiş görkemli “adalet sarayları”ndan değil, vicdanların “iç adalet sarayı”ndan alan bir bilinç formu, bir duygu derinliğidir.”

İBRAHİM TÜRKES, Hukukçu, Felsefeci, “ADALET, VAHŞET VE MASUMİYET, Cumhuriyet Gazetesi,22.01.2011

TOPLU YAPILARDA GENEL KURUL

Tuğba SEMERCİ

A. Giriş

Diğer pek çok hukuki düzenlemede olduğu gibi sosyal ve ekonomik birtakım zorunlu ihtiyaçların uygulamaya yansımalarıyla toplu yapılar konusunda bir düzenleme getirilmesi şart olmuştur. Bu doğrultuda, 'toplu yapı' kavramı ilk kez 5711 sayılı Kanun¹ ile Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK)² girmiştir ve 'Kapsam' başlığını taşıyan KMK m. 66'da kısaca "... bir veya birden çok parsel üzerinde oluşmuş veya oluşacak birden çok yapı..." şeklinde tanımlanmıştır. Bu kanunla birlikte, KMK'nın dokuzuncu bölümünde toplu yapılarda yönetime ilişkin düzenlemeler de getirilmiş bulunmaktadır.

Çalışmamızda, genel olarak 'Yönetim' başlığını taşıyan KMK m. 69 incelenecek, maddede 'toplu yapılarda yönetim organı olarak kat malikleri kurulları' konusu ele alınacaktır. İlk olarak 'yönetim' kavramı açıklandıktan sonra, 5711 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce toplu yapılarda yönetim düzeninin nasıl olduğu irdelenecektir.

Yönetime ilişkin olarak ilk olarak toplu yapılarda kurul yapılanmaları tek tek ele alınacaktır. Yönetime ilişkin ikinci başlık altında toplu yapılarda ilk başlık altında incelenen kurullara katılmaya yetkili kişiler ve oy hakları incelendikten sonra, olağan ve olağanüstü toplantılar bakımından bu kurullarda toplantılara ilişkin uyulacak usul ve esaslar, toplantı ve karar yeter sayıları incelenecektir.

KMK m. 71'de yer alan 'toplu yapılarda yönetici veya yönetim kurulu' konusu ve KMK m. 73'te yer alan 'geçici yönetim' konusu ise ayrı bir inceleme konusu yapılabilecek genişlikte olduğu için çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

B. Yönetim Kavramı

KMK'ya 5711 sayılı Kanun ile eklenen dokuzuncu bölüm hükümleri arasında yönetim konusu KMK m. 69'da düzenlenmiştir. Ne var ki,

1 RG. 28.11.2007, 26714; 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun'unda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

2 RG. 02.07.1965, 12038; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu.

maddede yalnızca toplu yapının hangi kurullar tarafından yönetileceği belirtilmiş ve fakat yönetim kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Klasik kat mülkiyeti ilişkisini düzenleyen hükümler incelendiğinde de, KMK'nın beşinci bölümünde de aynı şekilde yönetim kavramının tanımlanmadığı görülmektedir.

Arpacı'ya göre kat mülkiyetinde yönetim, "... anagayrimenkulün, amacına uygun olarak kullanılması, korunması, bakım ve tamiri ve ondan faydalanılması için gereken ve anagayrimenkul üzerindeki tasarruf işlemlerinin ve bunlara yönelik konuların dışında kalan hukukî ve fiilî nitelikteki bütün iş ve işlemlerin yapılması..."³ olarak tanımlanmıştır. Toplu yapılarda yönetim açısından da bu tanımın kullanılması yerinde olacaktır.

Bir kat mülkiyeti ilişkisinde, bu gibi iş ve işlemlerde, yönetim yetkisi bağımsız bölüm maliklerine aittir. Dolayısıyla kat malikleri kurulu, hem kararları alan hem de onları icra eden bir kurul olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, özellikle toplu yapılar göz önüne alındığında tüm bağımsız bölüm maliklerinden oluşacak bir kurulun oluşturulmasındaki güçlükler düşünüldüğünde kanun çatısı altında oluşturulacak bir delegasyon sisteminin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Zira bütün bağımsız bölüm maliklerinden oluşan bir kurulun her iş ve işlem için (görece önemli veya sıradan) toplanması günümüzde, sayıları yüzlerle ve hatta binlerle ifade edilen adeta küçük şehirlerin meydana geldiği toplu yapı uygulamaları düşünüldüğünde⁴, neredeyse olanaksız hale gelmiştir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle kanunkoyucu toplu yapılar bakımından, yeni kurul ve temsilciler kurulları ihdas etmiştir. Bu kurullar 'Toplu Yapılarda Yönetim' başlığı altında detaylı olarak incelenecektir.

C. 5711 Sayılı Kanun'dan Önceki Dönem

1965 tarihli KMK'da bir parsel üzerinde bir yapı esası hâkimdi. Yatay kat mülkiyetinin yaygınlaşmasıyla birlikte uygulamada daha hızlı ve sorunsuz bir yönetim düzeni yaratma ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle 2814 sayılı Kanun⁵ ile 'Birden Çok Yapılarda Uygulanacak Özel Hükümler' başlıklı Ek 3. madde getirilmiş ve bir arsa üzerinde birden çok yapı (blok) bulunması halinde uyulması gereken kurullar düzenlenmiştir. Bu madde- nin c bendine göre;

3 Arpacı, Abdülkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim (Yönetim), İstanbul 1984, 16.

4 Şengül, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, 407.

5 2814 Sayılı Kanun, 13.04.1983 tarihinde yasallaşmıştır.

“Blok yapılarda, bunlardan yalnız birine ilişkin sorunların çözümlenmesinde, kat malikleri kurulu, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşur.”

Böylece, KMK Ek Madde 3 ile birlikte ikili bir kat malikleri kurulu düzeni getirilmiş ve bir konu yalnızca bir bloka ilişkin ise bu konunun daha kolay çözümlenebilmesi amacıyla, kat malikleri kurulunun o taşınmazda bulunan bütün kat maliklerinden oluşacağı kuralına bir istisna getirilmiştir.

Gelişen çağın etkisiyle oldukça geniş alanların üzerinde kurulu siteler ortaya çıkmış ve 2814 sayılı Kanun ile birden çok parsel üzerinde birden çok yapı bulunması ihtimaline ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş olduğundan uygulamada sorunlar yaşanmıştır.

Yargıtay'ın bu dönemde vermiş olduğu kararlar bu bakımdan yol gösterici nitelik taşımış, birden fazla parsel üzerinde kurulan yapıları 'toplu yapı' veya 'site' olarak isimlendirmiştir. Yargıtay'ın bir kararında⁶ şu sonuca ulaşılmıştır:

“...Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat mülkiyeti, ancak tek parsel üzerinde yapı veya yapılarda tesis edilebilir. Oysa somut olayda 13 (ayrı) parsel üzerinde bulunan sitedeki bağımsız bölüm maliklerinin seçtikleri yöneticilere, Kat Mülkiyeti Kanun'un tahmil ettiği yükümlülükleri yerine getirmemeleri nedeniyle mahkemenin müdahalesi talebi söz konusu olup uyumsuzluğun çözümü tamamen genel hükümlere tabi bulunmaktadır...” (Yargıtay 3. HD. E. 2002/5953, K. 2002/6349, 03.06.2002)

Yargıtay'ın konu üzerine verdiği bir başka kararda⁷ ise şöyle denilmektedir:

“... 634 sayılı Kanun'un Ek 3. Maddesine göre, yaygın kat mülkiyeti ancak aynı parseller üzerinde yapılan birden fazla binalarda kurulabilir. Tarafların maliki buldukları bağımsız bölümler iki ayrı parsel üzerinde inşa edilen iki ayrı blokta bulunmaktadır. Bu itibarla, kat mülkiyeti hükümlerinin her blok için birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı uygulanması, yönetici seçiminin de her bloğun bağımsız bölüm maliklerinin ayrı ayrı yapacakları toplantılarda seçilmesi gerekir. Ayrı ayrı parseller üzerinde bulu-

6 Öktem-Çevik, 19.

7 Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. Yargıtay'ın konu ile ilgili olarak verdiği benzer kararlar: Yargıtay 3. HD. 16.01.2001 tarihli ve E. 2000/11743, K. 2001/263 sayılı kararı; Yargıtay 3. HD. 21.10.2004 tarihli ve E. 2004/12283, K. 2004/11368 sayılı kararı.

nan bloklardaki bağımsız bölüm maliklerinin bir kurul halinde toplanarak yaptıkları yönetici seçimi ve alınan kararlar geçerli değildir...” (Yargıtay 5. HD. E. 1991/3527, K. 1991/144433, 02.05.1991)

Yargıtay bu ve benzer kararlarında birden çok parsel üzerine kurulu toplu yapılar bakımından 5711 sayılı Kanun öncesi dönemde, KMK'nın uygulanamayacağı yönünde karar vermiş ve hatta parsel maliklerinin bir araya gelerek oluşturduğu yönetim planını bağımsız bölüm malikleri arasında akdedilen bir sözleşme olarak değerlendirmiş ve bundan doğacak ihtilafların genel hükümlere göre çözülmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Böylece denilebilir ki, 5711 sayılı Kanun ile KMK'ya toplu yapılara eklenen dokuzuncu bölüm genel itibariyle uygulamada ortaya çıkan boşluğu doldurur nitelikte olmuştur.

D.Toplu Yapılarda Yönetim

1. Kat Malikleri Kurulları

KMK m. 27'de kat mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde, anataşınmazın yönetiminin kat malikleri kurulu tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca KMK m. 29-33'te kat malikleri kuruluna ilişkin ayrıntılar da (kat malikleri kurulunun toplantı zamanı, toplantı yeter sayısı, oya katılma, kat malikleri kurul kararı ve hâkimin müdahalesi) düzenlenmiştir. Toplu yapılara ilişkin olarak ise, Ek Madde 3 ile bir takım düzenlemeler getirilmiş ise de, 'birden çok parsel üzerinde birden çok yapı' bulunması ihtimaline ilişkin düzenleme 5711 sayılı Kanun ile birlikte getirilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere 5711 sayılı Kanun'la birlikte 'birden çok parselde birden çok yapı'ya ilişkin düzenlemeleri de içerir hale gelen KMK, 69. maddesinde blok kat malikleri kurulu, kat malikleri kurulu, ada kat malikleri kurulu/ ada temsilciler kurulu ve toplu yapı kat malikleri kurulu/ toplu yapı temsilciler kurulu olmak üzere, yerine göre, dört başlı bir kat malikleri kurulları düzeni getirmiştir.

5711 Sayılı Kanun ile birlikte Ek Madde 3 yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Zaten KMK m. 69'da düzenlenen blok kat malikleri kurulunun Ek Madde 3/ b ve c'de belirtilen kurulla paralel işleve sahip olduğu görülebilir. Ancak, ilk bakışta göze çarpan husus KMK m. 69 hükmünün anlaşılması oldukça güç bir biçimde kaleme alınmış olmasıdır. 5711 Sayılı Kanun'un getirdiği yenilik ise, blok kat malikleri kurulunu, yalnızca bir sorun çıktığında toplanıp karar alan bir kurul olmaktan çıkarıp, sürekli hale getirmiş olması⁸ ve yeni kurallar ihdas etmiş olmasıdır.

⁸ Pulak, T. Murat, Açıklamalı – İçtihatlı – Örnekli – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2011, 741.

a.Blok Kat Malikleri Kurulu

Blok kat malikleri kuruluna ilişkin açıklamalara geçmeden önce 'blok'un ne anlama geldiğinin açıklanmasında fayda vardır. Bloktan bahsedebilmek için herhalde en az üç bağımsız bölümün varlığı gereklidir. Neticede blok kat malikleri kurulundan bahsedilecekse, bir kurulun teşekkülü için en az üç ayrı bağımsız bölümden oluşan dikey bir yapıdan bahsetmek gerekir, zira iki kişinin anlaşmasından kurul değil olsa olsa sözleşme doğacaktır. Hatta **Arpacı**'ya göre, iki bağımsız bölümden oluşan ancak bölümlerden birinin müştereken iki malikinin bulunduğu, yani toplamda üç malik ile karşı karşıya bulunulduğu ihtimalde dahi blok kat malikleri kurulunun varlığından bahsedilemeyecektir. Çünkü KMK'ya göre bir bağımsız bölümün mülkiyeti birden fazla kişiye ait olsa dahi o bağımsız bölüme ait oy hakkı, tek malikli bağımsız bölümün oy hakkı ile aynı olacaktır⁹.

KMK m. 69(1)'de belirtildiği üzere, her bir parseldeki her bir blokun ve ortak yerlerinin (örneğin blokun asansörü, o bloğa özgülenmiş otopark, bahçe) yönetimi, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kuruluna bırakılmıştır¹⁰. Bu düzen, yalnızca ilgili bloğa ilgilendiren hususlarda ortaya çıkabilecek problemlerin kısa ve pratik yoldan, toplu yapı yönetimine gidilmeksizin çözümü için oldukça etkin bir yöntemdir¹¹. KMK m. 69(1)'in son cümlesi uyarınca, bu yapıların idare tarzının ayrıntılı düzenlemesi yönetim planında ayrıca belirtilecektir.

Bloğa ait ortak yerlerin yönetimi, ortak giderlerin toplanması, blok yöneticisinin seçilmesi, blok denetçisinin seçilmesi, blokta bulunan bağımsız bölüm malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında veya yöneticiler ile denetçiler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi, blok kat malikleri kurulunun görevlerindedir. Ancak blok ortak yeri olmasına karşılık verilecek karar niteliği itibariyle toplu yapının menfaatlerini de ilgilendiriyorsa (örneğin ilgili bloğun çatısına konacak olan GSM baz istasyonu) burada blok kat malikleri kurulunun tek başına yetkili olamayacağını, hükmün "*kendi sorunlarına*" şeklinde ifade ettiği lafzından da çıkarsamak gerekir¹².

9 Arpacı, Yönetim, 87.

10 Kanun hükmü aynen şu şekildedir: "Toplu yapı kapsamında bulunan parsel ve parsellerdeki birden çok bağımsız bölümü kapsayan ana yapıda ortak yerleri bulunan blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulunca yönetilir...".

11 Öktem-Çevik, Seda, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010, 94.

12 Öktem-Çevik, 96.

Uygulamada da sık karşılaşılabilecek bir sorun, bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak toplu yapı temsilciler kurulunda alınan bir kararın akıbetinin ne olacağıdır. Daha da önemlisi alınan bu kararın KMK m.72(2)'de belirtildiği üzere İİK m. 68'deki belgelerden sayılıp sayılmayacağıdır. Olayı somutlaştırmak gerekirse, bir bloğun çatısı ile ilgili bir meselede toplu yapı temsilciler kurulunun karar almaya yetkili olmadığı sonucuna varmak gerekir. Blok tarafından toplu yapı temsilciler kuruluna gönderilen temsilci yalnızca ortak yerlere ilişkin oy kullanmaya yetkilidir ve bu sebeple ortada yetkisiz temsil hali vardır. Bu durumda, ayrıca söz konusu kararın alınması için nisaplar oluşmadığından yokluk söz konusu olacaktır. Netice itibarıyla toplu yapı temsilciler kurulunun yetki alanı dışında aldığı bu kararı İİK m. 68'deki belgelerden saymanın imkânı da yoktur.

Blok kat malikleri kurulunun kendi iç meseleleriyle ilgili olan görev alanının yanı sıra, ada ve toplu yapı temsilciler kurulunda kendilerini temsil edecek ve o bloğa ait yönetimi sağlayacak yöneticiyi seçme yetkisi de vardır. Ayrıca, bir mesele ile ilgili hem blok kat malikleri kurulunun hem de toplu yapı kat malikleri kurulunun/ temsilciler kurulunun yetkili olduğu iddiasında ise, bir diğer söylemle bu iki kurul arasında yetki uyumsuzluğu çıkmış ise, yöneticinin ve hatta herhangi bir malikin açacağı bir tespit davasıyla mesele hallolabilir.

Blok kat malikleri kurulu kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili olarak toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, KMK m. 74'ün atfıyla, klasik kat mülkiyetine ait düzenleme olan KMK m. 32(2) uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, blok kat malikleri kurulu kararları, blok kat malikleri ile onların külli ve cüzi halefleri ve blok yöneticisi ve denetçisi için bağlayıcı niteliktedir. Yine KMK m. 74 atfıyla, KMK m. 33 uyarınca, blok kat malikleri kurulu kararına razı olmayan herhangi bir blok kat maliki, toplu yapının bulunduğu sulh hukuk mahkemesine başvurmak suretiyle, hakimin müdahalesini talep edebilir.

b. Kat Malikleri Kurulu

KMK m. 69(1), 2. cümlesinde;

“Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapılar varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parselde ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetilir. Yönetim plânında blokların ve blok niteliğinde olmayan yapıların idare tarzı ayrıca belirtilir.”

denerek ikinci kurul tipi ihdas edilmiştir. Ancak burada bir de 'KMK m.

67(2) hükmü saklıdır' denilmesi gerekirdi. Zira bu hüküm yalnızca KMK m. 67(2)'nin uygulanmadığı ortak yerler için söz konusu olacaktır.

Hükümde, 'Blok niteliğinde olmayan yapı' kavramından ne kastedilmek istendiği açıklanmamıştır. Blok niteliğindeki yapıdan dikey kat mülkiyetinin anlaşıldığı üzere, blok niteliğinde olmamadan herhalde yatay kat mülkiyetli yapılar kastedilmektedir. Bu durumda toplu yapılar bakımından kat malikleri kurulu, karşımıza ya yatay kat mülkiyetli yapıların (örneğin villa tipi evler) bulunduğu, ya da hem yatay hem de dikey olarak en az üç bağımsız bölümü kapsayan¹³ blok yapıların bulunduğu (karma kat mülkiyeti; örneğin bir parsel üzerinde 3 blok ve 50 villa tipi evin bulunması hali) hallerde çıkacaktır.

Kat malikleri kurulunun görev ve yetkileri blok kat maliki kurulunununkilerle aynıdır. Bu kapsamda yukarıda blok kat malikleri kuruluna ilişkin yapılan açıklamalar ve altı çizilen çekinceler kat malikleri kurulu bakımından da geçerlidir.

c. Ada Kat Malikleri Kurulu / Ada Temsilcileri Kurulu

KMK m. 69(2)'de ada kat malikleri kurulu düzenlenmiştir. Hükme göre, bir adada birden çok parsel yer alıyorsa, adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler, o adada bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan ada kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı¹⁴, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır.

Bu bağlamda, ada kat malikleri kurulu, adaya ait ortak yerlerin yönetimi, bu yerlere ilişkin giderlerin tespiti ve paylaşılması, adaya ait ortak yerlere ilişkin günlük işlerin yürütülmesi, bu yerlerin bakımının sağlanması, adanın ortak yerlerine ilişkin çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gibi konularda yetkilidir.

Blok kat malikleri ve kat malikleri kurulu kararlarında da açıklandığı üzere, KMK m. 32(2) gereği, ada kat malikleri kurulu kararları, aynı adada bulunan bağımsız bölüm malikleri ile onların külli ve cüzi halefleri için bağlayıcı niteliktedir. Aynı şekilde, KMK m. 33 uyarınca, ada kat malikleri kurulu kararına razı olmayan, aynı adada bulunan herhangi bir bağımsız kat maliki hakim mütahalesini talep edebilir.

Ada kat malikleri kuruluna atfedilmiş yukarıda saydığımız yetkiler, yönetim plânında ada temsilciler kuruluna verilebilir. Hükümden de an-

13 Bkz. blok kat malikleri kuruluna ilişkin açıklamalar; Karş. Pulak, 740.

14 KMK m. 69(1) son cümlesinde 'idare tarzı' lafzı seçlip, bir alt fıkrada 'yönetim tarzı' ifadesinin kullanılmış olmasına, kelimelerden birinin Türkçe diğerinin Arapça kökenli olmasından başka sonuç bağlanamamıştır.

laşılacağı üzere ada temsilciler kurulunun oluşturulması zorunlu değildir, ihtiyaçlar doğrultusunda hareket edileceği aşikârdır. Bu düzenlemenin amacı, toplu yapı kapsamında yer alan adayı oluşturan parsellere ait ortak yerlerin yönetimi için ayrı bir kat malikleri kurulunun düzenlenmesi ihtiyacının hissedilmesidir¹⁵. Oluşturulmasına karar verilmesi halinde, ada temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Bu oluşum tarzı da emredici değildir, yönetim planında başka şekilde düzenlenmesi mümkündür.

KMK m. 69(2) hükmünde, ada temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği konusunun, toplu yapının özelliği dikkate alınarak, yönetim plânında belirtileceği ve ada temsilciler kurulunda bu yönetici ve temsilcilerin yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip olacağı söylenmiştir. Ancak KMK m. 31(5)'te¹⁶ öngörül- düğü üzere, bir kişinin en fazla kaç kişiyi temsile yetkili olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda, örneğin bir blokta 30 bağımsız bölüm bulunması halinde dahi, ilgili bloğun blok yöneticisinin oyu ada kat malikleri kurulunda 30 oy yerine sayılacaktır.

Ada temsilciler kurulu icra organı niteliği taşımakta, ada kat malikleri kurulunun temsilcisi sıfatı taşımaktadır¹⁷.

d. Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu / Toplu Yapı Temsilciler Kurulu

KMK m. 69(3)'te toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesislerin yönetimi düzenlenmiştir. Bu alanlar bakımından yönetim yetkisi, toplu yapılar kapsamındaki tüm bağımsız bölüm sahiplerinindir ve yönetim tarzı¹⁸ da bu bağımsız bölüm sahiplerinden oluşan kurul tarafından belirlenecektir. Bu anlamda toplu yapı kat malikleri kurulunun en etkin ve en önemli organ olduğu söylenebilir.

Toplu yapıya ilişkin karar alınması, alınan bu kararların yürütülmesi, denetlenmesi ve bu kararlara ilişkin çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü sağlama, toplu yapının yönetimine ilişkin karar alma, alınan kararların yürütülmesini denetleme, toplu yapı yöneticisinin ve denetçisinin seçil-

¹⁵ Öktem-Çevik, 90.

¹⁶ Kanun hükmü aynen şu şekildedir: "Kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekâlet edebilir."

¹⁷ Öktem-Çevik, 109.

¹⁸ Bkz. dn. 14.

mesi, toplu yapı kat malikleri kurulunun görevlerindedir. Ayrıca toplu yapı kapsamında yer alan ortak yerlerin bakımı, korunması, toplu yapı ortak yer ve tesisleri için yapılacak harcamalar ve giderlere ilişkin kararların alınması, toplu yapı kapsamındaki ortak yerlere yapılacak yenilik ve ilave veya değişiklikler gibi hususlarda da toplu yapı kat malikleri kurulu yetkilidir.

Belirtmek gerekir ki, blok ortak yerinin veya ada ortak yerinin aynı zamanda toplu yapı ortak yeri niteliği taşıması mümkündür. Bu durumda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, toplu yapının mı veyahut diğerinin mi menfaatinin daha üstün tutulması gerektiğine karar verilerek yetkili kurul belirlenmelidir¹⁹.

Yukarıdaki başlıklarda da açıklandığı üzere, KMK m. 32(2) gereği, toplu yapı kat maliki kurulu kararları, toplu yapıda bulunan bağımsız bölüm malikleri ile onların külli ve cüzi halefleri ve toplu yapı yöneticisi ve denetçisi için bağlayıcı niteliktedir. Aynı şekilde, KMK m. 33 uyarınca, toplu yapı kat malikleri kurulu kararına razı olmayan, aynı adada bulunan herhangi bir bağımsız kat maliki hakim mütahalesini talep edebilir.

Toplu yapı kat malikleri kuruluna tanınan yetkiler, yönetim planında toplu yapı temsilciler kuruluna verilebilir. Ancak hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, toplu yapı kat malikleri kurulunun, toplu yapı temsilciler kurulu oluşturması zorunlu değil, ihtiyaridir.

Toplu yapı temsilciler kurulu, blok yapılarda her bir blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Ancak bu kural emredici nitelikte olmayıp, hükümde de belirtildiği üzere yönetim planında aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aksi düzenlenmediği takdirde blok yapılar bakımından blok yöneticilerinin, blok niteliğinde olmayan yapılar bakımından temsilcilerinin aynı zamanda toplu yapı temsilciler kurulu üyesi olması şeklindeki düzenleme, bu kişilerin ilgili alanlara ilişkin sorunlara hakim olmaları bakımından yararlı gözükmemektedir²⁰. Ancak aksine, üçüncü bir kişinin daha objektif ve etkin çözüm önerileri sunabileceği de söylenebilir.

KMK m. 69(3), 4. cümlesine göre, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği, toplu yapının özelliği dikkate alınmak suretiyle, yönetim planında belirtilecektir.

19 Öktem-Çevik, 113.

20 Özmen, E. Sabâ / Kır, Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, 196; Öktem-Çevik, 115.

Son olarak, KMK m. 69(3), son cümlesinde, toplu yapı temsilciler kurulundaki yönetici ve temsilcilerin yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Ancak, ada kat malikleri kurulu başlığı altında değindiğimiz üzere, KMK m. 31(5)'te öngörüldüğü üzere, bir kişinin en fazla kaç kişiyi temsile yetkili olduğuna ilişkin bir düzenlemeye burada da yer verilmemiştir.

KMK m. 69 hükmü genel olarak değerlendirildiğinde, yukarıda dört ayrı başlık altında incelenen kurulların her birinin her halde ayrı konularda yetkili olduğu anlaşılabilir. Ancak, özellikle toplu yapının tek bir ada üzerinde kurulu olduğu ihtimali değerlendirildiğinde, ada kat malikleri kurulu ile toplu yapı kat malikleri kurulu arasında ne kurulların teşekkülü ne de hukuki mahiyeti bakımından fark kalmayacaktır²¹. Bu anlamda, toplu yapı kat malikleri kurulunun yanı sıra, ada kat malikleri kurulunun varlığının yalnızca toplu yapının birden fazla adadan oluştuğu halde söz konusu olacağı sonucuna varılabilir²².

KMK m. 72(1)'de;

“Toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece birkaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından, bütün bağımsız bölümlerin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler ise bütün kat malikleri tarafından karşılanır.”

denmiştir²³. Ancak, örneğin yalnızca bir bloğun çatısının onarılması gereken bir durumda, blok kat maliklerinden birinin/birkaçının giderlere katılmaması halinde, dava ve talep hakkı sahibinin kim olduğu konusunda kanun susmaktadır. Her bir bloğun kendi yönetiminin iç ilişkide yetkili olduğu muhakkaktır ancak dış ilişki bakımından tek temsile yetkili organ toplu yapı kat malikleri kurulu / toplu yapı temsilciler kuruludur.

KMK m. 72(2)'ye göre blok kat malikleri, toplu yapı temsilcileri ve geçici yönetim kurulu kararları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanun'unun (İİK) 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır. Her ne

21 Özmen / Kır, 195; Öktem-Çevik, 92.

22 Aksi düşünce aynı kişilerden ve aynı yetki alanından oluşan iki farklı kurulla karşı karşıya kalınmasına ve toplu yapılarda işlevselliğin yitirilmesine sebebiyet verecektir.

23 Yargıtay 18. HD' nin 27.02.2001 tarihli ve E. 2001/1859, K. 2001/1889 sayılı kararı: “Kat Mülkiyeti Yasasının ek 3. maddesi hükmüne göre, bir arsa üzerinde birden çok yapının (bloğun) varlığı halinde, yapılardan her birine ilişkin ortak giderler o yapıdaki kat malikleri, bütün yapılar için ortak tesis ve yerlere ilişkin giderler bütün kat malikleri tarafından 20. maddedeki kurala göre karşılanır. Blok yapılarda bunlardan yalnız birine ilişkin sorunların çözümlenmesinde kat malikleri kurulu, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşur.”.

kadar madde metninde ada kat malikleri kurulu kararlarına yer verilme- se de bunların da yine İİK m. 68(1)'de belirtilen belgelerden olduğunun kabulü gerekir.

2. Kurullara Katılma ve Üyelerin Oy Hakkı

KMK m. 31(1) hükmüne göre, her kat maliki arsa payı oranına ba- kılmaksızın tek oy hakkına sahiptir. Bu anlamda, arsa payı oranı küçük olanın oy hakkından mahrum bırakılması veya bu oranın büyük olması- na oy hakkının çoğalması sonucunun bağlanması mümkün değildir²⁴. Söz konusu hüküm toplu yapılar bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

KMK m. 31(2)'ye göre ise, aynı blok yapıda birden fazla bağımsız bö- lümü olan bağımsız bölüm maliki, her bağımsız bölüm için ayrı bir oy hakkına sahip olacaktır. Durum toplu yapılar bakımından da aynı şekil- dedir. Ancak, bağımsız bölüm malikinin sahip olduğu bağımsız bölümler- in sayısı ne olursa olsun, sahip olacağı oy sayısı bütün oyların üçte birin- den fazla olamaz ve oy hesabı yapılırken de kesirler göz önüne alınmaz.

Bir bağımsız bölümün birden fazla maliki olması durumu, yani paylı mülkiyete veya elbirliği mülkiyetine konu olması durumu KMK m. 31(3)'te düzenlenmiştir. Bu halde kanunda, oylarını maliklerin içlerinden vekâlet verecekleri birisinin temsil etmesi suretiyle kullanacağı yazmaktadır. Kat maliklerinden biri ehliyetsiz ise onu kanuni mümessili temsil eder.

KMK m. 31(4)'e göre, alınacak kararın kurul üyelerinden birisini doğ- rudan doğruya ilgilendirmesi durumunda, ilgili üye görüşmelerde hazır bulunabilir, fakat oya katılamaz. Buna benzer bir hüküm de derneklerle ilgili olarak MK m. 82²⁵'de yer almaktadır. Kararın doğrudan doğruya ilgilendirmesi deyişiyle anlatılmak istenen, alınacak karar sonucunda yalnızca o kişinin menfaatinin olumlu ya da olumsuz etkilenecek olması durumudur²⁶. Buradaki genel kıstas, tüzel kişinin veya kat maliklerinin karşısında üçüncü şahıs konumunda bulunduğu durumlarda oy kullanı- mına izin verilmemesidir. Söz konusu hükmün söz konusu kişinin ya- kınları (altsoy, üstsoy, eş) bakımından da kıyasen uygulanması gereklidir. Oylamaya katılmaması gereken menfaati olan malikin oylamaya katılması durumunda ise oylamanın sonucunu değiştirmemesi en yerinde çözüm olacaktır²⁷.

24 Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, 187.

25 Kanun hükmü aynen şu şekildedir: "MADDE 82.- Hiçbir dernek üyesi, dernek ile kendisi, eşi, üstsoyu ve altsoyu arasındaki bir hukukî işlem veya uyuşmazlık konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz."

26 Öktem-Çevik, 134.

27 Arpacı, Yönetim, 99.

5711 sayılı Kanun ile getirilen KMK m. 31(5) hükmü aynen şu şekildedir:

“Kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekâlet edebilir”.

Hükümde adı geçen vekilin aynı bloktan/ aynı toplu yapıdan bir diğer kat maliki olması mümkün olduğu gibi üçüncü bir kişinin de vekil tayin edilmesi mümkündür. Vekilin oyunun sınırlanmasının amacı ise deyim yerinde ise tek elden toplu yapı yönetiminin ve bu şekilde ortaya çıkabilecek suistimallerin önüne geçilmesidir.

Oy kullanmak için verilen temsil yetkisinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir²⁸. Kanun hükmünde her ne kadar vekâletten bahsedilse de bunu temsil olarak anlamak gerekir²⁹.

3. Kurul Toplantılarına İlişkin Usul ve Esaslar

a. Olağan Toplantılar Bakımından

KMK m. 29(1)'e göre, kat malikleri kurulu yılda bir kereden az olmamak üzere yönetim planında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, her takvim yılının ilk ayı içerisinde toplanırlar. KMK m. 29(1)'e 5711 sayılı Kanun ile eklenen cümlede ise toplu yapılarda yer alan kurulların, iki yılda bir kereden az olmamak üzere, yönetim plânlarında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, ikinci takvim yılının ilk ayı içinde toplanacağı söylenmiştir. Doktrinde toplu yapılar bakımından öngörülen iki yıllık süre, oldukça uzun olması ve KMK m. 34(5)'te yöneticinin görev süresinin bir yıl³⁰ olması ile KMK m. 37(2)(a)'da yöneticinin işletme projesinin yıllık olarak yapılması gerekmesi hükümleri ile çelişkili olması bakımından eleştirilmiştir³¹.

Hükümden anlaşılacağı üzere, yönetim planında öngörülen zamanların ya da ikinci takvim yılının Ocak ayı dışında yapılan toplantılar *olağüstü* toplantılardır³².

28 Yargıtay 18. HD.'nin 04.07.2003 tarihli ve E. 2003/5055, K. 2003/5917 sayılı kararı şu şekildedir: "...Kat malikleri kurulu kararının iptali istenilmiştir. İptali istenen kararın alındığı toplantıya kat maliklerinden dördü doğrudan beşi de vekil aracılığıyla katılmıştır. Vekâletnamelerde vekilin kat malikleri adına toplantılara katılabileceği onun adına ve oy kullanabileceği yazılıdır. Bu vekâletnameler herhangi bir şekil şartına tabi tutulmadığından noterden tasdikli olması gerekmez...".

29 Arpacı, Yönetim, 104; Öktem-Çevik, 135.

30 Şengül, yöneticinin azami görev süresinin anılan çelişki nedeniyle toplu yapılar bakımından iki yıl olacağı sonucuna varmıştır; Şengül, 615.

31 Öktem-Çevik, 118.

32 Arpacı, Yönetim, 112.

Ayrıca, olağan toplantılara çağrı usulüne ilişkin olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir³³. Yönetim planında açıkça yer, tarih, saat belirtilmişse ayrıca çağrıya gerek kalmayacaktır. Ancak, bunun dışındaki her halde eksik olan hususu açıklığa kavuşturacak bir çağrıya ihtiyaç vardır³⁴.

b. Olağanüstü Toplantılar Bakımından

Kat malikleri kurulunun olağanüstü toplantı zamanı KMK m. 29(2)'de gösterilmiştir. KMK'nın dokuzuncu bölümünde toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme getirilmediğinden, söz konusu hüküm niteliği itibarıyla uygun düştüğü ölçüde toplu yapılardaki olağanüstü toplantılar bakımından da kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, önemli bir sebebin çıkması halinde toplu yapı içerisinde görev yapan yönetici veya denetçinin veya toplantıya çağırılacak kurulun görev alanı içerisinde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden üçte birinin istemi üzerine ve toplantı için istenilen tarihten en az onbeş gün önce, bütün kat maliklerine imzalatılacak bir çağrı veya bir taahhütlü mektupla, toplantı sebebi de bildirilmek şartıyla, kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir. Burada denetçinin isteminden kasıt, denetçinin yöneticiden istemesidir; yönetici bu çağrıyı gerçekleştirmezse tayin edilecek kayımla mesele halledilecektir. Bu anlamda, denetçinin çağrıyı bizzat kendisinin yapması mümkün değildir.

Hükümde belirtildiği üzere, yönetim planında öngörülen zamanların veya ikinci takvim yılının Ocak ayı dışında toplanılması yeterli görülmemiş, olağanüstü nitelikte sayılabilmek için bir de önemli bir sebebin çıkması aranmıştır. Ancak **Arpacı**'nın da belirttiği üzere, olağanüstü toplanabilmek için önemli bir sebebin aranması gerekli değildir ve kaldı ki olağanüstü toplanmak için ortaya çıkan sebep herhalde önemli bir sebep olacaktır³⁵.

Hem olağan hem de olağanüstü toplantılar bakımından yönetim planında aksine bir düzenleme yoksa, KMK m. 35(k)'ye göre yöneticiye verilen toplantıya çağırma yetkisi, bağımsız bölüm sayısı sekizden az olan blok yapılarda blok kat malikleri kurulunun toplantıya çağırılması bakımından problem teşkil etmektedir. KMK m. 34(2)'ye göre bu halde yönetici tayini zorunluluğu bulunmadığından, ilgili blok bağımsız bölüm maliklerinin aralarında anlaşmaları en uygun çözüm yolu olarak gözükmektedir³⁶. Blok bağımsız bölüm maliklerinin aralarında anlaşamamaları durumu ise, KMK m. 33 uyarınca hakim m. müdahalesi yoluna götürecektir.

33 Aşağıda açıklanacağı üzere, KMK 29(2)'de yer alan düzenleme olağanüstü toplantılara ilişkindir.

34 Arpacı, Yönetim, 115.

35 Arpacı, Yönetim, 123.

36 Arpacı, Yönetim, 117; Öktem-Çevik, 121.

4. Kurullarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

a. Basit Oyçokluğu Gerektiren İşler Bakımından

Klasik kat mülkiyetinde olduğu üzere, toplu yapılarda da kararlar kural olarak toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Basit oyçokluğu olarak ifade edilen bu halde, toplantıya katılan kat maliklerinin sayısına göre yarısından bir fazlası veya yarım fazlasının olumlu oyu yeterli olacak, ayrıca arsa payı çoğunluğu aranmayacaktır³⁷.

İlk toplantı bakımından toplantı yeter sayısı, KMK m. 30(1)'de belirtildiği üzere, toplu yapılar bakımından da bağımsız bölüm maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlası, karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların çoğunluğudur.

İlk toplantının öngörülen nisapların sağlanamaması nedeniyle yapılamaması durumunda ise, ikinci toplantı, 5711 sayılı Kanun ile eklenen KMK m. 30(2)'ye göre, en geç onbeş gün sonra yapılır. Bu toplantıda karar yeter sayısı, katılanların salt çoğunluğudur. Ayrıca KMK m. 29(3)'e göre, ilk toplantı çağrısı yapılırken, birinci toplantıda, yeter sayıların sağlanamaması halinde, ikinci toplantının nerede ve hangi tarihte yapılacağı da belirtilir. 5711 sayılı Kanun ile fıkraya eklenen ikinci cümleye göre, ilk toplantı ile ikinci toplantı arasında bırakılacak zaman yedi günden az olmaz. Buradan çıkan sonuç ise ilk toplantı ile ikinci toplantı arasında yedi günden az onbeş günden fazla süre bulunamayacağıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere KMK m. 30(3) hükmünde de belirtildiği üzere, kanunda sayılan istisnai haller hariç ve yönetim planında aksi düzenlenmedikçe³⁸ toplantı ve karar nisapları bakımından basit çoğunluk öngörülmüştür. Dolayısıyla, yalnızca hangi hallerde nitelikli çoğunluk ve oybirliği arandığı açıklanmakla yetinilecektir. Ancak, uygulamadaki önemine binaen yönetici seçiminde aranan nisaba ilişkin kısaca açıklama yapmayı yerinde görüyoruz.

KMK m. 71(2), 2. cümlesi şu şekildedir:

“Toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi ise, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile atanır.”

37 Şengül, 528.

38 Kanun'da belirtilen çoğunluklar nisbi emredicidir. Bir diğer söylemle, kanunda sayı ve arsa payı çoğunluğu öngörülmüş bir yönetim işi için yönetim planında beşte dört çoğunluğun aranacağını söylemesi mümkündür ancak bu iş için yönetim planında kanunda aranan yeter sayının altına inilmesi, örneğimizde basit çoğunluğun öngörülmesi, mümkün değildir.

Maddede toplu yapı yöneticisinin ve denetçisinin seçimi için salt çoğunluğun yeterli olacağı belirtilmiştir. Bunun nedeni, toplu yapılarda yönetici seçilememesi suretiyle yönetim krizi çıkmasının önüne geçilmek istenmesidir. Salt çoğunluk, toplu yapı temsilciler kurulu toplantısında karar alınmaması olasılığını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Zira toplu yapı temsilciler kuruluna katılan üyelerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu yeterli görülmüştür³⁹. Doktrinde de toplu yapılarda özellikle yönetici seçimine ilişkin KMK m. 34(4)'te klasik kat mülkiyeti bakımından öngörülmüş nitelikli çoğunluğun terk edilmesi ve nisabın salt çoğunluk olarak belirlenmiş olması genel hatları itibariyle olumlu karşılanmıştır⁴⁰ ve oyların yönetici adayları arasında yarı yarıya bölünmesi ve oylamanın böylece kilitlenmesi olasılığının düşük olduğu vurgulanmıştır⁴¹.

b. Nitelikli Oyçokluğu Gerektiren İşler Bakımından

Kanunkoyucu, birtakım yönetim işlerinde basit çoğunluğu yeterli görmeyerek ana kuraldan ayrılmış, ilgili yönetim işinin önemine binaen bazı hallerde sayı ve arsa payı çokluğu, bazı hallerde ise beşte dört çoğunluk öngörmüştür. Çalışmamızda, öncelikle sayı ve arsa payı çokluğu gerektiren işler ve sonrasında beşte dört çoğunluk gerektiren işler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

• Sayı ve Arsa Payı Çoğunluğunu Gerektiren İşler Bakımından

Yönetici ve Denetçi Atama

KMK m. 71(2), 1. cümle:

“Blok yöneticisi ve denetçisi, bloktaki kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve tesisleri için yönetici ve denetçi, bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir.”

Kanun koyucu blok yönetici ve denetçisi ile blok niteliğinde olmayan yer ve tesis yönetici ve denetçisinin seçilmesinde sayı ve arsa payı olarak çifte çoğunluk aramıştır. Bu karar nisabı, KMK m. 34(4) ve 41(3)'te aranan çoğunluk ile aynıdır. Buna göre yönetici seçimi için bütün kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğunun oyu gerekir⁴².

Toplantı yeter sayısı sağlanamadığı için ilk toplantının yapılamaması halinde toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan ikinci toplantıda

39 Öktem-Çevik, 141.

40 Özmen / Kır, 222; Aksi görüş için bkz. Öktem-Çevik, 141.

41 Pulak, 754-755.

42 Karş. 4.a.

dahi yönetici seçimi açısından bu nisap aranır⁴³. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁴⁴, yöneticinin atandığı toplantının, ikinci toplantı olmasının yasadaki ikili çoğunluk koşulunu bertaraf etmeyeceğini söylemiştir. Ayrıca bu çifte çoğunluk sağlanmadan alınan bir karar, kanunun aradığı irade beyanlarının mevcut olmaması nedeniyle yok hükmündedir⁴⁵.

Faydalı Yenilik ve İlavelerin Yapılması

KMK m. 42(1) uyarınca ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak tüm yenilik ve ilavelere ilişkin alınacak kurul kararlarındaki nisap sayısı ve arsa payı çoğunluğu olarak belirtilmiştir. KMK m. 41(3)'e göre sayılan işlere ilişkin giderler, yeniliklerden faydalananlar tarafından, faydalanma oranına göre, ödenecektir. O zaman, bu yenilikten fayda görmeyecek olan maliklerden bu konu ile ilgili giderlere katılmaları da beklenemeyecektir⁴⁶.

KMK'nın dokuzuncu bölümünde toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme getirilmediğinden, yukarıdaki hüküm niteliği itibarıyla uygun düştüğü ölçüde toplu yapılardaki olağanüstü toplantılar bakımından da kıyasen uygulanacaktır. Toplu yapılar bakımından özellik arz edecek bir durum ise, yapılması planlanan faydalı yenilik ve ilavelerin tüm toplu yapıyı ilgilendirmemesi durumudur. Muhakkak ki bu halde, ilgili değişiklik hangi topluluğun menfaatini ilgilendiriyorsa ilgili kurul toplanmalı ve bu kurul bakımından sayısı ve arsa payı çokluğu aranmalıdır⁴⁷. Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus ise toplu yapılarda ortak giderlere katılmaya ilişkin KMK m. 72 hükmüdür. KMK m. 72(3) hükmü aynen şu şekildedir:

“Kat malikleri, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya bunların başka bir parselde veya kamuya ait alanlarda bulunduğunu veya bağımsız bölümlerinin veya kendilerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle toplu yapı ortak gider payını ve toplanacak avansı ödemekten kaçınamazlar”.

Masraflı ve Lüks Yenilik ve İlavelerin Yapılması

KMK m. 43'te çok masraflı ve lüks olan ilave ve yenilikler düzenlenmiştir. Bu tür çok masraflı veya anagayrimenkulün niteliği itibarıyla lüks

43 Pulak, 755.

44 Yargıtay 18. HD. 26.04.2010 tarihli ve E. 2009/12349, K. 2010/6240 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

45 Arpacı, Yönetim, 174.

46 Arpacı, Yönetim, 147.

47 Öktem-Çevik, 145.

yenilik yapılacaksa ve bu değişiklik tüm kat malikleri tarafından kullanılması mutlaka gerekli olan yer veya geçitlerinde bulunmuyorsa, bu değişikliklere ilişkin giderlerin değişikliğe karar veren malikler tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Ancak, bu tür değişikliklere ilişkin kurul kararının hangi nisaplarla alınacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Doktrinde, bu tür kararlar için evleviyet ilkesi gereği yine sayı ve arsa payı çokluğu aranması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁸. Bir diğer deyişle, faydalı yenilik ve ilavelerin yapılmasına ilişkin kurul kararları bakımından sayı ve arsa payı çokluğu arayan kanun koyucunun, daha fazla masraf gerektiren ve nispeten daha az lüzum duyulan bu tip değişikliklerde de bu nisabı arayacağında kuşku etmemek gerekir.

Toplu yapılara ilişkin bir üst başlıkta yaptığımız açıklamalar, uygun düştüğü ölçüde masraflı ve lüks masrafların yapılmasına ilişkin kararlara uygulanacak nisaplar bakımından da geçerlidir. Acaba ilgili nisabın sağlanabilmesi için ve fakat giderlere katılmama şartıyla oy kullanılması mümkün müdür? Bir diğer deyişle, örneğin, havuz yapımı için yapılan bir oylamada giderlere katılmama şartıyla olumlu oy vermek geçerli olur mu? Burada herhalde nisapların sağlandığını söylemek doğru olacaktır. Yenilik doğuran haklar şarta bağlanamaz ancak burada oy hakkı yenilik doğuran bir hak olmadığından, şarta bağlanmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Aralarındaki anlaşmaya rağmen diğer kat maliklerinin şarta bağlı oyunu kullanan malikten giderlere katılmasını talep etmeleri ise olsa olsa şarta bağlı oy kullanılmasını kabul eden malikler bakımından sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Özürlülerin Yaşamı İçin Zorunlu Yenilik ve İlavelerin Yapılması

KMK m. 42'ye 5378 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkra hükmüne göre özürlülerin yaşamı için zorunluluk göstermesi halinde proje tadili kat maliklerinin en geç üç ay içerisinde yapacakları toplantıda görüşülecektir ve kurul kararı da sayı ve arsa payı çokluğu ile alınacaktır. Toplantının bu üç aylık süre içinde yapılamaması veya yapılan toplantıda gerekli çoğunluğun sağlanamaması halinde, ilgili kat malikinin talebi üzerine bina güvenliğinin tehlikeye sokulmadığını bildirir komisyon raporuna istinaden ilgili mercilerden alınacak tasdikli proje değişikliği veya krokiye göre inşaat, onarım ve tesis yapılacaktır.

Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından müştereken hazırlanan ve 22.04.2006 tarihinde yürürlüğe giren "Yapılarda Özürlülerin Kullanımına Yönelik Proje Tadili Komisyonları Teşkilî, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in⁴⁹ 12. maddesine göre özürlülerin kullanımı için yapılacak proje tadilatına ilişkin inşaat ve

48 Arpacı, Yönetim, 152; Şengül, 536; Öktem-Çevik, 146.

49 RG. 22.04.2006, 26147.

imalat giderlerinden başvuru sahibi sorumlu olacaktır. Nitekim özür- lü-lerin yaşamı için zorunlu yenilik ve ilavelerin yapılmasına ilişkin hükmü izleyen KMK m.42(3)'te de bu işlere ilişkin giderlerin, yeniliklerden fay- dalananlar tarafından, faydalanma oranına göre, ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu iki hüküm değerlendirildiğinde ise, şayet yapılan yenilikten faydalanan başka malikler de bulunuyorsa, her ne kadar ilgili yönetme- liğin 12. maddesi lafzı 'başvuru sahibi' dese de, hakkaniyet kuralı gereği bundan faydalanan maliklerin de masraflara katılması gerektiği görüşün- deyiz⁵⁰.

Toplu yapılarda da KMK m. 42(2) hükmü kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Isı Yalıtımı, Isı Sistemi veya Yakıt Türünün Değiştirilmesi

KMK m. 42'nin 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu⁵¹ ile değiştiri- len dördüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, kat maliklerinden birinin isteği üzerine ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sis- teminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılacaktır. Ancak toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıt- ma sistemine dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak⁵² oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılır. Bu konuda yapılacak ortak işlerin giderleri arsa payı oranına göre ödenir.

KMK m. 42(5) hükmü ise şu şekildedir:

"Isıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sis- temden merkezi sisteme dönüştürülmesine karar verilmesi halinde, yönetim planının bu karara aykırı hükümleri değiştirilmiş sayılır"

İlgili fıkra hükmü ile birlikte KMK m. 42(4)'teki düzenlemenin em- redici niteliğine vurgu yapılmıştır. Bir diğer deyişle, dördüncü fıkrada öngörülen düzenlemenin yönetim planı veya başka bir çeşit anlaşma ile değiştirilebilmesi mümkün değildir⁵³.

Toplu yapılar bakımından da KMK m. 42 hükmü uygulama alanı bu- lacaktır. Ancak üzerinde durulması gereken husus ısı yalıtımı, ısıtma sis- teminin ve yakıtın değiştirilmesi kararının verilmesi konusunda hangi kat

50 Aynı yönde, Şengül, 539; Pulak, 479; Öktem-Çevik, 149.

51 RG. 02.05.2007, 26510.

52 KMK m. 31(1) hükmünün arsa payına bakılmaksızın her kat malikinin tek bir oy hakkına sahip olacağı düzenlemesi karşısında 'sayı ve arsa payı olarak oybirliği' lafzı teknik açıdan bir anlam ifade etmediği gibi hukuk terimlerini kullanma bakımından da uygun olmadığı görüşündeyiz.

53 Arpacı, Abdülkadir, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması (Kanun), İstanbul 2002, 170.

malikleri kurulunun yetkili olacaktır. KMK m. 69 hükmünün dört ayrı kurul tipi oluşturup, bunların her birinin yalnızca kendilerini ilgilendiren konularda karar almaya yetkili kılması karşısında, örneğin toplu yapı içerisindeki her blok kendi merkezi ısıtma sistemine sahip ise kararı blok kat malikleri kurulunun toplanarak sayı ve arsa payı çokluğu ile vermesi mümkün gözükmemektedir⁵⁴. Ancak ısıtma sistemi veya yakıt türü değişiminin fiziki bağa dayalı olarak tüm toplu yapıyı ilgilendiren nitelikte olması durumunda kararı verecek kurul elbette toplu yapı kat malikleri kuruludur⁵⁵.

• **Beşte Dört Çoğunluk Gerektiren İşler Bakımından**

KMK daha önemli gördüğü bazı yönetim işleri bakımından sayı ve arsa payı çokluğunu yeterli görmemiş ve bir başka nitelikli çoğunluk olan beşte dört çoğunluk oranını aramıştır.

Ortak Yerlerde İnşaat Onarım ve Tesisler

KMK m. 19(2)'ye göre anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptırabilmek için bütün bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası aranmaktadır. Kanun'un lafzından da anlaşılacağı üzere, ilgili kararın alınabilmesi için beşte dört oranındaki yazılı rıza yeterli görülmüş, kararın mutlaka bir kurul kararına dayanması aranmamıştır. Bir diğer deyişle, herhangi bir kurul toplanmasa dahi, karara ilişkin en az beşte dört oranındaki olumlu irade beyanlarının yazılı metne dökülmesi kararın alınması bakımından gerekli ve yeterlidir⁵⁶.

Ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiği ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğu özel durumlarda ise kat maliklerinin rızası aranmaksızın gerekli onarım ve güçlendirmenin yapılmasına olanak tanınmıştır. Söz konusu onarım ve güçlendirmenin rıza alınmadan yapılabilmesi için ise kanunda iki şart aranmıştır. İlk olarak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiği ve acilen onarılması gerektiği veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması gerekmektedir. İkinci olarak ise, ilgili onarım ve güçlendirmenin proje ve tekniğe uygun biçimde yapılmış olması gerekmektedir.

54 Aynı görüşte, Şengül, 541; aksi görüşte, Öktem-Çevik, 151.

55 Toplu yapı bünyesindeki tüm blokların tek bir merkezi sisteme bağlı olarak ısıtılması durumunda, blokların alacakları kararla özel ısınma sistemi kuramayacakları ve bu çerçevede toplu yapı kat malikleri kurulu kararının gerekli olduğu yönünde bkz. Yargıtay 5. HD.'nin 11.02.1985 tarihli ve 989/1444 sayılı kararı.

56 Özmen / Kır, 57; Şengül, 546.

Kanun'da ayrıca şart olarak zikredilmemiş olmakla birlikte, Yargıtay'ın altını çizdiği başka birtakım şartlar da vardır. Yapılacak inşaat, onarım, tesis ve değişikliğe ilişkin alınacak kararın imar mevzuatına aykırı olmaması gerekmektedir⁵⁷ ve ayrıca söz konusu yenilik ve ilavelerle ilgili olarak yönetim planında farklı düzenlemelere yer verilmemiş olması veya bunların yasaklanmamış olması gerekmektedir⁵⁸.

Toplu yapılar bakımından da kararın alınmak istendiği ortak yerlerin niteliğinden yola çıkılarak ilgili topluluk çıkış noktası alınarak beşte dört oranının hesaplanması gerekmektedir⁵⁹. Örneğin toplu yapı ortak yeri niteliğindeki havuz devir daim sisteminin değiştirilmesi, site ana kapı girişine kamera takılması gibi yeniliklere ilişkin kararlara ilişkin nisapların hesabının toplu yapı kat malikleri kurulu üye sayısı temel alınarak yapılması gerekmektedir. Ayrıca, her ne kadar fiziki bakımından değişiklik yapılmak istenen ortak yer yalnızca alt yönetim birimlerini ilgilendirse de, niteliği itibarıyla toplu yapıyı ilgilendirecekse bu kararın da yine toplu yapı kat malikleri üye sayısı üzerinden hesaplanması suretiyle alınması gerekmektedir⁶⁰. Örneğin, toplu yapıda yer alan tüm blokların dış cephe boyasının belli bir renkte olması durumunda, her ne kadar bir bloğa ait dış cephe renginin değiştirilmesi fiziken yalnızca o bloğu ilgilendiriyor gibi gözükse de niteliği itibarıyla o bloğun dış cephe boya renginin değiştirilmesine ilişkin kararın toplu yapı kat malikleri kurul üye sayısının beşte dördü tarafından hesaplanarak verilmesi gerekmektedir.

Yönetim Planının Değiştirilmesi

KMK m. 28(3)'e göre yönetim planının değiştirilebilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şarttır. Toplu yapılar bakımından da yönetim planının değiştirilebilmesi için paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

5711 sayılı Kanun ile getirilen KMK m. 70 hükmü aynen şu şekildedir:

“Toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerler için tamamını kapsayan bir tek yönetim plânı düzenlenir. Yönetim plânı, toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağlar. Yönetim plânının değiştirilebilmesi için, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu şarttır.

57 Yargıtay HGK'nın 25.12.1985 tarihli ve E. 1984/5-471, K. 1985/1173 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 18. HD.'nin 27.05.2008 tarihli ve E. 2008/3977, K.2008/6233 sayılı kararı (Pulak, 257,258).

58 Yargıtay 18. HD.'nin 17.06.2008 tarihli ve E. 2007/3673, K. 2008/7292 sayılı kararı (Pulak, 253, 254).

59 Özmen/ Kır, 54; Şengül, 548.

60 Şengül, 549; Öktem-Çevik, 156.

Geçici yönetimle ilgili yönetim plânı hükümleri, toplu yapı alanındaki bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün oylarıyla değiştirilebilir.”

c. Oybirliği Gerektiren İşler Bakımından

Bağımsız Bölümün Özgüldüğü Amacın Değiştirilmesi

KMK m. 12'ye göre ibraz edilecek olan mimari projede her bağımsız bölümün mesken veya işyeri vasfının gösterilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde KMK m. 18'e göre, kat malikleri bağımsız bölümleri özgüldükleri amaca uygun bir biçimde kullanmakla yükümlüdürler. Nitekim KMK m. 24(2)'de de, anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerlerin, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilmesi düzenlenmiştir. Ancak KMK m. 24(1)'e göre, tapuda mesken olarak kaydedilmiş olsa da, bu bağımsız bölümün dispensar, klinik, poliklinik niteliği taşımayan doktor muayenehanesi olarak kullanılması için kat maliklerinin oybirliğine gerek yoktur. Ayrıca Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, kat malikleri kararına gerek olmaksızın, mesken nitelikli bir bağımsız bölümün avukat ofisi veya mühendislik bürosu olarak kullanılması da mümkündür, meğer ki yönetim planında aksi öngörülmüş olsun.

KMK m. 24(2) hükmü toplu yapılar bakımından da geçerlidir. Ancak örneğin konunun yalnızca tek bir bloğu ilgilendirmesi durumunda kararın alınması için bu bloğun maliklerinin mi yoksa her halde toplu yapı kat malikleri kurulunun mu alması gerektiği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bağımsız bölümün özgüldüğü amacın değiştirilmesi işi her halde toplu yapıyı ilgilendirecektir ve kararı toplu yapı kat malikleri kurulunun alması gerekmektedir⁶¹. Bir diğer görüşe göre ise, KMK m. 69(3)'e göre toplu yapıların yönetim yetkisinin toplu yapı kapsamındaki ortak yer ve tesislerine ilişkin olarak sınırlandırılmasından yola çıkarak kararı ilgili blok kat malikleri kurulunun vermesi gerekmektedir⁶².

Elden dolaştırma yöntemiyle, tüm kat malikleri olumlu yönde beyanlarını bildirmiş olsalar dahi, bu kararın alınması mümkün değildir, ilgili kurulun toplanması ve burada sağlanacak oybirliği ile karar alınması gerekmektedir. Kanaatimizce, olaya temkinli yaklaşılmalı, her somut olay için hususun ayrıca düşünülmesi gerekmektedir. Zira, her somut olayda

61 Öktem-Çevik, 159.

62 Şengül, 565.

alınacak kararın daha ziyade hangi topluluğun menfaatini ilgilendireceğine karar vermek gerekecektir. Ancak meselenin en baştan yönetim planında halledilmesi herhalde en yerinde çözüm olacaktır.

Bağımsız Bölüm İlavesi

KMK m. 44(1)'e göre, anagayrimenkulün üstüne kat ilavesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında KMK m. 24(2)'de yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilavesi için kat malikleri kurulunun buna oybirliğiyle karar vermesi gerekmektedir. Ayrıca, anagayrimenkulün söz konusu inşaattan sonra alacağı duruma göre, yapılan yeni ilaveler de dâhil olmak üzere bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve yine oybirliğiyle tespit edilmesi aranmaktadır.

Toplu yapılar bakımından da uygulama alanı bulacak KMK m.44(1) hükmü ile ilgili karar almaya yetkili organ herhalde doğal olarak toplu yapı kat malikleri kurulu olacaktır. Yapının üzerine kat çıkılması, mevcut çekme katın tam kata dönüştürülmesi, zemin veya bodrum katlarında bağımsız bölüm ilavesi konusunda blok kat malikleri kurulu olarak karar almaları mümkün değildir⁶³.

Temlik Tasarruflar

KMK m. 45'e göre anagayrimenkulün bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temlik tasarruflar da kat maliklerinin oybirliği ile alacakları kararlarla mümkün olacaktır. 'Anataşınmazın bir hakla kayıtlanması' söz grubunun anlamı kat mülkiyetine konu parsel üzerine başka bir kişi veya taşınmaz lehine irtifak hakkı tesis edilmesidir. Ancak söz konusu irtifakın anagayrimenkulün tümünü ilgilendiren bir nitelikte olması gerekmektedir. Zira, yalnızca bir veya birkaç kat malikinin kendi bağımsız bölümleriyle ilgili kuracakları sınırlı aynı haklar, tamamen eşya hukukunun konusunu teşkil etmekte ve KMK m. 45'in kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu hüküm, KMK m. 74'ün atfı gereği toplu yapılar bakımından da geçerlidir. Kararı almaya yetkili kurul toplu yapı kat malikleri kuruludur. Hatta kararın alınmasında toplu yapı temsilciler kurulu dahi yetkili değildir.

Önemli Yönetim İşleri

Kanun, bazı ortak yerlere ilişkin önemli yönetim işleri bakımından da kat malikleri kurulunun oybirliğini aramaktadır. KMK m. 45'e göre anayapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklam maksadıyla kiralan-

63 Yargıtay 18. HD.'nin 13.06.2005 tarihli ve E. 2008/4127, K. 2008/6206 sayılı kararı.

ması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir. Kanun'un lafzından da anlaşılacağı üzere söz konusu sayım sınırlayıcı değil, örneklendirme niteliğindedir.

KMK m. 45'in, toplu yapılar bakımından da uygulama alanı bulacağını yukarıda söylemiştik. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere bir bloğun çatısına GSM telefon verici istasyonu yerleştirilmesine ilişkin kararı tüm toplu yapının menfaatlerini ilgilendirmesi sebebiyle toplu yapı kat malikleri kurulunca verilmesi gerekmektedir.

d . Kurul Toplantılarında Usul ve Esaslara Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

Kanun'da öngörülen kurallara uyulmadan yapılan toplantıların ve alınan kararların yaptırımına ilişkin KMK'da herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. **Arpacı**'ya göre toplantı yeter sayısı sağlanmaksızın alınan kararlara bağlanacak hukuki yaptırım butlandır⁶⁴. Karar yeter sayılarına aykırılık ise daima yokluk sonucunu doğuracaktır. Ancak Yargıtay, kararlarında 'butlan' veya 'yokluk' terimlerine yer vermemekte, yalnızca hükümsüz sayılacağına vurgu yapmakta ve hatta bir takım kararlarında söz konusu kararların iptal edilinceye kadar geçerliliğini koruyacağını ve yapılan iş ve işlemlerin mahkemece verilecek iptal kararından etkilenmeyeceğini ifade etmektedir⁶⁵. Ancak kanaatimizce bu kararlara katılmak mümkün değildir.

Kararların toplantı ve karar yeter sayıları bakımından usulüne uygun alınmış olmasıyla birlikte kararlarda, kanuna, sözleşmeye, yönetim planına, bir diğer kat malikleri kurul kararına veya hakkaniyete aykırı bazı hususlar bulunabilir. Bu tip durumlarda, KMK m. 33, kat maliklerine kararın iptaline ilişkin dava açma hakkı yanında, hâkime müracaatla kat mülkiyeti ilişkisinin yüklediği borç ve yükümlülöklere aykırı davranışlar nedeniyle yaptırım uygulanmasını isteme imkânı tanımaktadır. Toplu yapılar bakımından da uygulama alanı bulacak söz konusu düzenleme, kat malikleri kurulunca alınan kararlara karşı, kurul toplantısına katılan ancak olumsuz oy kullanan her kat malikinın, karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat malikinın ise kararı öğrenmesinden itibaren bir ay ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine iptal davası açabilmesine imkân tanımaktadır (KMK m. 33(1)).

64 Arpacı, Yönetim, 172; Aynı yönde bkz. Şengül, 583.

65 18. HD.'nin 10.2.1995 tarihli ve 13171/1725 sayılı kararı (Şengül, 584'teki 302. dn).

E. Sonuç

Yukarıda açıklandığı üzere 5711 sayılı Kanun ile birlikte KMK'ya toplu yapılara ilişkin hükümler eklenmiştir. Gelişen çoklu yapılanmaların boyutu hesaba katıldığında hiç kuşkusuz bu alanda bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olmuştur. Ne var ki, getirilen bu düzenlemenin isabetli bulduğumuz noktaları olduğu gibi gerek bulunmayan (uygulamada üç ayrı genel kurulun yanında bir de ada kat malikleri kuruluna ihtiyaç bulunmayışı vb.) ve/ veya eksik olan bir takım düzenlemelere de değindik. Bu anlamda, en kısa sürede uygulamada gün geçtikçe daha önemli hale gelen küçük şehirleşmelere ilişkin yaşanabilecek problemlerin de önüne geçilebilmesi için, ilgili kanun değişikliklerinin yapılması temennisindeyiz.

KAYNAKÇA

- Arpacı, Abdülkadir Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, Temel Yayınları, İstanbul 2002.
- Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayınevi, İstanbul 1984.
- Aybay, Aydın / Sanal, Nezih Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Beta, İstanbul 2010.
- Gökner, Hikmet Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi,
- Arpacı, Abdülkadir İstanbul 1991
- Havutcu, Ayşe Toplu Yapıların Yönetiminde İşletme Kooperatiflerinin Rolü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, c. 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, 1117- 1130.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar / Açıklamalı ve İçtihatlı Kat
- Altın, Mehmet Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Karahasan, Mustafa Reşit Kat Mülkiyeti Hukuku c. 2, Arıkan, İstanbul 2007.
- Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Eşya Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi,
- Özer / Oktay-Özdemir, Saibe İstanbul, 2009.
- Öktem-Çevik, Seda Toplu Yapılarda Yönetim, XII Levha, İstanbul 2010.
- Özmen, E. Sabâ / Kır, Hafize Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul 2010.
- Pulak, T. Murat cıkılamalı – İçtihatlı – Örneklı – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Şengül, Mehmet Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, XII Levha, İstanbul 2011.
- Yavuz, Nihat 5711 Sayılı Yeni Kat Mülkiyeti Kanun'una Göre Toplu Yapıların (Sitelerin) Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

6322 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN GİRİŞİM SERMAYESİ FONU¹

Yavuz AKBULAK²

1. Türkiye’de Yatırım Fonu ve Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Genel Düzenlemeler³

Bilindiği üzere, Türk hukuk sisteminde yatırım fonu ve yatırım ortaklıkları esas itibariyle 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun⁴ (SPKn) “*Sermaye piyasası kurumları*” başlıklı 32’nci maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre Türkiye’deki sermaye piyasası kurumları; aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ve sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlardan oluşmaktadır.

Yatırım ortaklıkları sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek amacıyla kurulan anonim ortaklıklardır (SPKn m.35). SPKn hükümleri uyarınca halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin

1 Yazarın Notu: Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz.

2 SPK Başkanlık Danışmanı

3 Türkiye’de 2011 yılı sonu itibariyle toplam 591 adet yatırım fonu bulunmaktadır. Bunlar arasında 181 adet ile koruma amaçlı, 130 adet ile değişken, 58 adet ile tahvil ve bono ve 54 adet ile likit fon en yaygın fonlardır. Bu 4 fon grubu toplam fonların %71,5’ini oluşturmaktadır. 2011 yılı sonu itibariyle yabancı fon sayısı 55, emeklilik fonu sayısı 165, borsa yatırım fonu sayısı 12 ve fon sepeti fonlarının sayısı 5 adet olup, ilki 1987’de kurulan yatırım fonlarının toplam değerleri, 2011 yılında bir önceki yıla göre %2,26 oranında azalarak 30,9 milyar TL’den (20,1 milyar \$) 30,2 milyar TL’ye (16 milyar \$) düşmüştür. Yatırım fonlarının portföy değerleri ise şöyledir.

Türkiye’deki Yatırım Fonlarının Portföy Değerleri (2009-2011)			
Yıllar	A Tipi	B Tipi	Toplam Portföy Değeri (milyon TL)
2009	1.125	28.480	29.605
2010	1.561	29.336	30.897
2011	1.476	28.743	30.219

Kaynak: Sermaye Piyasası Kurulu 2011 Yılı Faaliyet Raporu, s.33-41

Yatırım ortaklıklarına gelince, 2011 yılı sonu itibariyle ülkemizde 23 adet gayrimenkul yatırım ortaklığı (portföy değeri 10,7 milyar TL), 4 adet girişim sermayesi yatırım ortaklığı (portföy değeri 725 milyon TL) ve 26 adet A ve B tipi menkul kıymetler yatırım ortaklığı (portföy değeri 480 milyon TL) bulunmaktadır.

4 2499 sayılı SPKn, 30.07.1981 tarihli ve 17416 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

dağıtılması ilkesi ve inançlı mülkiyet esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan mal varlığına ise “yatırım fonu” adı verilir. Fonun tüzel kişiliği yoktur; ancak mal varlığı kurucunun mal varlığından ayrıdır (SPKn m.37).

Yatırım fonlarına temel ikincil mevzuat düzenlemesi, Sermaye Piyasası Kurulu’nun (SPK) 19.12.1996 tarihli ve 22852 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış bulunan Seri:VII, No:10 “Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği” (VII/10 Tebliği) ile yapılmıştır. Ülkemizde, yatırım fonlarını konu edinen temel idari düzenleme olan VII/10 Tebliği içerisinde “girişim sermayesi yatırım fonları” henüz mevcut değildir.

TABLO 1: SPK’NIN VII/10 TEBLİĞİ İLE DİĞER TEBLİĞLERİNE GÖRE TÜRKİYE’DEKİ “YATIRIM FONU” TÜRLERİ		
	Yatırım Fonunun Türü	İçeriği
1	Tahvil ve Bono Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak kamu ve/veya özel sektör borçlanma araçlarına yatırmış fonlardır.
2	Kısa Vadeli Tahvil ve Bono Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak kamu ve/veya özel sektör borçlanma araçlarına yatırmış, portföyünün aylık ağırlıklı ortalama vadesi en az 25 en fazla 90 gün olan ve portföyüne pay senedi dahil edilemeyen fonlardır.
3	Hisse Senedi Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak özelleştirme kapsamına alınanlar dahil Türkiye’de kurulmuş ortaklıkların hisse senetlerine yatırmış fonlardır.
4	Sektör Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak belirli bir sektörü oluşturan ortaklıkların menkul kıymetlerine yatırmış fonlardır.
5	İştirak Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak SPK’nın 29.01.1989 tarihli ve 20064 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:XI, No:1 Tebliği’nin 3 no’lu ekinde tanımlanan iştiraklerce ⁵ çıkarılmış menkul kıymetlere yatırmış fonlardır.
6	Grup Fonu	Fon portföyünün en az %51’ini devamlı olarak Seri:XI, No:10 Tebliği’nin ⁶ 2’nci maddesinde tanımlanan belli bir topluluğun menkul kıymetlerine yatıran fonlardır.

- 5 SPK’nın XI/1 Tebliği’ne göre iştirak deyimi, bir ortaklık ile işletme arasında, söz konusu ortaklığın yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağ yaratan, doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisini ifade eder. Anılan Tebliğ’de doğrudan sermaye ve yönetim ilişkisi, bir ortaklıkta en az %10 oranında oy hakkına sahip olmak veya ortaklık yönetimine en az bu oranda katılmak anlamında kullanılmıştır. Dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisi ise, bir ortaklıkta, işletmenin %10’dan fazla paya sahip ortağı gerçek ve tüzel kişilerin, iştiraklerinin ve bunların iştiraklerinin en az aynı oranda oy hakkına sahip olmasını veya en az aynı oranda yönetime katılmasını ifade etmektedir. Buna göre, doğrudan veya dolaylı olarak iştirak edilen ortaklıklarda sermayeye katılım oranı yüzde ondan daha az olmakla birlikte, imtiyaz nedeniyle sahip olunan oy hakkının veya yönetime katılma hakkının en az bu oranda olması durumunda işletme ile ortaklık arasında iştirak ilişkisi bulunmaktadır. Aksine, sermayeye katılım oranının yüzde ondan fazla olmasına karşın, sahip olunan oy hakkının veya yönetime katılma hakkının bu orandan daha az olması herhangi bir iştirak ilişkisini göstermemektedir. İşletme ile dolaylı sermaye ilişkisine sahip iştiraklere ilişkin bilgilere bilanço dipnotlarında yer verilir.
- 6 28.03.1992 tarihli ve 21185 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan (08.04.1992 tarihli ve 21193 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan düzeltme ile numarası “No:10” olarak düzeltilen) “Sermaye Piyasasında Konsolide Mali Tablolara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ”; 13.11.2001 tarihli ve 24582 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:XI, No:21 “Sermaye Piyasasında Konsolide Mali Tablolara ve İştiraklerin Muhasebeleştirilmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 22’nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

7	Yabancı Menkul Kıymetler Fonu	Fon portföyünün en az %51'ini devamlı olarak yabancı özel ve kamu sektörü menkul kıymetlerine yatırmış fonlardır.
8	Kıymetli Madenler Fonu	Fon portföyünün en az %51'ini devamlı olarak ulusal ve uluslararası borsalarda işlem gören altın ve diğer kıymetli madenler ile bu madenlere dayalı sermaye piyasası araçlarına yatırmış fonlardır.
9	Altın Fonu	Fon portföyünün en az %51'ini devamlı olarak ulusal ve uluslararası borsalarda işlem gören altın ile altına dayalı sermaye piyasası araçlarına yatırmış fonlardır.
10	Karma Fon	Portföyünün tamamı, hisse senetleri, borçlanma senetleri, altın ve diğer kıymetli madenler ile bunlara dayalı sermaye piyasası araçlarından en az ikisinden oluşan ve her birinin değeri fon portföy değerinin %20'sinden az olmayan fonlardır.
11	Likit Fon	Devamlı olarak, portföyünde vadesine en çok 180 gün kalmış likiditesi yüksek sermaye piyasası araçları yer alan ve portföyünün ağırlıklı ortalama vadesi en çok 45 gün olan fonlardır.
12	Değişken Fon	Portföy sınırlamaları itibarıyla yukarıdaki türlerden herhangi birine girmeyen fonlardır.
13	Endeks Fon	Portföyünün en az %80'i devamlı olarak VII/10 Tebliği'nin 3 numaralı ekinde yer alan formüle uygun olarak yapılan hesaplama çerçevesinde, baz alınan ve SPK tarafından uygun görülen bir endeksin değeri ile fonun birim pay değeri arasındaki korelasyon katsayısı en az %90 olacak şekilde, endeks kapsamındaki menkul kıymetlerin tümünden ya da örnekleme yoluyla seçilen bir kısmından oluşan fonlardır.
14	Fon Sepeti	Portföyünün en az %80'i devamlı olarak, diğer yatırım fonlarının ve borsa yatırım fonlarının katılma paylarından oluşan fonlardır.
15	Garantili Fon	Alt fonları asgari olarak 6 ay vadeli kurulmak kaydıyla yatırımcının başlangıç yatırımının belirli bir bölümünün, tamamının ya da başlangıç yatırımının üzerinde belirli bir getirinin izahnamede belirlenen esaslar çerçevesinde belirli vade ya da vadelerde yatırımcıya geri ödenmesinin, uygun bir yatırım stratejisine ve garantör tarafından verilen garantiye dayanarak taahhüt edildiği ve şemsiye fon şeklinde kurulan fonlardır.
16	Koruma Amaçlı Fon	Alt fonları asgari olarak 6 ay vadeli kurulmak kaydıyla yatırımcının başlangıç yatırımının belirli bir bölümünün, tamamının ya da başlangıç yatırımının üzerinde belirli bir getirinin izahnamede belirlenen esaslar çerçevesinde belirli vade ya da vadelerde yatırımcıya geri ödenmesinin, uygun bir yatırım stratejisine dayanılarak en iyi gayret esasları çerçevesinde amaçlandığı ve şemsiye fon şeklinde kurulan fonlardır.
17	Özel Fon	Katılma belgeleri önceden belirlenmiş kişi veya kuruluşlara tahsis edilmiş fonlardır.
18	Serbest Yatırım Fonu (Hedge Funds)	Katılma payları sadece nitelikli yatırımcılara satılmak üzere kurulmuş olan fonlardır.
19	Borsa Yatırım Fonları	Borsa yatırım fonu, katılma belgeleri borsa pazarlarında işlem gören, fonun oluşturulma sürecine doğrudan katılan yetkilendirilmiş katılımcıların fon portföyünün kompozisyonunu yansıtabilecek şekilde, portföyde yer alan menkul kıymet ve nakdi bir araya getirilerek karşılığında fon katılma belgesi alabildiği ya da söz konusu kurumların en az asgari işlem birimine tekbül eden fon katılma belgelerini saklamacı kuruluşa iade edip karşılığında fonun içindeki menkul kıymetlerin payına düşen kısmını alabildiği, riskin dağıtılması ilkesi ve inancılı mülkiyet esaslarına göre portföy işletmek amacıyla kurulan malvarlığıdır. Borsa yatırım fonları, portföyünün en az %80'i devamlı olarak baz alınan ve SPK tarafından uygun görülen bir endeks kapsamındaki menkul kıymetlerden oluşan ve SPK'nın 13.04.2004 tarihli ve 25432 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Seri:VII, No:23 "Borsa Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği"nde yer alan formüle uygun olarak yapılan hesaplama çerçevesinde, baz alınan endeksin değeri ile fonun birim pay değeri arasındaki korelasyon katsayısı en az %90 olacak şekilde, baz alınan endeksi takip etmek üzere Endeks Fon olarak kurulur. Borsa fonları, burada belirtilen çerçevede, baz alınan endeks kapsamındaki menkul kıymetlerin; a) tümünden tam kopyalama yoluyla, b) seçilen bir kısmından örnekleme yoluyla, oluşturulabilir. Fon portföy değerinin aylık ağırlıklı ortalama bazda en az %25'ini, devamlı olarak mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınan Kamu İktisadi Teşebbüsleri dahil Türkiye'de kurulmuş ortaklıkların menkul kıymetlerine yatırım yapan fonlar A tipidir. A tipi olmayanlar dahil olmak üzere borsa fonlarının katılma belgeleri "menkul kıymet" niteliğindedir.
20	Emeklilik Yatırım Fonu	28.02.2002 tarihli ve 24681 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik" uyarınca Emeklilik Yatırım Fonu, şirket tarafından emeklilik sözleşmesi çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların, riskin dağıtılması ve inancılı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla oluşturulan malvarlığıdır. Süresiz olarak kurulan fonun tüzel kişiliği yoktur.
21	Yabancı Yatırım Fonu	SPK'nın 06.11.1998 tarihli ve 23515 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Seri:VII, No:14 "Yabancı Yatırım Fonu Paylarının Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği"ne göre yurt dışında kurulmuş yatırım fonlarıdır.
A ve B Tipi Yatırım Fonu Ayrımı		Fon içtüzüklerinde belirtmek suretiyle, portföy değerinin aylık ağırlıklı ortalama bazda en az %25'ini, devamlı olarak mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınan Kamu İktisadi Teşebbüsleri dahil Türkiye'de kurulmuş ortaklıkların hisse senetlerine yatırmış fonlar A tipi, diğerleri B tipi olarak adlandırılır ve bu tipler fon türleri ile birlikte belirtilir.

Türkiye’de yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemeler de şöyledir.

Tablo 2: Türkiye’de Yatırım Ortaklıklarına Dair Temel İdari Düzenlemeler		
1	Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklıkları	05.08.2011 tarihli ve 28016 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:VI, No:30 Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
2	Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları	20.03.2003 tarihli ve 25054 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:VI, No:15 Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
3	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları	08.11.1998 tarihli ve 23517 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:VI, No:11 Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
4	Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları	29.01.2009 tarihli ve 27125 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:VI, No:24 Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği

2. 6322 sayılı Kanun’la Getirilen Yepyeni Bir Kurum: Girişim Sermayesi Fonu

2.1. Girişim Sermayesi ve Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Genel Değerlendirme:

Girişim sermayesine ilişkin olarak birçok tanım bulunmaktadır. Bu konudaki en yaygın kullanılan tanım ise; dinamik, yenilikçi, üretken, yüksek büyüme potansiyeline sahip, ancak yatırım ve büyümenin gerçekleştirilmesi için gerekli finansal kaynakların temininde sıkıntı çeken vizyon sahibi girişimcilerin gereksinimlerini karşılamaya yönelik olarak kurumsal yatırımcılarca yapılan yatırımlar biçiminde olanıdır. Yapılan finansal ortaklıklar esas olarak; çekirdek, başlangıç, erken aşama, gelişme, köprü ve yönetim satın alma gibi sınıflara ayrılmaktadır.

Girişim sermayesi yatırımlarını temel olarak girişim şirketlerine doğrudan ve dolaylı olarak ortak olunması ve girişim şirketlerinin borçlanma araçlarının satın alınması diğer bir ifadeyle girişim şirketlerine kreditor olunması olarak iki başlık altında toplayabiliriz. Girişim şirketlerine doğrudan ortak olunması bu şirketlerin hisse senetlerinin satın alınması anlamındadır. Girişim sermayesi yatırım ortaklıkları (GSYO) dolaylı olarak da girişim şirketlerine ortak olabilir, bu dolaylı ortaklığı yurtiçinde kurulu özel amaçlı şirketler (holdingler) ve girişim sermayesi yatırım fonları ile yurtdışında kurulu girişim sermayesi yatırım fonları üzerinden gerçekleş-

tirebilirler. Bahsedilen bu dolaylı yapıların ortak özelliği gerek yurtiçinde gerekse yurtdışında kurulsun, faaliyet amaçlarının sadece yurtiçinde kurulu girişim şirketlerine yatırım yapmak olmasıdır.

Girişim şirketi, Türk sermaye piyasası mevzuatına göre Türkiye’de kurulmuş veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak gereksinimi olan şirketleri ifade etmektedir. Girişim şirketlerinin, sınav, zirai uygulama ve ticari pazar potansiyeli olan araç, gereç, malzeme, hizmet veya yeni ürün, yöntem, sistem ve üretim tekniklerinin meydana getirilmesini veya geliştirilmesini amaçlamaları ya da yönetim, teknik veya sermaye desteğiyle bu amaçları gerçekleştirebilecek durumda olmaları gereklidir. Borsada işlem gören diğer bir deyişle halka açık anonim şirketler de girişim şirketi niteliğini taşıyabilir. Ancak GSYO’lar bu kapsamdaki şirketlerin sadece borsada işlem görmeyen paylarına diğer bir deyişle halka açık olmayan paylarına yatırım yapabilirler.

Girişim sermayesi fonları (Venture Capital Funds) ile özel sermaye fonları (Private Equity Funds) genelde iç içe geçmiş durumdadır. Çoğu zaman aralarında kesin bir ayırım yapabilmek olanaklı değildir. Genellikle, girişim sermayesi yatırım fonlarını özel sermaye fonlarından ayıran temel fark, özel sermaye fonlarının çoğunlukla kurulu ve başarılı bir geçmişi olan, fakat genelde halka açık olmayan şirketlere yatırım yapmasıdır. Girişim sermayesi yatırım fonları ise göreceli olarak daha küçük ve daha riskli, ancak getirisi daha yüksek sayılabilen, kuruluş (start-up) veya düşünce aşamasındaki (seed) şirketlere yatırım yapmaktadır. Bu fonların temel yapıları genel ortaklar (general partners) olarak adlandırılan, yani ilk kuruluş sermayesini koyan ve fonu yönetmeye talip olan yönetici ortaklarla daha sonra bu yapıya sınırlı sorumlu (limited partners) ortakların fon sağlamalarından oluşmaktadır. Fon sağlayan bu ortaklar genelde emeklilik fonları, bankalar, sigorta şirketleri ve kamu kuruluşları/ortaklıkları gibi kurumsal nitelik taşımaktadır. Elde edilen bu fon genelde 10-15 yıl gibi belirli bir süre için sağlanmaktadır. Yatırımın getirisi ise, yatırımdan genellikle 5-7 yıl sonunda çıkılmasıyla elde edilmekte, fonlar azınlık veya çoğunluk hissesi olarak yatırım yapabilmektedirler. Fonun büyüklüğü ve yatırım tutarları değişkendir. Fon oluştuktan sonra fonun belirlediği strateji ve ölçütler doğrultusunda yatırım yapılmaktadır.

Girişim sermayesi yatırım fonları şirkete finansman sağlamanın yanı sıra, gerekli olan finansal ve stratejik desteği sağlayarak şirketin büyümesine de katkıda bulunmayı amaçlamaktadırlar. Bu itibarla, bu fonlar profesyonel yöneticileri vasıtasıyla yatırım yaptıkları şirketlerin gelişimiy-

le yakından ilgilenirler. Stratejik destek sağlamak, şirkete yeni bir perspektif kazandırmak ve benzer şirketlerden elde ettikleri deneyimleri diğer şirket yatırımlarında da kullanmak amacıyla bu fonlar, yönetim kurulunda söz sahibi olmaktadır.

Diğer yandan, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin (KOBİ), ülke ekonomilerindeki yeri kuşkusuz yadsınmaz. Gerek yarattıkları katma değer, gerek sağladıkları istihdam, yaptıkları yatırım ve ihracat oranlarıyla önemli bir düzeydedir. Ancak ülke ekonomileri için bu kadar çok öneme sahip olan KOBİ'lerin birçok sıkıntıları da mevcuttur. Bu sorunların hepsinin çözümü temelde finansman yetersizliğine, yani mali kaynaklara ulaşamamaktan kaynaklanmaktadır. Finansman sıkıntısı olmayan KOBİ'ler genelde tüm sıkıntılarını aşabilmekte, sıkıntılarının aşılması için gerektiğinde dışarıdan danışmanlık hizmeti satın alınmakta veya uzman kişileri bünyelerinde istihdam etme yoluna gidilmektedir.

Girişim sermayesi özellikle yenilikçi KOBİ'ler için tam da bu noktada da büyük önem arz eder. Öncelikle girişim sermayesi yatırım fonlarının yatırımdan sonra şirketler çok hızlı bir şekilde yeniden yapılandırma süreci yaşayarak kurumsallaşma konusunda büyük aşamalar alabilmektedirler. Bunun sonucunda artan kurumsal imajla birlikte mali yapı güçlenmekte, mali yapının güçlenmesi, finansal kuruluşların, mal ve malzeme tedarikçilerinin ve müşterilerinin şirkete olan güveninin artmasına neden olmaktadır. Bu da şirketine kaliteli mal veya hizmeti rekabetçi fiyatlarla üreterek satmasına ve sonuçta da hızlı ve istikrarlı büyümesine neden olmaktadır. Finansmanın yanı sıra, girişim sermayesi yatırım fonları, şirketlere her türlü konuda danışmanlık ve yol gösterici rol oynamaktadırlar. Sahip oldukları tecrübe, bağlantı ve iş ilişkileri neticesinde KOBİ'lerin tek başına başa çıkamayacakları birçok sorunun kolay bir şekilde hallolmasında veya ulaşılmaz ya da açılmaz olarak görülen bazı kapıların açılmasına yardımcı olmaktadır.

2.2. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına (GSYO) İlişkin Genel Esaslar:

SPK'nın 20.03.2003 tarihli ve 25054 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Seri:VI, No:15 "Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği"ne göre, GSYO'lar kayıtlı sermayeli olarak kurulan ve çıkarılmış sermayelerini esas olarak girişim sermayesi yatırımlarına yönelten ortaklıklar olup, girişim sermayesi yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kullanılan araçlardan birisidir. Sonuçta girişim sermayesi yatırımı bir

yatırım kararı olup, bunu kişiler veya herhangi bir şirket de yapabilir. Bir GSYO aynı zamanda bir kurumsal yatırımcı ve bir sermaye piyasası kurumudur. Bu sebeple GSYO'ların faaliyetlerinde sermaye piyasası mevzuatına uyum sağlaması gerekmektedir. Portföyündeki girişim sermayesi yatırımlarından kar sağlayan girişim sermayesi yatırım ortaklığı, yılsonunda bu karı ortaklarına temettü olarak dağıtabilmekte ve böylece girişim sermayesi gelirini ortaklarına aktarabilmektedir. GSYO'lar girişim sermayesi yatırımlarına portföy değerlerinin en az %50'si oranında yatırım yapmak zorundadırlar. Asgari %50 oranı sağlanamazsa SPK'ya başvurulur ve SPK yapacağı değerlendirmede bir kereye mahsus olmak üzere ortaklığa 1 yıl süre tanıyabilir.

GSYO'lar;

- Girişim şirketlerinin yönetimine katılabilir, bu şirketlere danışmanlık hizmeti verebilir,
- Portföylerini çeşitlendirmek amacıyla ikinci el piyasalarda işlem gören sermaye piyasası araçları ile para piyasası araçlarına (mevduat vs.) yatırım yapabilir,
- Türkiye'deki girişim sermayesi faaliyetlerine yönelik olarak danışmanlık hizmeti vermek üzere yurtiçinde ve yurtdışında kurulu danışmanlık şirketlerine ortak olabilir,
- Yurtdışında kurulu portföy yönetim şirketleri ile yurtdışında kurulmakla birlikte faaliyet kapsamı sadece yurtiçinde kurulu girişim şirketleri olan portföy yönetim şirketlerine ortak olabilir.
- Belirli şartları sağlayarak girişim sermayesi portföyüne yönelik portföy yöneticiliği hizmeti verebilir,
- İMKB Gelişen İşletmeler Piyasasında piyasa danışmanlığı hizmeti verebilirler.

GSYO'lar ayrıca 1 yıldan kısa vadeli olanlar için en son bağımsız denetimden geçmiş mali tablolarında yer alan özsermayelerinin yarısını, 1 yıl ve daha uzun vadeli olanlar için özsermayelerinin 2 katını aşmamak kaydıyla borçlanabilirler. Çıkarılmış sermayeleri 20 milyon TL'den az olan ortaklıkların çıkarılmış sermayelerinin asgari %20'sini temsil eden paylarının, çıkarılmış sermayeleri 20 milyon TL ve daha fazla olan ortaklıkların ise çıkarılmış sermayelerinin asgari % 10'unu temsil eden paylarının halka arz edilmesi ve tüm payların kayda alınması talebiyle SPK'ya başvurmaları zorunludur. GSYO'lar, paylarının satış süresinin bitimi sonra-

sında çıkardıkları payların Borsa kotuna alınması için gerekli belgenin verilmesi istemiyle SPK'ya başvurmak zorundadırlar. Bu belgenin alınmasını izleyen 15 gün içinde de payların kote edilmesi isteğiyle Borsaya başvurulması zorunludur.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin 3 numaralı alt bendi uyarınca, GSYO'ların kazançları kurumlar vergisinden istisnadır. KVK m.15/f.3'de GSYO kazançlarından, dağıtılsın veya dağıtılmasın, kurum bünyesinde %15 oranında vergi kesintisi yapılacağı hükme bağlanmış olmakla birlikte, 12.01.2009 tarihli ve 2009/14594 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁷ ile dağıtılsın dağıtılmasın bu kazançlar üzerinden yapılacak stopajın oranı da %0 olarak belirlenmiştir.

2.3. Girişim Sermayesi Fonu Konusunda 6322 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Yapılan Düzenlemeler:

31.05.2012 tarihli ve 6322 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁸ (6322 sayılı Kanun) 15. maddesi⁹ ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na (VUK) eklenen 325/A maddesine göre;

"Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenleme ve denetimine tabi olarak Türkiye'de kurulmuş veya kurulacak olan girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına (GSYO) sermaye olarak konulması veya girişim sermayesi yatırım fonu (GSYF) paylarının satın alınması amacıyla, ilgili dönem kazancından veya beyan edilen gelirden girişim sermayesi fonu ayrılabilir. Bu fon, kurum kazancının veya beyan edilen gelirin %10'unu ve öz sermayenin %20'sini aşamaz. Girişim sermayesi fonu olarak ayrılan tutarlar pasifte geçici bir hesapta tutulur. Mükelleflerce, fonun ayrıldığı yılın sonuna kadar girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına veya girişim sermayesi yatırım fonlarına yatırım yapılmaması halinde, zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler gecikme faizi ile birlikte tahsil edilir. Bu fon; amacı dışında herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledilmesi, işletmeden çekilmesi, ortaklara dağıtılması, dar mükelleflerce ana merkeze aktarılması veya işin terki, işletmenin tasfiyesi, devredilmesi, bölünmesi ya da girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinin veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma paylarının elden çıkarılmasından itibaren 6 ay içinde bu maddede be-

7 03.09.2009 tarihli ve 27130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

8 6322 sayılı Kanun, 15.06.2012 tarihli ve 28324 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

9 6322 sayılı Kanun'un 15'inci maddesi, 15.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

lirtilen amaçla yeniden kullanılmaması halinde, bu işlemlerin yapıldığı veya sürenin dolduğu dönemde vergiye tabi tutulur. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

Söz konusu madde analiz edildiğinde ulaşılan sonuçlar şöyledir:

1. Düzenlemeden tam ve dar mükellef tüm gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin yararlanabileceği anlaşılmaktadır.
2. Oluşturulan fon sadece SPK denetimindeki girişim sermayesi yatırım ortaklıkları ve girişim sermayesi yatırım fonlarının satın alınması için kullanılabilir.
3. Fon, ilgili yılın dönem kazancından veya beyan edilen gelirden ayrılabilir.
4. Ayrılan fon tutarı, kurum kazancının veya beyan edilen gelirin %10'unu ve özsermayenin %20'sini aşamaz.
5. Fon pasifte geçici bir hesapta tutulur.
6. Mükelleflerce, fonun ayrıldığı yılın sonuna kadar girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına veya girişim sermayesi yatırım fonlarına yatırım yapılmaması halinde, zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler gecikme faiziyle birlikte tahsil edilir.
7. Oluşturulan fon başka bir hesaba aktarılırsa, işletmeden çekilirse ve ortaklara dağıtılsa vergiye tabi tutulacaktır. Aynı şekilde, dar mükelleflerce fonun ana merkeze aktarılması, işin bırakılması, işin tasfiye edilmesi, işletmenin devredilmesi, işletmenin bölünmesi veya girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının paylarının ve girişim sermayesi yatırım fonlarının katılma belgelerinin elden çıkarılmasından itibaren 6 ay içinde VUK m.325/A'da belirtilen amaçlarla yeniden kullanılmaması durumlarında fon vergilendirilecektir.

Böylece, söz konusu madde ile girişimciliğin özendirilmesi amacıyla SPK'nın düzenleme ve denetimine tabi olarak ülkemizde kurulmuş veya kurulacak olan, GSYO'lara veya GSYF'lere sermaye olarak konulması veya bunların paylarının satın alınması amacıyla, kurum kazancının veya beyan edilen gelirin %10'u ve özsermayenin %20'sini aşmamak şartıyla, ilgili dönem kazancından veya beyan edilen gelirden “girişim sermayesi fonu” ayrılabilmesine olanak sağlanmakta, ayrıca bu fonun kullanımına yönelik düzenlemelere yer verilmektedir.¹⁰

Dikkat edilecek olursa, VUK'ta yapılan yeni düzenleme, aynen VUK m.328/f.4 ve VUK m.329/f.2'de düzenlenmiş bulunan “yenileme fonu”nda

10 Maliye Bakanlığı konuya ilişkin esasları henüz belirlememiştir.

olduğu gibi belirli bir amaç için fon oluşturulmasını amaçlamaktadır. Amaç, şirketlerin yeni girişimleri/şirketleri satın almalarını veya kurulacak girişimlere/şirketlere önyak olunmasını temin etmektir. Elbette, fon oluşturulabilmesini sağlayabilmek için de fona vergi kolaylıkları getirilmiştir: Buna göre, 6322 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) "Diğer indirimler" başlıklı 89'uncu maddesinin birinci fıkrasına 12 numaralı bent eklenmiş ve "Vergi Usul Kanunu'nun 325/A maddesine göre girişim sermayesi fonu olarak ayrılan tutarların beyan edilen gelirin %10'unu aşmayan kısmı"nın gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden indirilebilmesine olanak sağlanmıştır. Yine, 6322 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) "İstisnalar" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi değiştirilerek "Kurumların; tam mükellefiyete tabi girişim sermayesi yatırım fonu katılma payları ile girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinden elde ettikleri kar payları" kurumlar vergisinden müstesna kılınmıştır. Aynı şekilde, 6322 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesi ile KVK'nın "Diğer indirimler" başlıklı 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına "g" bendi eklenmiş ve "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 325/A maddesine göre girişim sermayesi fonu olarak ayrılan tutarların beyan edilen gelirin %10'unu aşmayan kısmı"nın kurumlar vergisi matrahının tespitinde; kurumlar vergisi beyannamesi üzerinde ayrıca gösterilmek şartıyla, kurum kazancından indirilmesi esası getirilmiştir.

Yapılan düzenlemelerin tümüne bakıldığında, ülkemizde kurulmuş bulunan faal şirketlerin/işletmelerin diğer girişimcilerin kurdukları yeni işletmelere veya daha yeni kurulacak şirket veya işletmelere başlangıçta gerekli olan sermayeyi sağlama konusunda çok önemli teşvikler getirilmiştir.

3. Sonuç

6322 sayılı Kanun ile getirilen girişim sermayesi fonu, işletmelerimize özsermayenin %20'sini geçmemek üzere, kurum kazancının veya beyan edilen gelirin %10'u kadar bir tutarı yeni işletmelerin satın alınmasında kullanma ya da kurulacak işletmelere sermaye olarak koyma olanağı sağlamaktadır.

Ülkemizde özellikle girişimcilerin kaynak sorununu çözmeye yönelik olarak 6322 sayılı Kanun'la Vergi Usul Kanunu ile Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi Kanunlarında yapılan değişikliklerin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde beklenen büyüklükteki yatırımlara kaynak aktarılmasında yeni ve güvenilir bir ortam sağlaması beklenebilir.

BİNALARDA YAPIM VE BAKIM EKSİKLİĞİNDEN SORUMLULUK

Av. İlker Hasan DUMAN¹

I. Genel Olarak

*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapı-
mındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan
zararı gidermekle yükümlüdür.*

*İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksik-
liklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorum-
ludurlar (TBK. md. 69).*

*Sorumluların, bu yüzden kendilerine karşı sorumlu olanlara
dönüp isteme hakkı saklıdır (TBK. md. 69).*

*Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar gör-
me tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için ge-
rekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*

*Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku ku-
ralları saklıdır (TBK. md. 70).*

Bu iki maddenin çok geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Örnekler vermek gerekirse: Belediyenin yola döktüğü mıcır sonucunda araç kayarak kaza meydana gelmiştir; kazı yapmakta olan iş makinesi duvarın yıkılmasına ve bir araç üzerine devrilerek onur hasarlanmasına neden olmuştur; ocaktan kömür çıkartılırken komşu parseldeki binanın zemini kaymış ve bina zarar görmüştür; sac levha rüzgarın etkisiyle çatıdan park halindeki aracın üzerine düşerek ona zarar vermiştir; komşu parselde çıkan yangın komşu binaya da sıçramıştır; tüp, başlığının değişimi sırasında patlamıştır; hemzemin geçitten geçerken otomobile tren çarpmıştır; öğrenci okul merdiven korkuluklarından düşerek yaralanmıştır; üst kattan alt kata pis su sızmıştır; yağın kar nedeniyle zaten kötü yapılmış olan bina çatısı çökmüştür vb... Daha başka yüzlerce örnek verilebilir. Bütün bu örneklerde, bir yapının veya diğer yapı eserlerinin malikleri, bunları satanlar, yapıyı ve yapımları yapan yükleniciler, mühendis ve mimarlar, zarara neden olan üçüncü kişiler, tehlikeyi malike haber vermeyen kiracılar, o şeyin yapımın-

¹ İstanbul Barosu Avukatlarından

daki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur.

Yapının malikleri, kusur veya temyiz gücü olmasa ya da bozukluk veya bakım eksikliği olağanüstü bir nedenden ileri gelmiş olsa bile sorumludurlar. Buna kusursuz sorumluluk diyoruz.

Yararlanma (intifa) ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte (dayanışmalı olarak) sorumludurlar.

Yararlanma hakkı ve oturma hakkı sahipleri terimleriyle kastedilen kişiler, TMK. md. 794 ve 823'e göre belirlenir.

Kiracıların sorumluluğu, kötü yapım ve bakım eksikliğini zamanında mal sahibine bildirmemekten dolaydır.

“Yapı”, ev, baraka, garaj, ahır, samanlık, ambar, silo gibi insan ve hayvanların bulunması ve ihtiyaçları için meydana getirilen duvarlarla çevrilen toprağa bağlı şeylerdir. **“Diğer yapı eseri”** ise, köprü, telefon, elektrik direkleri, tramvay, demiryolu rayları, istasyon, teleferik gibi insan eliyle kurulan, yapılan ve düzenlenen şeylerdir.

Yapı veya yapıdaki bozukluk derken, bunların teknik usullere aykırı yapılması, kullanılan malzemenin kötü olması, tahsis amacına uygun olmaması, kötü aygıtlarla donatılması, boyutlarının elverişli bulunmaması anlaşılmalıdır.

“Yapım” sözcüğü, maddede “diğer yapı eseri” olarak geçmiştir.

Bakım eksikliği, yapı veya yapının tehlike arz etmeyecek biçimde işletilememesidir. Malik tehlikeyi önlemek için tedbir almak ve korumakla yükümlüdür. İnşaat planlarının onaylanmış ve denetlenmiş olması maliki sorumluluktan kurtarmaz.

Tesis veya inşadaki bozukluk yahut bakım eksikliği onun bir kusurundan ileri gelmese dahi malik yine de sorumludur. Bundan çıkan pratik sonuçlar şunlardır:

1. Yapıdaki eksikliğe neden olan özensizlik kusur derecesini bulmasa bile malik yine sorumlu olacaktır.
2. Malik ayırtım (temyiz) gücüne sahip olmasa bile sorumlu tutulacaktır.
3. Yapıdaki bozukluk veya bakım eksikliği umulmayan bir durumdan gelmiş olsa da malik sorumlu olacaktır.
4. Yapıdaki eksiklik üçüncü bir kişinin (örneğin yüklenicinin yahut

başka bir kişinin) eyleminden ileri gelmiş ve malik onu seçmekte ve onu gözetimde gerekli özeni göstermiş bulursa bile malik yine sorumlu tutulacaktır.

Malik binayı bir başkasından satın almış ve henüz onartma fırsatını bulamamış olsa bile sorumludur.

Malikin kusuru varsa, yine TBK. md. 69 uygulanacaktır; yalnız malikin kusuru ek kusur olarak göz önüne alınacaktır. Ek kusur, kurtuluş kanıtının getirilmesine, mağdurun ortak kusurunun tazminatta indirim nedeni olarak göz önüne alınmasına engel olması ve aynı zarardan sorumlu olan başka kişilere rücu ve onlardan manevi tazminat talep edilmesi bakımından önem taşımaktadır².

Bir yapının veya yapımın (diğer inşa eserinin) bütünleyici parçası da (TMK. md. 684) sorumluluğun kapsamına girmektedir.

Borçlar Kanunu, bir yapı veya yapımın (diğer inşa eserinin) kötü inşa edilmesi veya bakımındaki eksiklikten dolayı meydana gelen zararın “kusursuz sorumluluk” ilkelerine göre maliklerce ödenmesini TBK. md. 69’da düzenlemekle yetinmemiş, TBK. md. 70’te “zarar tehlikesini önleme”ye de önem vermiştir: “Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir. Kişilerin ve mallarının korunması konusundaki kamu hukuku kuralları saklıdır”

Zarar, şiddetli bir fırtınanın yüksek voltaj taşıyan elektrik tellerini kopartıp başkasına zarar vermesi gibi umulmayan bir durumdan dolayı meydana gelmiş olsa bile, yapı maliki yine sorumlu olacaktır³.

II. Sorumluluğun Koşulları

Yapı ve Yapımdaki Bozukluk ve Bakımdaki Eksiklikten Doğan Sorumluluk

TBK. md. 69’a göre sorumluluğun doğması için, bir yapı veya yapımın (diğer bir yapı eserinin) bulunması, yapı veya yapımın yapılışında bozukluk ya da bakımında eksiklik bulunması ve zararın bu bozukluktan ya da

2 Tandoğan Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Kusursuz Sorumluluk olarak geçecektir), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara-1981, sf. 161-163; Bilgen Mahmut, Taşınmaz, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Kusursuz Sorumlulukları, Yargıtay Dergisi, sayı Temmuz 2005 sf. 318 vd.; Taş Ece, 6098 sayılı Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, XII LEVHA Yayınları, İstanbul 2011, sf. 41.

3 Bilgen, 318: “İmal edilen tüpün patlaması sonucu oluşan zararda, kurulca, imalatçının sorumluluğunun kusurlu sorumlu olarak kabul edilmesi, ancak bu sorumluluğun yüksek bir özen yükümlülüğü gerektirdiği görüşünde birleşilmiştir. TBK.’nin 69. maddesinde yer alan sorumluluğun ise, kusursuz sorumluluğa ilişkin bulunması itibarıyla, imalatçının bu madde kapsamına alınmasının doğru olamayacağı kuşkusuzdur.” (HGK. 27.11.1996, 588/831).

eksiklikten doğması, davalının malik olması koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir.

A. Bir Yapı veya Yapım (Diğer İnşa Eseri) Bulunmalıdır

“Bina” kavramı içine, insanlar tarafından meydana getirilmiş/oluşturulmuş bütün yapılar girer: İnsanların barınma, oturma veya diğer ekonomik ihtiyaçlarını karşılama amacıyla, toprağa bağlı olarak yaptıkları, etrafı çevrili, tamamen veya kısmen kapalı (apartman, ev, daire, mahzen, sığınak, dükkân, garaj, spor salonu, ağıl vb.) yerler ve bu yerlerin (asansör, merdiven gibi) tamamlayıcı parçalarıdır. Binanın yapılmasındaki şekil, plan ve malzemenin önemi yoktur. Binanın yapımının tamamlanmış olup olmaması da önem taşımaz⁴. Ancak, bina sahibinin sorumluluğu “yapım bozukluğuna” dayandırıldığında, bina henüz tamamen bitmemiş ise sorumluluk söz konusu olmayabilir.

“Meydana getirilen herhangi bir yapım” ise, yapı kavramına yaklaşan, sabit, toprakla belli ve devamlı bir bağlılığı olan ve yapay olarak, yani insanlar tarafından meydana getirilmiş bina dışındaki yapılardır. “Öteki yapımlar” (diğer inşa eseri) kavramına, emek sonucunda varlık kazanan ve ağırlıkları yüzünden bir yapımın doğurabileceği zararın tıpkısını doğurmaya elverişli olan, örneğin, setler, arklar, yol ve kanallar, madenler, yapay mağaralar, çok ağır ve büyük makineler, yapı yapmaya özgü iskeleler, tır kamyonları gibi ağır nitelikte taşınır şeyler ve benzerleri girer. Küçük makine ve araçlar buraya girmez⁵.

Yapı eserinin binaya benzerlik arzetmesi gerekmemektedir. Söz gelimi, çukurlar, mezarlar, su kanalları, telefon direkleri, elektrik tesisatları, barajlar, reklam tabelaları, köprüler, bentler, karayolları, tren ve tramvay yayları, vinçler, inşaat iskeleleri, maden ocakları, banyo küvet ve şofbenleri, su kuyuları, barakalar, asansörler, kaldırımlar, kayak pistleri, otomatik giriş ve çıkışına izin veren demir, plajda bulunan duşa kabin, yüzme havuzları, yakıt tankları “bina”ya benzemedikleri halde, sabit, toprakla doğrudan veya dolaylı olarak bağlı oldukları ve insan eliyle yapılıp değiştirildikleri için bunlar “diğer inşa eseri” kabul edilerek madde kapsamında yer almaktadırlar⁶.

4 4. HD. 21.6.2004, 1364/8084: “Yıkılan minarenin davacının aracına zarar verdiği’ iddiasıyla açılan maddi tazminat davasında, yıkılan minarenin bağlı olduğu caminin üzerinde bulunduğu taşınmazın mülkiyeti Hazineye ait olmakla birlikte, Hazine tarafından, cami yapılmak üzere Diyanet İşleri Başkanlığına tahsis edildiği, Diyanet İşleri Başkanlığının cami yaptırma işini davalı derneğe bıraktığı, cami yapıldıktan sonra minare yıkılarak davacının aracına zarar verdiği anlaşıldığına ve ayrıca Hazinesinin haksız eyleme katıldığı da iddia edilip kanıtlanmış bulunmadığına göre, olaydan Hazinesinin sorumlu tutulması olanaklı değildir.”

5 Velidedeoğlu/Özdemir, 152; Petek, 53; Bilgen, 319.

6 Baş, 75-76.

Sorumluluk, yapının veya öteki yapımların bütünleyici parçalarının tümü hakkında söz konusu olduğu halde, eklentileri kapsamaz⁷. Zira eklenti özgüleme amacı bakımından yapı eserinin veya binanın bir bölümünü oluşturmadıkça bu kapsamda sorumluluk doğmaz. Başka bir anlatımla, eklentinin bina veya yapı eserlerinden doğan sorumluluğa konu olabilmesi için bina veya yapı eseri ile arasında devamlı veya fonksiyonel bir bağıllık bulunması gerekir. Özgüleme amacı gereği bulunması gereken bir eklentinin eksikliği, başlı başına yapıdaki bir bozukluk bile sayılabılır. Örneğin, bir yangın söndürme aleti, eklenti iken; bina ile arasında fonksiyonel bağlantı nedeniyle, yangın söndürme aletinin eksikliği, bu kapsamda sorumluluk doğmasına neden olabilir. Bu bağlamda, aranan tek koşul, bina veya yapı eseri ile eklentinin arasında, bir bağıllık, benzerlik bulunmasıdır. Eklenti tek başına bir yapı eseri sayılabiliyorsa, onun maliki veya yararlanma hakkı sahibinin asıl şeyden bağımsız olarak sorumluluğu da söz konusu olabilecektir. Ancak eklentinin maliki başkası olsa bile, söz konusu eklentideki eksiklik, yapı eserini veya binayı etkileyebilecek ve onda bir yapılaş bozukluğu veya bakım eksikliği yaratmaktaysa, sorumluluk o bina veya yapı eseri üzerinden doğacaktır. Başka bir anlatımla, bir binanın veya yapı eserinin eklentisi, sürekli olarak o şeye bağlandığı zaman, asıl şey ile birlikte TBK. md. 69 kapsamında sorumluluk doğurabilecektir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, iyi sabitlenmediği için düşen mutfak dolaplarının, kiracının eşyalarına verdiği zardan malik sorumlu tutulmuştur. Mutfak dolabı, kararda eklenti veya bütünleyici parça olarak değerlendirilmemiştir. Ancak apartman dairesi ile arasında fonksiyonel bağlantı olduğu açıktır⁸.

Yapım aşamasında veya büyük bir tadilat altındaki bir bina, ancak "diğer yapı eseri" sayılabilir. Malik, bina veya yapı eserini tam olarak sunmak ve bu şekilde bulundurmamak; eksik bırakmamak zorundadır. Bina veya yapı eseri tamamlanmamış durumda bırakılırsa, öbür koşulların da gerçekleşmesi durumunda, TBK. Md. 69 uygulanabilecektir. Özellikle, özgüleme amacına uygun kullanılmaya başlanan eksik inşaatın, tamamlanmış inşaatın, yararlanma bakımından bir farkı yoktur⁹.

Bir yapı veya yapım özgüleme amacı dışında kullanılıyor ise, TBK. Md. 69 uygulanmayacaktır.

Borçlar Yasası, yapıları ve öteki yapımları (diğer inşa eserlerini) aynı kategoriye sokmuştur.

Bir yapının inşa eseri sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlar bulunmalıdır:

7 Velidedeoğlu/Özdemir, 152.

8 Baş, 91-92.

9 Baş, 88 vd.

1. Sabit ve Toprağa Bağlı Olmak

Yapının sadece sabit olması değil, toprağa doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunması gerekir. “Sabit” kavramı, yapının bir daha kaldırılmamak üzere yapılmasını ifade etmez. Geçici bir süre için sabit olması yeterlidir. Asansör ve teleferiğin hareketleri sabit bir yapı içinde gerçekleştiğinden “inşa eseri” sayılırlar¹⁰. Vapur iskelesi, raylar, asansör, sabit reklâm levhaları, köprüler, yeraltı geçitleri, kanalizasyonlar, insan eliyle yapılmış kuyular, bahçe duvarları, kömür madenleri, elektrik ve telefon direk ve tesisleri, teleferikler, su bentleri, barajlar, tüneller, kanallar, yüzme havuzları, hava gazı, doğalgaz ve su boruları, yol ve inşaat iskelesi, geçici olarak kurulan sirk çadırı, gösteri iskelesi, sahne, bayramlarda kurulan oyuncak kabinler örnek gösterilebilir¹¹.

2. İnsan Eliyle Yapılmış Olmak

İnsan eliyle yapılmış olduğu için, kazılmış mezar, kaya içinde yapılmış tünel, akarsuyun yön değiştirmesi için açılan tünel ya da bentler, kayak pistleri, caddeler, yaya kaldırımları, yürüyüş bantları, yönü değiştirilmiş dere yatakları, bağlantı köprüleri, restore edilerek izlenmeye açılan mağaralar, yeraltı şehirleri, insan elinin değdiği çalı ve ağaçlar, insan eliyle düzeltilmiş patikalar inşa eseri sayılır¹². Kendiliğinden oluşmuş mağaralar, ağaçlar, kuyular, çukurlar, tepeler, dağlar, kayalar ve kaya oyukları inşa eseri sayılmaz.

4.5.1966 gün ve 6/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı yukarıdaki unsurlardan kimilerine açıklık getirmektedir:

“Davanın Konusu: Ereğli Kömürleri İşletmesi tarafından, maden bölgesinde toprak altından kömür çıkartılması sonunda, yeraltında meydana gelen boşluklar yüzünden, toprak üzerindeki yapılarının çatlayıp arsalarının kullanılmaz duruma geldiği ileri sürülerek işletmeye karşı tazminat davası açılmıştır.

Bir taşınmaz mala geçerli bir tapu ile maliki olmak, onun zemininin alt ve üstünde, gerekli derecede yararlandırılması hakkını sağlar. Yerin altındaki maden cevherinin alınması sırasında veya galeri ve benzeri tesisler yapılırken meydana gelen boşlukla zeminin malik için gerekli derinliğinin direncinin giderilmesi veya azaltılması bu hakka elatma niteliğindedir.

Zeminin tapu ile maliki durumunda olan kişinin toprağının belli bir

¹⁰ Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, 170.

¹¹ Erten, Ali, Bina ve İnşa Eseri Sahibinin Sorumluluğu, BTHAE Yayını, Ankara-2000, sf. 105; Koç, Nevzat, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumlulukları (BK. md. 58), Ankara-1990, sf. 56; Kılıçoğlu, 247; Reisoğlu, 159; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 518; Oğuzman/Öz, 594.

¹² Baş, 83-85.

derinliğindeki direncinin korunması hakkı ile işletme imtiyazı sahibinin bu direnme alanı içindeki cevheri çıkartma hakkının bağdaştırılması ve elatma halinde uygulanacak kuralın belirtilmesi gerektir.

İmtiyaz, işletme sahibine zeminin altındaki cevheri çıkartma için hak sağladığına göre; bu hakkın kullanılması için yerin altında yapılacak her türlü tesisin, üzerindeki yapılara ve arsalara zarar vermeyecek bir düzen ve sağlamlıkta yapılması ve böylece korunması zorunluluğunu da yükler. Aksi halde kusurlu şekilde, mukavemetsiz yapmış veya yaptığını elverişli şekilde bulundurmamış olmaktan doğan zararı, imtiyaz sahibi, ödemekle yükümlü olur. Gerçekten imtiyaz sahibinin yeraltında kurduğu tesisler, nitelikçe, TBK'nın 69. maddesinde yer alan (yapı veya yapılan herhangi bir şeyden) ibaret, **toprağa sağlam bir şekilde bağlı, yapıya kuvvetle benzerlik gösteren şeylerdendir**. İmtiyaz sahibi, bunların kusurlu, dayanıksız, çatısındaki toprağın mukavemetini azaltıcı veya tamamen yok eder şekilde yapılmış olmasından veya onun gereği gibi bakılmaması sonunda bu sonucu doğuracak niteliği alıp zarar vermesinden, bu hüküm uyarınca ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olur.

SONUÇ: Maden imtiyazı sahibinin, imtiyaz alanı içinde ocak açıp cevher çıkartması sırasında meydana gelen boşlukları tutan her türlü tesisin, zemin üzerindeki toprağın mukavemetini azaltarak arsayı kullanılmaz hale getirici yahut yapıların çatlayarak veya yıkılarak değerini düşürücü olmayacak bir sağlamlıkta ve düzende yapılmaması veya bu nitelikte yapılırsa bile iyi durumunun korunmaması halinde meydana gelecek zarardan işletmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi hükmünce ve kusursuz sorumluluk esasları uyarınca sorumlu tutulması gerekir”

B. Bina veya İnşa Eserinin Sahibi Bulunmalı

Sorumlu olan, bina veya inşa eserinin malikidir. Kiracı, ariyet alan, intifa hakkı, rehin hakkı sahibi, TBK. md. 69 bağlamında “malik” olarak kabul edilmez.

Maddede geçen “malik” sözcüğü, eşya hukuku bakımından maliki anlatılmaktadır. Böyle olunca, bir bina veya yapı eseri, aynı veya şahsi hak sahibi zilyedin egemenliğinde olsa bile, bu kişiler değil, bina veya yapı eseri sorumlu olacaktır. Tapulu taşınmazlar bakımından maliki belirlemek güçlük arzetyecektir.

İncelediğimiz konu bakımından, elbirliği mülkiyetinde malikler dayanışmalı olarak sorumludurlar. Paylı mülkiyette de malikler (paydaşlar) payları oranında değil dayanışmalı olarak sorumludurlar. Yasada açıklık

olmamakla birlikte, malikler yararlanma ve oturma hakkı sahipleriyle dayanışmalı olarak sorumlu iken, kendi aralarındaki sorumluluğun payları oranında olması düşünülemez.

Maliklerden biri payını mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle satmışsa, satıcı, yapıdaki bozukluktan sorumlu olmaya devam edecek, ancak bakımdaki eksiklikten sorumlu olmayacaktır; çünkü onun eşya üzerindeki egemenliği sona erdiğinden onarım ve bakım yapamayacaktır.

Tapusuz taşınmazlarda, mülkiyet hakkı değil zilyet hakkı söz konusu olup; bir malik gibi taşınmazı kullanan zilyet yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinden sorumlu olacaktır.

Bir örnek verelim. Bir bankanın zemin döşemesi, sert, parlak cilalı taştan yapıldığından kaygandır, kayma tehlikesi arz etmektedir. Davacı bu zeminde kaymış ve bedensel zarara uğramıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, sorunu şöyle değerlendirmiştir: Kullanılma amacına göre, yeterli güvenlik sağlamayan bir yapı kusurludur. Bir yapının zemini, normal olarak, buradan durum ve koşulların gerektirdiği özeni göstererek geçecek olan kimselerin, kayma tehlikesine uğramamalarını sağlayacak biçimde yapılmalıdır. Binaların zemininin hem her türlü ayakkabıya uygun olması, hem de vücut yetenekleri azalmış kimselerin bile, yürüyüşlerine fazla bir dikkat göstermeksizin, tam bir güvenlik içinde üzerinden geçebilmelerini sağlayacak biçimde yapılması ve bakımının sağlanması zorunludur. Bankalar gibi, halkın girebileceği ticari yapıların zemini için de aynı nitelikler aranır. Bir yapı mutad biçimde yapılmış olduğu için, kusursuz sayılamaz. Bu bakımdan davalı bankanın binasının zeminini, halkın girebildiği diğer ticari binalar ya da kamu yapılarıyla karşılaştırmakta bir yarar yoktur. Ayrıca kullanılan malzemenin uyandırdığı lüks izlenimi ve aşınmaya dayanıklılığı, ikinci planda gelir. Halka açık bir binanın zemini söz konusu olduğunda, gelip geçenlerin güvenliği, bu tür ve buna benzer her çeşit diğer düşünceden üstün tutulmalıdır. Davalı bankanın zemin döşemesi, sert, parlak ve cilalı taştan yapıldığı için kaygandır; gelip geçenler için bir kayma tehlikesi göstermektedir. Bu bakımdan davalı bankanın döşemesinde yapı kusuru bulunmaktadır. Malikin döşeme için başka bir malzeme seçmesi ya da kayma tehlikesini önleyecek uygun tedbirler alması gerekirdi. Davalının zeminin bakım ve cilalanması için kullanılan maddeye kaymaya karşı koruyucu bir başka maddeyi karıştırması, yetersiz kalmıştır. Girişin halkın kullandığı bölümlerinde kauçuktan ya da kaygan olmayan bir başka malzemeden yapılmış bir geçidin konulması, tehlikeyi önemli ölçüde azaltabilirdi. Bu tür tedbirlerin masrafları aşırı olmayacaktır. Yapısına süslü ve gösterişli bir görünüş vermek isteyen malik, bu lüksün gelip geçenlerin güvenliğini tehlikeye sokmaması için gerekli tedbirlerin masraflarına katlanmalıdır. Binaya giren insanların sayısına oranla, kazaların çok az oluşu, burada önemli değildir.

Bu bakımdan davalı banka, davacının uğradığı zarardan sorumludur¹³.

Zararın doğduğu anda malik kim ise, sorumlu odur. Bu andan başlayarak mülkiyetin başkasına geçirilmiş olması sonucu değiştirmez. Ancak, zarar yeni malik zamanında doğmuşsa, eski malik değil, yeni malik sorumlu olur¹⁴.

Bina veya inşa eserinin yapımının ya da bakımının bizzat malik tarafından ya da üçüncü kişi tarafından yapılmış olması önemli değildir.

Ortak mülkiyette ve dolayısıyla kat mülkiyetinde ortak yerlerin yapımdaki bozukluk ve bakımdaki eksiklikten doğan zararlardan her malikin arsa payı oranında sorumlu olması gerekir¹⁵.

Bina veya inşa eseri sahibi bir tüzelkişi de olabilir.

C. Yapımda Bozukluk veya Bakımda Noksanlık Olması

1. Yapım Bozukluğu

a. Bina veya inşa eseri yapılış amacının, niteliğinin ve yapıldığı zamanın gerektirdiği teknik koşullara uyulmaksızın yapılmış veya gerekli önlemler alınmamış ya da yapımında kötü veya eksik malzeme kullanılmış ise “yapımda bozukluk” söz konusudur. Yapılan giderler olası tehlike ile oranlı olmalıdır; fakat tehlikenin büyüme olasılığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bozukluk sadece yapımın yanlış konumundan oluşabileceği gibi, (örneğin, dik bir yokuşun başında bırakılmış kamyonun), o şeyin aslında özgülendiği amaçtan başka bir amaca yönelik olarak kullanılmasından da doğabilir. Bir yapımın kullanılmasında gerekli olan eklentiler yoksa veya bozuk durumda ise o yapım bozuktur¹⁶.

b. Yapı bozukluğu;

- Bina veya inşa eseri yapımı izne bağlı olduğu halde izin alınmadan ya da izin alınmasına karşın iznin amaç ve kapsamına aykırı olarak yapılmışsa,
- İzin verildikten sonra yapı değiştirilmişse,
- Eksik veya bozuk yapılmışsa...

Söz konusu olur. Örneğin; kaçak yapılar, kaçak olarak değişiklik ve ilaveler yapma, yapıları mühürlendiği halde kullanıma açma, inşaata devam etme yapım bozukluğu oluşturur.

13 BGE, 88 II 417 (Kaneti, 117).

14 Eren, II, 208.

15 Kılıçoğlu, 249.

16 Velidedeoğlu/Özdemir, 156.

Yapım bozukluğu yetkililerin hukuka aykırı işlem yapmaları ve izin vermelerinden kaynaklanmış olabilir. Bina veya inşa eseri sahibi bunu biliyor ve hukuka aykırılığı kendisi sağlamış bulunuyor ise, zararın doğumunda aynı zamanda ortak kusurunun varlığı kabul edilir. Örneğin; İmar Müdürlüğünden hatır ya da yarar karşılığında yapı izni alma; kaçak yapı yapma, ruhsat ya da ruhsata aykırı yapıya kullanım izni alma gibi. Bu durumda bina veya inşa eseri sahibi sadece kusuru olmadığı halde sorumlu tutulmakla kalmayacak, ayrıca munzam kusurunun sonuçlarına da katlanacaktır. Bu bina veya inşa eserine hukuka aykırı olarak izin verenler de doğan zarardan kusurları nedeniyle birlikte sorumlu tutulabilirler. Bu durumda, bu izni veren kişi ya da kişilerle birlikte bina veya inşa eseri sahibi müteselsilen sorumlu tutulacaklardır¹⁷.

- c. Benzeri yapılarda da aynı teknik eksiklerin bulunması veya kötü malzemenin kullanılması yapının sahibini sorumluluktan kurtarmaz.
- d. Yapıdaki bozukluk nedeniyle meydana gelen zarardan malikin sorumlu olabilmesi için, binanın tamamlanması zorunlu değildir; yapı tamamlanmamış olsa bile, koşulları varsa, TBK. md. 69 uygulanabilir. Yapım bozukluğu ile ilgili olmaksızın, binanın inşa veya tamiri nedeniyle ortaya çıkan risk ve zararlar için TBK. md. 69 uygulanmaz.

2. Bakım Eksikliği

Yapının tamamlanmasından sonra, kullanılış amaç ve biçiminin gerektirdiği ölçüde yapının bakımına özen gösterilmemiş, örneğin çürüyen merdivenler, eskiyen tesisat yenilenmemiş, çatlayan duvar onarılmamış, güvenlik sağlamak için yararlanılması olağan ve zorunlu olan yeni araçlardan yararlanılmamış veya çatıda biriken karlar düşüp zarar verecek bir noktaya ulaşmadan temizlenmemiş ise "bakımda noksanlık" vardır¹⁸.

Korumada eksikliğin varlığı için, yapıda alışılmış dikkatin harcanmasıyla görülebilecek bir bozukluk bulunmalı ve bu bozukluk vakitinde giderilmemiş olmalıdır. Bir süre önce onarıma başlanmış olması olayı, tek başına, korumada eksiklik bulunduğuna kanıt oluşturmaz. İyi bir korumanın varlığı için, yapının sürekli kullanmaya elverişli olup olmadığını düzenli olarak gözden geçirilmesi ve incelenmesi gerekir¹⁹.

17 Kılıçoğlu, 250; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, 175.

18 Reisoğlu, 160; Kılıçoğlu, 251; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 519; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, 175 vd.

19 Velidedeoğlu/Özdemir, 157.

Yargı Kararları

Somut olayda, davalının bilim ve fen kurallarına aykırı olarak kendisine ait 208 ada 7 ve 18 parsel sayılı taşınmazlar üzerine yaptığı duvarın bir bölümünün içindeki toprak dolgusunun, baskısı ile yıkıldığı, bunun sonucunda bitişikte komşu davacıya ait fabrika binası ve eklentileri ile bir kısım makine ve makine parçalarının zarar gördüğü, davacının ise elektrik trafosunu çekme mesafelerine uymaksızın hatalı yerde yaptığı, duvar yıkılması nedeniyle trafoda meydana gelen zararı değil, trafonun daha güvenli başka bir yere nakli için gerekli giderlerin tahsilini istediği, bu giderlerle duvar yıkılması arasında doğrudan illiyet bağının bulunmadığı, yine bir kısım makinelerden kaynaklanan zararın da duvar yıkılmasının doğal sonucu olmadığı, iddia, savunma doğrultusunda toplanan ve değerlendirilen deliller ve özellikle yapılan tespit, keşif, uygulama ve uzman bilirkişi raporları ile belirlenmiştir. Davacı tarafın fabrika binası ve eklentilerini çekme mesafelerine ve imara aykırı olarak yapmış olması halinde dahi davalının yaptığı duvarın yıkılması nedeniyle, davacıya verdiği tüm zararlardan kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur. Davacının zararı, fabrika binası ve eklentilerinin çekme mesafelerine veya imar kurallarına aykırı olarak yapılmasından değil, davalının hatalı yaptığı duvarın yıkılmasından meydana gelmiştir. Davalıya ait duvar yıkılmasaydı, davacı fabrika binası ve eklentilerini mevcut hali ile kullanmayı sürdüreceği düşünüldüğünde davacının zarara uğrayacağı tartışmasızdır. Hal böyle olunca duvar yıkılması nedeniyle davacının fabrika binası ve eklentileri ile davacının duvarlarında meydana gelen zararların neler olduğu, bu zararların giderilmesi için duvar yıkılma tarihi itibarıyla ne kadar masraf yapılması gerektiği belirlenmeli ve isteme dayanak yapılan delil tespiti dosyasındaki uzman bilirkişi raporundaki zarar kalemleri ve miktarlarla sınırlı biçimde davalının sorumluluğuna hükmedilmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir (7. HD. 14.3.2006, 284/721).

Davacı, oğlunun elektrik akımına kapılarak öldüğünü belirterek, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Davalı idare vekili, kusurlarının bulunmadığını, elektrik tesisinin mevzuata uygun olduğunu, kusursuz sorumluluk halinin de söz konusu olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, TEAŞ'ın olayda kusurunun bulunmadığı, kazaya ölen çocuğun tele takılı uçurtmasının neden olduğu, dolayısıyla %100 oranında ölenin kusurlu olduğu, kusursuz sorumluluğun ise şartlarının oluş-

madığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin olarak kurulan hüküm, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

TBK'nın 69. maddesinde; Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı mesul olur denmektedir. Burada, yasa koyucu bozuk yapılan bir yapı eserinden zarar görenleri, mümkün olduğu kadar basit ve dolaysız bir tazmin olanağı sağlayarak, onları korumaktadır. Bu anlamda sorumlu olabilecek malik, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi, kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir.

TBK. md. 69'da öngörülen sorumluluğun söz konusu olması için, söz konusu yapı eserinin, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden bir zarar doğması gereklidir.

Yapım bozukluğu, bir inşaatın kötü yapılmasını, imal ve inşaat zamanında uyulması gerekli olan teknik kurallara uyulmamış olmasını ifade eder. Bir yapı eserinin maliki, bunların hiç kimse ve hiçbir şey için tehlike taşımayacak şekilde yapılmasını ve işlemesini garanti etmekle yükümlüdür. Bu nedenle, bir yapı eserinde herhangi bir yapım bozukluğu olmasa bile, ek güvenlik ve koruma tertibatının bulunmaması, yine de bir yapım eksikliği sayılır. Bakımsızlık ve koruma eksikliği ise, bir inşaatın kullanmaya uygun ve tehlikeleri önleyecek biçimde korunmamasını ifade eder. Bakım eksikliği biçiminde açıklanabilecek olan bu durum, yapının tamamlanmasından sonra ortaya çıkar. Yapının tamamlanmasından sonra kendini gösteren ek güvenlik tertibatı ihtiyacının giderilmemesi de bir bakım eksikliğidir.

Bakımsızlıktan veya bakım eksikliğinden söz edebilmek için bir inşaat eserinin bitmiş ve kullanım amacına özgülenmiş olması gerekir. Yapım eksikliği veya bakımsızlığın varlığı araştırılırken, durumun gerekleri ve özellikle bina veya yapı eserinin özgüleme amacı, üçüncü kişiler için taşıdığı tehlike derecesi göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle örneğin, birkaç evin yolunun geçtiği köprüyle, bir devlet yolu üzerindeki köprünün aynı sağlamlıkta olması gerekmediği gibi, daha çok kişinin yararlanacağı, etkileneceği, ya da zarar görme ihtimali olan tesislerin yapımında, buna oranla çok daha sınırlı insanların etkileneceği tesislerin yapımı sırasında uyulması gerekli zorunlu koşullara oranla, daha fazlasına dikkat edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bir otelin merdivenleri yapılırken normal müstakil bir evin merdivenine göre çok daha güvenli olarak yapılmalıdır.

Malikin, bina ya da tesisin tehlike taşımayacak bir durumda bulunmasını sağlama yükümlülüğü, yalnız onu kullananlara karşı değil, herkese karşı vardır.

Bir yapı ya da tesisin planlarının onanmış ve idari makamlar tarafından yapılan denetimlerde, bu yapı eserin inşasında hiçbir sakınca görülmemiş olması, maliki TBK. md. 69'daki sorumluluktan kurtarmaz. Buna göre malikten beklenen "normal ve objektif ölçülere ve icaplara göre" alması gerekli önemleri almaktır. Buna karşılık malik, kendi yapısına benzeyen başka yapılarda da aynı eksikliklerin bulunduğunu veya o yapıların maliklerinin de yapılarına kendisinden daha iyi bakmadıklarını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

Bir bina veya yapı eseri malikin TBK. md. 69'a göre sorumlu tutulabilmesi için, zararın, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğduğu ispatlanmalıdır. Buradaki ispat yükü zarar görene düşer. Bununla birlikte, illiyet bağı kesen hallerden birinin varlığı veya zarara yapım bozukluğu veya bakım eksikliği dışında ve bunların bir katkısı olmaksızın mücbir sebepten üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanan başka bir kazanın sebep olduğu kanıtlanmadığı takdirde ispat yükü yerine getirilmiş sayılır.

Bazı hallerde zararın ortaya çıkış biçimi, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinin varlığını gösteren fiili bir karine oluşturur. Yapının yapımı ile ilgili mevzuata ve teknik kurallara uyulmadığı, alışılmış tedbirlerin alınmadığı ve resmi makamlarca yapılan denetimler sonucunda, bina ve yapı eserin teknik niteliklerinin uygun görülmediği ispatlanırsa, bunlar eksikliğin ve illiyet bağının varlığına birer belirti sayılır. Keza, daha önce aynı zararların ortaya çıkması, zarar verici olaydan sonra yeni güvenlik tedbirlerinin alınmamış olması da birer belirti oluşturabilir.

Bu açıklamaların ışığında somut olaya baktığımızda, davacının oğlu olan 8 yaşındaki Hakan, evinin yakınlarında ve mahalle içinde oynarken kaza meydana gelmiştir. Gerek hazırlık dosyası ve hemen olayın akabinde polisçe tutulan olay yeri tespit tutanağı, gerekse mahkemede alınan tanık beyanları bir arada değerlendirildiğinde, ölen çocuğun evinin yakınlarından ve yerleşim yeri üzerinden geçen yüksek gerilim teline daha önceden takılı bulunan uçurtmayı, iletken bir tel ile oradan kurtarmak isterken teldeki elektrik akımının ark yapması neticesinde, çocuğun elektrik akımına maruz kaldığı, ağır yaralandığı, daha sonra da kaldırıldığı hastanede öldüğü anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, bilirkişi raporlarına göre davalının bir yapım bozukluğunun bulunmadığı belirtilmekte ise de, olayların gidişatından insanların ve canlıların yaşamı için önemli bir tehdit oluşturan bu tür tesislerin bakım ve korunmasında, tesisin yerleşim yeri üzerinde bulunduğu da düşünüldüğünde, normalin üzerinde bir özen borcu bulunduğu sonucuna varılır. Davalı elektrik idaresi bu tür yüksek gerilim iletkenlerine

güvenli yaklaşma sınırının aşılmamasını sağlayıcı önlemleri almalı, gerekli uyarı levhalarını herkesin kolaylıkla görebileceği yerlere koymalı, bu tesislerin can ve mal güvenliğine zarar vermemesi için, yerleşim yeri dışındaki tesislere oranla çok daha kısa aralıklarla kontrollerini yapmalıdır. Ne var ki, somut olayda davalı idarenin bu bakım ve özen borcunu gereği gibi yerine getirmediği, söz konusu olaydan önce tele takılı bulunan uçurtmanın başkaları tarafından alınması sırasında doğabilecek tehlikeleri düşünerek, gereken denetimleri yaparak, bu tür engelleri kaldırmadığı anlaşıldığından, meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, sorumluluğu kaldıracak nedenlerin ise bulunmadığı anlaşılmıştır (HGK. 12.3.2003, 144/161).

Davacı, vekili davalılardan Raşit'in yola mıcır dökülmesi talebi ve davalı Belediye'nin yola mıcır dökmesi neticesinde aracının kayarak trafik kazasının meydana geldiğini iddia ederek tazminat talebinde bulunmuştur. Bir kamu kurumu tarafından kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğü yine kamu yasalarından doğan bir yükümlülüktür. O halde anılan nitelikteki bir kamu tesisinin gerek yapılması gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar bulunduğu onların ödetilmesi istekleri 11.12.1959 günlü ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluşturur. Temyize konu edilen davada ise davacı davalı Belediye Başkanlığının diğer davalının talebi üzerine yola mıcır dökerek gerekli önlemleri almadığı bu nedenle kaza yaparak aracının hasarlandığını iddia ederek zararının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Şu durumda davacının istediği davalı Belediye tarafından yapılan çalışmanın plan ve projeye dayanıp dayanmadığı başka bir anlatımla idari yargının görev alanında kalıp kalmadığı diğer davalı yönünden ise TBK'nun 69. maddesi anlamındaki "tesisin muhafazasındaki kusur" yönünden sorumluluğunun oluşup oluşmadığı araştırılmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak mahkemenin görevsizliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir (17. HD. 27.12.2004, 14275/14094)

Dava, trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Bir kamu kuruluşu tarafından, kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğü yine kamu yasalarından doğan bir yükümlülüktür. O halde, anılan nitelikteki bir kamu tesisinin gerek yapılmasındaki, gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar idari karar ve eylemlerden

doğın zararlar niteliğinde bulunduğundan onların ödetilmesi, istekleri tam yargı davasının konusunu oluşturur. Bu davaların ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi hükmünce idari yargı yerinde açılması gerekir. Temyize konu olan davada davacılar, dava dilekçesinde kazanın meydana geldiği yolda en sağ şeridi kaplayan kum yığınlarının gece şartlarında yeterli şekilde işaretlenmemiş olması nedeniyle davalı Karayolları Genel Müdürlüğüne kusur izafe eden birleştirilen davadaki bilirkişi raporuna göre davalı idareye dava açtığından ve yol kusuru nedeniyle davalı Karayolları Genel Müdürlüğünü davalı gösterdiklerini belirttiklerinden, yasalar uyarınca Karayolları Genel Müdürlüğü'ne yüklenmiş bulunan Karayolu bakım, yapım ve işaretleme hizmetlerindeki kusur nedeniyle tazminat istendiğine göre; dava dilekçesinin yargı yolu bakımından bu davalı yönünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirir (17. HD. 28.12.2004, 6630/14233).

Rücuen tazminat davasında; davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı araçta meydana gelen hasar bedelinin sigortalıya ödendiğini belirterek davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili maliki olduğu binanın tadilatı için mimar ile anlaşmış ve yetkilendirdiğini belirterek davanın reddini istemiştir. Kazı yapmakta olan iş makinesi operatörünün çarparak duvarı sigortalı aracın üzerine yıkması sonucu kaza meydana gelmiştir. Davalının bina sahibi sıfatıyla sorumlu sayılabilmesi olanaklı görülmemiştir. Davalının adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu kabul edilebilmesi için ise çalıştırdığı kişinin çalışmasına nezaret etmek, denetlemek, talimat verebilmek konumunda ve zorunda bulunması gerekir (17. HD. 1.4.2008, 5293/1630).

Dava, TTK'nın 1301. maddesi hükmü uyarınca kasko sigorta poliçesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davalı yıkılan duvarın bulunduğu arsanın maliki olmadığı gibi duvarın çok eski olduğunu ya da yıkılmaya yüz tuttuğunu bilmesi ve bu konuda önlem alarak tasarruflarda bulunması gerektiği düşünülemez ve bu hukukende mümkün değildir. O halde davalı yıkılan duvarın bulunduğu komşu arsanın ve duvarın maliki olmadığından Borçlar Yasası uyarınca "kusursuz sorumluluk" hali de bulunmamaktadır, oluşan zararı gidermekle sorumlu tutulamaz (17. HD. 8.3.2007, 455/745)

Dava, davalılara ait Kaptan Apartmanı ve Birtek Apartmanlarına ait ortak duvarın, davalılar Can ve Cem tarafından işletilen otoparkta

bulunan araçların üzerine yıkılması nedeniyle araçlarda meydana gelen zararın sigorta şirketi tarafından giderilmesine yönelik TTK.1301. maddesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece alınan 15.11.2005 tarihli bilirkişi raporunda, Kaptan Apartmanı maliklerinin zeminin toprak olması nedeniyle suya doygun hale geldiği, su basıncının da etkisi ile duvarın taşıma kapasitesinin üzerine çıkarak yıkılmasına neden olduğu belirtilerek kusurlu oldukları sonucuna varılmıştır. Anılan raporda davalı Birtek Apartmanı maliklerinin kusurlarının bulunmadığı, otopark işletmesinin duvarın dayanağı olan toprak tabakasını almasının, duvarın yıkılmamasına etkisi olmadığı belirtilerek Kaptan Apartmanı malikleri sorumlu tutulmuş, 20.11.2006 tarihli ek rapor ile de Kaptan ve Birtek apartmanı maliklerinin sorumlulukları hisseleri oranında belirtilmiştir. Bu durumda, raporlar arasında çelişki meydana gelmiştir. Mahkemece raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve bilirkişi raporunda Kaptan Apartmanı'na ait bölümdeki toprağın suya doygun hale gelmesinin duvarın yıkılmasına neden olduğu belirtildiğine göre, toprak yapısının ve zemin özelliklerinin duvarın yıkılmasına etkisi; otopark işletmesi tarafından duvarın dayandığı toprak tabakasının kaldırılmasının zemine etkisi ve duvarın dengesini etkileyip etkilenmediği gibi hususlarda Üniversitelerin ilgili bölümlerden seçilecek zemin etüdü konusunda uzman Jeoloji Mühendisi ve statik konusunda uzman İnşaat Mühendisi bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyetinden ayrıntılı, denetime açık ve gerekçeli rapor alınarak davalıların kusur oranlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli görülmemiştir (17. HD. 23.12.2008, 2869/5694).

Aracın üzerine düşerek hasara sebep olan bacanın davalılardan birine ait dairenin doğalgaz bacası olduğunun anlaşılması halinde, yalnız o daire sahibi zarardan sorumlu tutulmalıdır (17. HD. 16.9.2008, 2332/4087).

Davacının, davalıların paylı mülkiyeti altındaki taşınmaz üzerinde bulunan binanın zemin katındaki dükkanı davalılardan Kemal'den kiraladığı ve meşrubat bayii olarak kullandığı; 09.01.2002 tarihinde, dükkanının önünde bulunduğu bir sırada, binanın ön cephe dördüncü katından blok halinde düşen sıva ve taşların davacının sırtına isabet ettiği ve yaralanmasına neden olduğu dosya kapsamıyla sabit ve çekişmesizdir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacıyı yaralayan siva ve taşın bulunduğu yerden koparak düşmesinin öngörülemez bir durum olup olmadığı ve tazminat tutarından Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi gereğince hakkaniyet indirimi yapılmasının gerekip gerekmediği noktasındadır.

Davalı Kemal vekilinin, binanın 100 yıldan daha fazla bir süre önce yapılmış olduğu, tadilat ve onarım için Anıtlar Yüksek Kurulu'nun izni gerektiği yönündeki savunması bakımından yerel mahkemece herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamış olmakla birlikte, dosyada bulunan ve binanın genel görünümü ile davacının üzerine düşen siva ile taşların koptuğu kısımları gösteren fotoğraflardan, bilirkişi raporundaki açıklamalardan, davalı Kemal vekilinin davacı tarafın itirazına uğramayan beyanlarından ve tüm dosya kapsamından, binanın oldukça eski ve uzun bir süreden beri bakımsız durumda olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu nedenle; bozma ilamında yer alan 'siva ve taş kopmasının davalılar yönünden öngörülemez bir durum olduğu' saptaması yerinde değildir. Bu durumda, bina maliki olan davalıların Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca, binanın muhafazasındaki kusurları nedeniyle zarardan sorumlu buldukları açıktır ve esasen bu yön gerek yerel mahkemenin ve gerekse özel dairenin kabulündedir. Öte yandan, her ne kadar binanın tarihi eser niteliğinde olup olmadığı hususu yerel mahkemece araştırılmamış ise de; tarihi eserlerin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun öngördüğü prosedür çerçevesinde bakım ve onarımının yapılması mümkün bulunduğundan, dava konusu bina tarihi eser niteliğinde olsa dahi, varılan bu sonuç değişmeyecektir.

Ne var ki; davacının da, olay sırasında binanın zemin katındaki dükkanı davalılardan Kemal'in kiracısı olarak kullanmakta olduğu çekişmesizdir. Bina uzun bir süredir bakım ve onarım görmediği hususunda uyuşmazlık bulunmadığına göre, davacının zemin kattaki dükkanı kiraladığı tarih itibarıyla da binanın eski ve bakımsız durumda olduğunun, davacının binanın bu durumunu bilerek, bunun doğurabileceği olası risk ve tehlikeleri öngörerek, o haliyle kabul ederek dükkanı kiraladığı ve kullanıma devam ettiğinin benimsenmesi gerekir.

Eş söyleyişle, davacı, eski ve bakımsız durumda olduğunu bildiği bir binadaki dükkanı özgür iradesiyle kiralamıştır ve maruz kaldığı olay da, öngörüp kabullendiği risk ve tehlikeler kapsamında gerçekleşmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine göre, hakim, hal ve mevki-

in icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyler.

Somut olayda davacının yukarıda açıklanan şekilde eski ve bakımsız olduğunu bildiği binanın zemin katındaki dükkanı kiralamış ve böylece binanın eskiliğinden ve bakımsızlığından kaynaklanan riskleri öngörüp, göze almış olması ayrıca bu nedenle kira akdini sona erdirmemesi karşısında, maruz kaldığı olaydan kaynaklanan tazminat alacağıнын tayininde Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi gereğince bu yönün de gözetilmesi ve anılan hüküm çerçevesinde tazminat miktarından uygun bir hakkaniyet indiriminin yapılması gerekir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır (HGK. 30.12.2009, 522/604).

Kömür çıkartma faaliyeti sırasındaki özensiz davranış nedeniyle yandaki parselin toprak yapısı ve üzerindeki bina zarar görmüştür. Maden çıkartma faaliyeti sırasında verilen zarardan bu zarara neden olan kusursuz olarak TBK. md. 69 uyarınca sorumludur (HGK. 19.12.1979, 301/1629).

Davalı tarafça kullanılan binanın çatısındaki karların temizlenmesi nedeniyle birikip yolda bulunan davacı aracı üzerine düşmesinden kaynaklanan maddi zararın tazmininin talep edildiği eldeki davada; Mahkemece kusur yönünden alınan 20.6.2006 tarihli ilk raporda, zararın doğmasında davalının 1. derecede, davacının ise 2. derecede kusurlu olduğu belirtilmiş; talimatla alınan 28.12.2006 Hakim hava- le tarihli ikinci raporda ise, davacının 2/8 (%25), davalının 6/8 (%75) oranında kusurlu oldukları ifade edilmiş; Yerel Mahkeme ikinci raporu benimsemek suretiyle, davalının 6/8 kusur oranına tekabül eden tazminatı hüküm altına almıştır.

Hazine tarafından tahsis edilen binayı kullanan davalının, davacının aracında oluşan zarardan sorumlu bulunduğu hususu belirgin olup; uyuşmazlık dışıdır.

Uyuşmazlık; zararın oluşumunda davacının 2/8 oranında davalının ise 6/8 oranında kusurlu bulunmasının, olayın oluş şekline, yasaya ve hakkaniyet ilkelerine uygun olup olmadığı; buna bağlı olarak 20.6.2006 günlü ilk bilirkişi raporunda işaret edildiği üzere, zararın doğmasında davalının 1. derecede, davacının ise 2. derecede kusurlu olduğu kabul edilerek "hakkaniyet" ilkesine uygun tazminat miktarı belirlenmesinin gerekir gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, davacıya ait araçta meydana gelen hasardan kaynaklanan zararın oluşumundan davalının sorumlu olduğu

ve bu zararın oluşumunda davacının da kurallara aykırı park nedeniyle kusurunun bulunduğu belirgindir.

Özel Daire kararında kural olarak, "hakkaniyet" ilkesine uygun tazminat takdiri gerektiğine işaretler; mahkemenin 8/8 oranlamasına dayalı raporu esas almasının yerinde görülmemesi uygulama ve öğretilerdeki yaklaşımlara uygundur.

Ne var ki, davalı kiracının çatıda biriken karların cadde ya da kaldırıma düşerek, yayalara, sürücülere ve taşıtlara zarar verebileceğinin belediyece ikaz edilmesine rağmen bu ikazları dikkate almadan ihmalle temizlememesi; bunun yanında park yasağı olduğu belirlenen cadde üzerinde bu yasağa uymayarak aracını park eden davacının da, zararın oluşumundaki katkısı nazara alındığında, mahkemece davalının birinci, davacının ise ikinci derecede kusurlu olduğu kabul edilerek hükmedilen miktar sonuç itibarıyla hakkaniyete uygundur (HGK. 4.6.2008, 415/415).

D. Zarar

Yapım bozukluğu ve bakım eksikliği nedeniyle bir zarar doğmalıdır. Gerçekleşen zarar, şahsa veya şeye ilişkin maddi bir zarar olabileceği gibi, vücut bütünlüğünün ihlali veya adam öldürülmesinden doğan zarar da olabilir²⁰. Zarar, kaçırılmış kazanç, alınmamış kira bedeli gibi dolaylı biçimde de olabilir. Yapılıştaki bozukluk veya bakım eksikliği bir hastalığa da neden olabilir. Örneğin ısı yalıtımı sağladığı için asbest kullanılan evde uzun süre oturmuş olan kiracının ciğerlerinde meydana gelen rahatsızlık cismani zarar olarak TBK. Md. 69 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu durumda zararın tazmini için sözleşme ilişkisine de dayanılabilir²¹.

Maddi ve manevi zarardan sorumluluk, yapı malikinin veya yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmez²².

Yargı Kararları

Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko poliçesi ile sigortalı bulunan dava dışı askeriyeeye ait kamyonun davalının karasör atölyesinde meydana gelen yangın sonucu yandığını, bunun için araç sahibine... TL ödendiğini ileri sürerek... TL'nin ödeme tarihi 14.10.1988'den itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında; yangının çıkmasında müvekkilinin kusuru olmadığını, ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

20 Eren, II, 206.

21 Baş, 108-109

22 Eren, II, 206.

Mahkemece; iddiaya, savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna göre, yangının meydana gelmesinde davalının kusurlu durumu bulunmadığı dolayısıyla sorumluluğu da söz konusu olmadığından davanın reddine karar verilmiştir. TBK'nın 69. maddesine göre; "Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı sorumlu olur". Olayımızda, davacı şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı bulunan dava dışı askeri aracın davalıya ait dükkânda elektrik kontağından çıkan yangın sonucu yandığı açık olup, bu husus taraflar arasında tartışmasızdır. Yukarıda açıklanan madde hükmü gereğince, davalının kusursuz sorumluluğu vardır (11. HD. 27.9.1993, 6532/5902).

Davalıya ait olan ve yine davalı tarafından benzin istasyonu olarak kullanılan yerdeki binanın çatı aralığı ile merdiven arasındaki açıklığı kapatmak için konulmuş olan sac levhanın, kuvvetli rüzgarın etkisi ile yerinden kurtulup, yakıt almak için orada bulunan davacının yüzüne çarparak yaralanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi gereğince bina sahibi, binanın iyi yapılmasından veya korunmasındaki kusurdan kaynaklanan zararlardan sorumludur. Davalı bina sahibi olarak, binanın iyi yapılmamasından doğan zararlardan sorumlu olduğu gibi binanın iyi kullanılmaması, yeterli bakım yapılmaması gibi nedenlerden doğan zararlardan da sorumludur. Binanın çatısına yeterince sağlamlaştırılmadan ve tehlike yaratacak şekilde sac levha monte edilmesi binanın kullanımına bağlı bir olgu olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde açıklanan binanın korunmasındaki kusur kapsamında değerlendirilmeli ve davalı zarardan sorumlu tutulmalıdır. Mahkemece, zarar kapsamı belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulmak gerekirken, davanın tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir (4. HD. 28.11.2005, 16308/12788).

Davacı, davalılara ait komşu binalardan çıkıp kendi binasına sirayet eden yangın nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemiştir. Davalılar, yangının kesin olarak nereden çıktığının ve sebebinin bilinmediğini, kendilerine ait boş binaların muhafazasında gerekli özeni gösterdiklerini, asıl davacının önlem almadığını belirterek davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece dava, yangının davalılara ait taşınmazlardan çıktığı belirlenemediği gibi, yangına üçüncü kişinin hukuka aykırı eyleminin neden olduğu, bu nedenle davalıların sorumluluğunu haklı

kılacak uygun bir illiyet bağı bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Olayla ilgili İstanbul Altıncı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/1179 Esas sayılı dosyasındaki 12.06.2001 tarihli itfaiye memurlarınca tutulan tutanakta yangının ağırlık merkezinin davalılara ait 20 sayılı bina olduğu ve sokak sakinlerince binaya yabancı uyruklu, kimliği belirsiz birçok kişinin girip çıktığının ifade edildiği, yangının çıkış sebebinin şüpheli olduğu belirtilmiştir. Yine ceza davasındaki tanıklar da yangının 20 numaralı boş binadan çıktığını ve binanın metruk olduğunu ifade etmişlerdir. Aynı yangın nedeniyle sigorta rücuuna ilişkin İstanbul Beşinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/108 Esas sayılı dosyasındaki bilirkişi incelemesi ile de yangının davalılara ait 18 ve 20 kapı numaralı ahşap, metruk binalardan başladığı ve davalıların gerekli bakım ve özen yükümlülüğünü yerine getirmedikleri saptanarak, zarardan sorumluluklarına hükmedilmiştir. Anılan karar Yargıtay onamasından geçerek kesinleşmiştir. Eldeki dosyadaki bilirkişi incelemesi sonucunda bilirkişinin, yangının 20 nolu binanın arka tarafından başlayarak yan taraftaki ahşap binalara sirayet ettiğini belirttiği görülmüştür.

Şu durumda, yangının davalılara ait binadan çıktığının kabulü gerekir.

Binanın metruk olduğu ve kimliği belirsiz kişilerin zaman zaman girip çıktıkları da sabittir. TBK'nın 69. maddesi gereğince bina malikleri binaların muhafaza ve bakımından sorumludurlar. Davalılarca, kimliği belirsiz kişilerin barınmasına engel olunmaması, binaların bakımının ve bu bağlamda kontrollerinin yapılmaması ve önleyici tedbirlerin alınmaması yasanın aradığı anlamdaki özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle işin esasının incelenmesi ve zararın kapsamının belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken; dosya içeriği ile uygun düşmeyecek biçimde davanın reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir (4. HD. 31.1.2008, 13963/956).

Davacı, davalı Şükrü'ye ait binanın imar kurallarına uygun olarak yapılmaması ve bu şekilde kullanılması nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürerek tazminat isteğinde bulunmuştur. Mahkeme, olayda davacının ağır kusurlu olduğunu kabul ederek isteğin reddine karar vermiştir.

Bina sahibi olan davalının sorumluluğu, TBK'nun 69. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi 69. madde kusursuz yani objektif bir sorumluluğa dayanmaktadır. Zarar ile binanın kullanılması arasında illiyet bağının bulunması sorumluluk için yeterlidir, ayrıca kusur aranmamaktadır.

Olayımızda davacının ağır kusurlu olduğu tartışmasızdır. Çünkü, kendisine ikaz edilmesine rağmen, binanın terasına çıkmış ve tehlikeli olduğunu bildiği elektrik teline elindeki yün örme şişisiyle dokunmak suretiyle ağır yaralanmıştır. Ne var ki, davalı da bina maliki olarak bir süre önce bir kişinin ölümüne neden olan, bu tehlikeli yere başkalarının rahatlıkla girmemesi için gerekli önlemleri almamakla kusurludur; başka bir deyişle davalı, olayda Borçlar Kanun'unun 69. maddesine göre kusursuz sorumlu durumunda iken, ek olarak kusurlu bir davranış içinde bulunmuştur.

Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin ağır kusurunun iliyet bağına keseceği kabul edilir. Ne var ki, bunun için öncelikle kusursuz sorumlu olanın, olay içinde ek bir kusurunun bulunmaması da zorunludur. Nitekim üç kişilik bilirkişi raporunda, davalı bina sahibinin olayda gerekli önlemleri almadığı için 2/8 kusurlu olduğu kabul edilmiştir.

O halde mahkemenin, yalnız davacının ağır kusurunu değerlendirerek davayı reddetmesi usul ve yasaya aykırıdır, hüküm bu nedenle bozulmalıdır. Mahkemece yapılacak iş; zarar ve tazminat kapsamını belirleyip sonucuna göre karar vermektir (4. HD. 25.2.1986, 9831/1731).

E. Nedensellik Bağı

Zarar, yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Zarar, mücbir sebep (örneğin, şiddetli bir yer sarsıntısında evin yıkılması) veya zarar görenin veya üçüncü bir şahsın nedensellik bağına kesen ağır kusuru sonucu meydana gelmişse, başka bir anlatımla zarar görenin veya üçüncü kişinin eylemi zararı doğuran başlıca neden niteliğindeyse, yapının sahibi zararı ödemekle yükümlü değildir. Örneğin, bir kimse kaçak olarak kanalizasyon inşaatı yaparken havagazı borularını çatlatmışsa ve çatlaktan sızan gaz nedeniyle bir kişi ölmüşse doğan zarardan havagazı işletmesi sorumlu tutulamaz. Çünkü nedensellik bağı üçüncü kişinin ağır kusuruyla kesilmiştir²³.

Mücbir sebebin öngörülmezlik ve önlenemezlik özellikleri dışında, tazminat yükümlüsünü sorumluluktan kurtarması için, bir de bu kişilerin egemenlik alanı dışında gerçekleşmiş bir olay olması gerekir. Mücbir sebep sayılan haller somut olaya göre değişiklik gösterebilir. Örneğin, mücbir sebep sayılabilecek fırtına, bu tür fırtınaların çok yaşandığı yöreler bakımından mücbir sebep sayılmayabilir. Aynı şekilde, depremin şiddeti, diğer binaların

23 Reisoğlu, 161; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, 178; Bilgen, 328.

durumu gibi unsurlar da depremi mücbir sebep olmaktan çıkarabilir. Düşük şiddette bir deprem sonucu bir bina yıkılmış ise ve bu binanın yıkılmasında teknik eksikliklerin de varlığı söz konusu ise, nedensellik bağı kesilmiş sayılmayacaktır. Bundan başka, teknik olanaklarla giderilebilen dış etkenler, mücbir sebep sayılmamalıdır. Örneğin, paratoner koyarak binaya yıldırım düşmesi sonucu zararın doğması önlenebilecek iken, bunun bulunmaması sonucu zararın doğumunda, yıldırımın mücbir sebep olduğu ve illiyet bağını kestiği öne sürülebilecektir²⁴.

Mücbir sebep bina veya yapı eserlerinden doğan sorumluluk bakımından iki şekilde ortaya çıkabilir: İlk olarak, mücbir sebep bir bakım eksikliğine yol açabilir ve bunun giderilmemesi sonucunda zarar meydana gelebilir. Bir de zaten var olan bakım eksikliği veya yapıdaki bozukluğun zarar vermesinde, mücbir sebep etken olmuş olabilir. Bu iki olasılıkta da mücbir sebep sayılan olay, nedensellik bağını kesmeyebilir. Belirtmek gerekir ki, mücbir sebebin şiddeti kadar, bina veya yapı eserini ne kadar etkilediği de önemlidir²⁵.

Zarar ile sebep arasında bulunması gereken nedensellik bağı, “doğrudan” değil, “uygun” nedensellik bağıdır. Dolayısıyla hatalı bir bina veya inşaa eserinin doğrudan zarara neden olması zorunlu değildir. Bunun yanında hatalı bina veya inşaa eserinin dış etkenler nedeniyle, dolaylı yoldan zarar görmesi de olanaklıdır. Burada aranan özellik, sadece zararın nedeninin tesis veya inşaa hatasına yahut bakım eksikliğine dayanması değildir. Örneğin iyi yapılmış bir binanın zelzele sonucu yıkılması durumunda nedensellik bağı koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Ama buna karşılık yine dışarıdan gelen ve umulmadık durum olarak nitelendirilebilecek doğal bir olay veya bir insan yahut herhangi bir hayvanın davranışı zaten var olan hata ile birlikte zarara neden olursa, nedensellik bağı varlığı kabul edilmelidir. Fakat söz konusu dış etkenler bina veya inşaa eserinin hatalı durumu ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesebilecek nitelikte olmamalıdır. Aksi takdirde malik yönünden birer sorumluluktan kurtulma nedeni oluştururlar²⁶.

Yargı Kararları

Davacılar, destekleri Nazif'in yüksek gerilim hattına dokunması ile öldüğünü belirterek, tazminat isteminde bulunmuşlardır. Mahkeme, davalı Kurumun olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmadığını belirtmek suretiyle istemi reddetmiştir. Kural olarak, sorumluluk için, zarar verenin kusurunun bulunması gerekmektedir. Ne var ki bazı ay-

24 Baş, 113-114.

25 Baş, 114.

26 Erten, 153.

rik ve istisnai durumlarda ve özellikle yasal düzenlemenin bulunduğu hallerde, zarar verenin sorumlu tutulması için, kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, kusura dayanmayan sorumlulukta kusur, bir koşul olarak aranmamaktadır. Burada, Medeni Kanun'un 6. maddesinin ayırık bir durumu ile karşılaşmaktayız. Yapılan şu açıklamayla, kusursuz sorumlu olanın, olayla zarar arasında Uygun illiyet bağı bulunmasa da, mutlak sorumlu olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Kusursuz sorumlu olduğu iddia edilen kimse de, olayla zarar arasındaki illiyet bağının mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin tam kusuru ile kesildiğini kanıtlamak suretiyle kusursuz sorumlu konumunda da bulunsa, sorumluluktan kurtulabilir. Olayımızda davalı, TEDAŞ olup, elektrik dağıtımı gibi, tehlike yaratacak iş yapan bir kuruluştur. Tesisin sahibi ve işleticisi olması sıfatıyla da, gerek özel kuruluş kanunu ve gerekse TBK'nın 69. maddesi uyarınca kusursuz sorumlu olan kurumlardandır. Yaptığı işin özelliği itibarıyla, de kendisinden yüksek özen yükümlülüğü beklenir. (4. HD. 20.5.1998, 421/3622).

Davacı; kiracı olarak oturduğu evinin damında oynayan çocuklarının, davalıya ait gerilim hattından etkilenerek ölüp yaralandıklarını bildirerek, tazminat istemiştir. Dava, TBK'nın 69. maddesindeki "imar olunan şeyden malikin sorumluluğu" esasına dayanmaktadır. Burada söz konusu olan, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluktur. Zarar ile özen eksikliği arasında uygun illiyet bağının varlığı sorumluluk için yeterlidir. Uygun illiyet bağı mücbir sebep, mağdur veya üçüncü kişinin ağır kusuru sonucu kesilirse, sorumluluktan söz edilemez. Ancak; imal olunan şey malikinin ek kusuru varsa, illiyet bağının kesilmesi malikin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Somut olayda, davalıya ait gerilim hattı, hatta çok yakın bina üzerinden geçtiği için kaza meydana gelmiştir. Elektrik hattının yapımı sırasında irtifak kamulaştırması yapıldığından ve binanın sonradan yükseltildiğinden söz edilmekte ise de, bu konularda ayrıntılı araştırma yapılmamıştır. Olay yerinde irtifak kamulaştırması yapıp yapılmadığı yapılmışsa elektrik hattının geçmesinden sonra bölgedeki yapılaşma, özellikle söz konusu binadaki kat ilavesi yoluyla meydana gelebilecek tehlikenin bertaraf edilmesi için davalının neler yapabileceği üzerinde durularak, davalının objektif sorumluluğu, bu sorumluluğun herhangi bir nedenle kalkıp kalkmadığı, ek kusur bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın, yetersiz rapora dayanarak davanın reddine dair karar verilmesi doğru bulunmamıştır (4. HD. 24.2.1997, 11374/1191).

Davacı, (gece saat 03 sıralarında) taşıtıyla ilerlerken yol ortasında ışıklandırma ve işaretlerle belirginliğe kavuşturulmamış olan direğe çarparak otomobilinin hasarlandığını bildirerek uğradığı zarardan davalılar Büyükşehir Belediyesiyle TEDAŞ'ın müteselsilen sorumlu tutulmalarını istemiştir. Davalı Belediye, söz konusu direğin elektrik idaresine ait olduğunu; diğer davalı B... Elektrik Dağıtım AŞ ise direği zarar verecek konuma getirenin Belediye olduğunu savunmuş ve böylece her iki davalıda kendi yönünden davanın reddi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Davada sözü edilen direk ile diğerleri başlangıçta tek yönlü yolda ve orta kaldırım (refüj) üzerine bulunmakta iken sonradan, Belediye tarafından yol genişletme çalışması sırasında orta refüj kaldırılarak yolun iki yönlü duruma getirilmesi sonucu yolun ortasında kaldığı ve belediye tarafından öteki direklerin yol kenarına taşınmasına karşın, davada sözü geçen direğin Park ve Bahçeler Müdürlüğü tesislerini beslediğinden etkinliğinin kesintiye uğramaması için yerinde bırakıldığı ve tehlike teşkil edebilecek direğin yanına da işaret konulmadığı ve ışıklandırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu amaç doğrultusunda direğin durumu elektrik idaresine bildirilmemiş; kaldırılması yolunda da bir istekte bulunulmamıştır. Davalı Belediyenin bu eylemi kişisel ve trafik kusuru değil hizmet kusurunu teşkil eder. Hizmet kusurundan dolayı ise sorumluluğun tartışılması adalet mahkemelerinin görevi dışında kalır. Davalı B... Elektrik Dağıtım AŞ'nin, durumuna gelince; adı geçen kurumun sorumluluğunun kaynağını, TBK'nın 69. maddesi anlamında tesisin muhafazasındaki kusur" oluşturur ancak, zararlar tesis sahibinin sorumlu tutulabilmesi, uygun illiyet bağının varlığıyla olanaklı duruma gelir. Üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusurunun varlığı illiyet bağını keser. Somut olayda davacı, gece aydınlatması ve işaretlenmesi bulunmayan yolda ilerlerken süratini far ışığının görüşe olanak verdiği ölçüde ve her an durabilecek bir hıza ayarlamadığı gibi davalı Belediye de yukarıda açıklanan işlemleri gerçekleştirmemiş olduğundan her ikisinin davranışları da ağır kusur oluşturur. O nedenle de illiyet bağı kesilmiştir. Öyleyse davalı elektrik idaresi meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Şu durum karşısında davalı Belediye hakkındaki dava dilekçesi yargı yolu bakımından, öteki davalı hakkındaki dava da esas yönünden reddedilmelidir. Yerel mahkemece, anılan yönler gözetilmeksizin davalıların tazminatla yükümlü tutulmalarında isabet görülmemiştir (19. HD. 20.9.2000, 5324/5898).

III. Sorumluluğun Niteliği

Kusursuz Sorumluluk

TBK. md. 69'da düzenlenen sorumluluk, bir "kusursuz sorumluluk" halidir:

Binanın maliki, hiçbir kusuru olmasa, temyiz kudretinden yoksun bulunsa, hatta binayı başkasından ve yeni edinmiş olsa bile, yapıdaki bozukluğun veya bakımdaki noksanlığın neden olduğu maddi ve manevi zararı ödemekle yükümlüdür.

Bu zarar bir kişiye olduğu kadar, taşınır veya taşınmaz bir mala verilmiş olabilir.

Binanın maliki, zararın meydana gelmemesi için koşulların gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiğini, binanın yapımı ve bakımı için en iyi uzmanlar kullandığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

TBK. md. 69'daki sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk, objektif özen ödevine dayalı, olağan sebep sorumluluğu olduğu²⁷, bir tehlike sorumluluğu olmadığı açıktır. Çünkü zarar yapı eserinin bozukluk veya bakımındaki eksiklikten ileri geldiği kanıtlandığında objektif özen ödevinin yerine getirilmediği ortaya çıkmış olacaktır. Yapı eseri sahibinin sorumluluğunda, teknik anlamda tehlike sorumluluğunda aranan, nitelik veya nicelik yönünden büyük zararlara yol açmaya yüksek eğilim gösteren tipik ve özel tehlike özelliği bulunmamaktadır. Kaldı ki, yapı eseri sahibinin sorumluluğunun doğması için aranan ilave unsur, zararın, yapı eserinin bozukluğundan kaynaklanmış olmasıdır ki, bu unsur teknik anlamda tehlike sorumluluğuna yabancıdır. Zira tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için özel ve tipik tehlike taşıyan nesne, faaliyet veya işletmenin bozuk (ayıplı) olması nedeniyle zarara yol açmış olması zorunlu değildir; sadece tehlike sorumluluğuna bağlanan olgunun gerçekleşmesi yeterlidir²⁸.

Yapı veya yapım sahibinin TBK. md. 69 uyarınca zarardan sorumlu olması için, yapıya veya yapıma doğrudan doğruya zilyet olması gerekmez.

27 Petek, Hasan, Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklarından Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara-2005, sf. 48: "Medeni Kanun ve Borçlar Kanun'unun öngördüğü olağan sebep sorumlulukları, objektif özenin yerine getirilmemesi esasına dayanmaktadır. Olağan sebep sorumluluklarının bir çoğunda, bu özen ödevinin yerine getirildiği veya yerine getirilseydi dahi yine de bir zararın ortaya çıkacağı ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Kusur ve tipik tehlike, olağan sebep sorumluluğunun kurucu unsuru olarak aranmamaktadır. Bu nedenle, bu sorumluluk, belirli bir tesis, işletme veya faaliyetin özel tehlikelilik haline bağlanmadığı, sadece kanunda öngörülen objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir.

28 Henri Deschenaux/Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku (Çvr. Salim Özdemir), Ankara-1983, sf. 92; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, 25, 161-163; Eren, II, 201; Oğuzman/Öz, 115; Tiftik, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara-2005, sf. 47-48.

Bina başkasına kiralanmış olsa bile, yapıdaki bozukluktan ve bakımdaki noksanlıktan doğan zarardan binanın maliki sorumludur.

Malikin sorumluluğu için onun kusuru gerekli olmamakla birlikte, zararın değerlendirilmesinde bu kusurun göz önüne alınması gerekir²⁹.

Yargı Kararları

Davacı, davalının standartlarına aykırı olarak yaptırdığı duvarın bir kısmının yıkılması sonucu zarara uğradığını iddia ederek tazminat talebinde bulunmuş; duvarın kalan kısmının da ihtiyati tedbir kararı verilerek yıkılmasını talep etmiştir. Taşınmaz malikleri, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Binanın fena yapılması sonucu meydana gelen zarardan taşınmaz maliki sorumludur. Taşınmaz malikinin bu sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Taşınmaz malikinin sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli veya kusurlu olmasına gerek yoktur (7. HD. 14.3.2006, 284/721).

Davalılardan İ... AŞ., Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigorta (TZMSS) poliçesinin sigorta ettireni olup, olağan sebep sorumluluğu hallerinden bazılarını düzenleyen TBK'nın 66, 69 ve 116'ncı maddeleri, sorumluluğun kaynaklandığı kişi ya da şey üzerinde bir denetim ya da gözetim ödevi yüklemiştir. Sebep sorumluluğunun ikinci bir türü olan tehlike sorumluluğunda ise, sorumluluk koşulları, sorumlu aleyhine ağırlaştırılmıştır. İşletme veya faaliyet ya da nesneye özgün tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle sorumluluk doğar. Tüpün mülkiyeti, bu davalıda olduğuna göre, TBK'nın 69'ncü maddesinden hareketle sorumluluğu özen eksikliğine bağlanmalıdır. Başkalarının diğer anlatımla bayi dışındaki yetkisiz kişilerin, tüpü takma olanağına kavuşması, bu davalının özen borcunu yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Buna neden olan bayiler üzerinde bu davalının denetim ve kontrol görevini yerine getirmemesi, TBK'nın 116'ncü maddesine dayalı sorumluluğunun nedenini de oluşturmaktadır. Diğer davalı A Sigorta AŞ. vekilinin temyizine gelince; dava dilekçesinde, bu davalı bakımından Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası (TZMSS) ile Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası (TMZSS) nedeniyle husumet yöneltmiştir. Sigorta vekili, sadece tüpgaz zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduklarını, diğer sigorta için poliçe düzenlenmediğini, esasen rizikonun diğer sigorta teminatı kapsamı dışında da kaldığını savunmuştur. Gerçekten de, Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigorta Poliçesi Genel Şartları'na göre, bu sigorta, evlerde LPG tüpünün gaz kaçırması, infilakı, yangına ne-

den olması halini kapsamamaktadır. Bu şekilde bir riziko, sadece Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 1'nci maddesi kapsamına giren bir rizikodur. Davacılarından Necati'nin dedantörü iye takmaması ve kapatacağı yerde musluğu açması şeklinde kasti olmayan eylemi nedeniyle kendi kusurundan yararlanamayacağına ilişkin temyiz itirazları isabetsiz görülmüştür. (11. HD. 3.10.2005, 11632/9073).

Dava, yangın sigorta poliçesine dayalı tazminat alacağına ilişkin rücu tahsil istemine ilişkindir. İtfaiye ve Emniyet Amirinin ortak olarak düzenledikleri 17.02.2000 tarihli yangın Zabıt Varakasında, davalının evindeki mangaldan düşen ateş parçasının yangına neden olduğu tespitine yer verilmiş, aynı tarihli diğer bir yangın tutanağında ise, yangının tahminen elektrik tesisatından kaynaklandığı yazılmıştır. Davalı, ceza yargıcı huzurunda yaptığı savunmasında, sobaya çalı çırpı atıp, komşuya geçtikten sonra yangının çıktığını, ancak sobayı yakmadığını beyan etmişken, olaydan hemen sonra polisçe alınan ifadesinde ise, yaşlılığı nedeniyle sobayı yakıp yakmadığını hatırlamadığını bildirmiş, her iki ifadesinde de yangının kendi evinden başladığını açıklamıştır. Yangının çıkış yerinin davalının evi olduğu dosya kapsamı ile de sabit iken, çıkış yerinin belirlenemediği gerekçesi isabetli değildir. Yangının çıkış nedeni, davalının ya kiracı olarak TBK. Md. 49 hükmüne dayalı binanın ve tesisatının kullanımına ilişkin kusur sorumluluğunu ya da aynı kanununun 69'uncu madde hükmünde yazılı bina maliki olarak kusursuz sorumluluğunu ortaya koyacağından, bu nedenin tespiti önem taşımakla birlikte, davalının bu iki olasılık dışında sorumluluktan kurtulmasını gerektiren başka bir hukuki nedenin ya da maddi vakianın varlığı ne iddia edilmiş, ne savunulmuş, ne de dosyaya yansımıştır. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre TBK'nun 69. madde hükmü uyarınca, bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumludur. Bu maddedeki sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan "ağırlaştırılmış" bir kusursuz sorumluluk halidir. Bina içinde ki elektrik tesisleri madde de açıklanan "imal olunan şey" kavramına dahildir. Diğer yandan özel hukuk sorumluluğu bakımından her zaman kusur (kast veya ihmâl) unsurlarının bulunması zorunlu değildir. Bu gibi hallerde, zararın, hukuka aykırı bir davranıştan doğması yani objektif koşulu gerçekleşmesi yeterli olup, ayrıca sübjektif koşula diğer anlatımla kusura ihtiyaç yoktur. Özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde durum böyledir. Zarar, ihmalden de kaynaklanabilir ve ihmali yapan sorumlu olur. Bu durumda, mahkemece her iki yangın tutanağında imzası bulunan görevlilerin tanık sıfatıyla dinlenilmesi, çıkış nedenine ilişkin tutanaklar arası farklılığın giderilmesi, içinde inşaat, sigorta ve elektrik alanlarından

seçilecek uzmanların bulunduğu başka bir bilirkişi kurulundan denetime elverişli rapor alınması, davalının kiracı veya bina maliki sıfatlarından hangisine sahip olduğunun belirlenmesi, TBK'nun 49 vd. ya da 69. madde hükümlerine dayalı sorumluluğunun somut olay bakımından tartışılması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır (11. HD. 27.9.2004, 14407/8866).

Davalılara ait elektrik hattı bir tesistir. Bu nedenle bu tesislerden meydana gelmiş bir zararın bulunması, zararlar tesisin faaliyeti arasında uygun illiyet bağı olması ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleştiği takdirde, kusur aranmaksızın sorumluluk doğacaktır. Kaldı ki, bu tesisin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklik de tesis sahibinin kusurunu gösterir. Somut olayda davalıların uygun olmayan malzeme ile hattın yapılmasında, kopan elektrik telinin onarılmamasında, eskiyen aksamın yenileri ile değiştirilmesinde özensiz davrandıkları açıktır. Bu nedenle zarardan sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Davacıya ait ineğin yasaklanan araziye girmiş bulunması sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden değildir. Bu husus ancak tazminatın kapsamıyla ilgili olup, belirlenecek miktarın tayininde göz önüne alınmalıdır. Davacı, davalılara ait özel elektrik hattından kopan telden ineğinin elektrik çarpması sonucu uğradığı zararın tazminini istemiştir. Yerel mahkemece kusur incelemesi yaptırılmış, bilirkişice verilen raporda, ineğe elektrik çarpan telin mevcut aboneler tarafından yaptırılmış özel bir hat olduğu, eski ve bakımı gerektirdiği, boru direklerinin bazılarının eğilmiş, izolatörlerinin bir kısmının kırılmış olduğu, alüminyum iletkenlerin zamanla deforme olması sonucu koptuğu, AG hattından beslenen bu abonelerin TEDAŞ'a abone olmalarına rağmen hattın bakım ve arızasından hat sahiplerinin sorumlu olduğunu fakat ineğin ölmesinde abonelerin bir kusuru olmadığı, bakım yapılsa bile bu tür alüminyum iletkenler çelik olmadığından kopmaların olağan olduğu bildirilmiştir. Mahkemece, davalılara kusur yüklenemeyeceği ve davacının ineğinin izinsiz özel araziye girmesi nedeniyle dava reddedilmiştir. Davalılara ait elektrik hattı bir tesistir. Bu nedenle bu tesislerden meydana gelmiş bir zararın bulunması, zararlar tesisin faaliyeti arasında uygun illiyet bağı olması ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleştiği takdirde, kusur aranmaksızın sorumluluk doğacaktır. Kaldı ki, bu tesisin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklik de tesis sahibinin kusurunu gösterir. Somut olayda davalıların uygun olmayan malzeme ile hattın yapılmasında, kopan elektrik telinin onarılmamasında, eskiyen aksamın yenileri ile değiştirilmesinde özensiz davrandıkları açıktır. Bu nedenle zarardan sorumlu olduklarının kabulü gerekir. (4. HD. 22.5.2003, 1798/6720).

Usul Sorunları

A. İspat Külfeti

Davacı, yapıdaki bozukluk veya bakımdaki noksanlıktan dolayı zarara uğradığını ve uygun bir nedensellik bağımlı kanıtlamalıdır. Eğer zarar, örneğin deprem, yangın, yıldırım, fırtına, sel baskını gibi önlenemez güçler sonucunda veya bir üçüncü kişinin ya da zarar görenin kusuru ile meydana gelmişse, bu durumda nedensellik bağı yoktur. Önlenemez güçler, oluşum biçimlerine ve türlerine göre, yaşamın olağan gidişinde meydana gelmeleri beklenilebilecek rastlantısal olaylar sınırını kesin olarak aşan olgulardır. Örneğin hastalık, kaza, bir malın çalınması ve bunlara benzer olaylar, rastlantısal nitelikte oldukları halde, yıldırım, sel, kasırga gibi doğa olayları “önlenemez güçler” niteliğindedir. Böylece önlenemez güçlerin önüne geçmek, her belirli olayda elden gelen bütün önlemler alınmış olsa bile, olanaksızdır. Buradaki “önlem”den maksat, durumun gereğine uygun ve alınması ilgililerden haklı olarak istenebilecek koruma önlemleridir³⁰.

İspatlanacak konular:

1. Hukuka Aykırılığın İspatı

Davacı, yapıdaki bozukluk (yapının kötü yapılması, yapı veya yapının yerinin iyi seçilmemesi, özgülenme amacına uygun olmaması, gerekli önlemlerin alınmaması, bilimin ve tekniğin gereklerine uyulmaması) ve bakımdaki eksiklik (yapıda durum ve koşulların gerektirdiği onarımların yapılmamış olması veya bunların olağan durumda korunması ya da ekonomik amaçlarına gereği gibi hizmet etmeleri için gerekli önlemlerin alınmamış olması) yüzünden zarara uğradığını kanıtlamalıdır. Başka bir anlatımla, davacı, sorumluluğun hukuka aykırılık koşulu olarak, zararın yapı veya yapının kötü yapılmasından veya bakımdaki eksiklikten doğduğunu kanıtlamalıdır.

2. Zararın İspatı

Davacı, yapı veya yapıdaki bozukluk ya da bakımdaki eksiklikten dolayı maddi, manevi veya şahsi bir zarara uğradığını kanıtlamalıdır.

Yargı Kararları

Dava, davalının maliki olduğu işyerinden sızan suların davacı şirkete sigortalı işyerine verdiği zararın rücuen tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davalının çıplak mülkiyetine sahip olduğu taşınmazın intifa hakkı başkasına

30 Velidedeoğlu/Özdemir, 153.

ait olduğu gerekçesiyle husumet yönünden dava reddedilmiştir. TMK.nun 803. maddesi gereğince intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahip ise de; davalı icra takibine itirazında ve davaya cevabında, taşınmazı kendisinin kiraya verdiğini, kiracısı Meriç Ekmekçi'nin izinsiz olarak mecurda ve su borularında bazı tadilatlar yapması, kalitesiz malzeme ve yetersiz işçilik nedeniyle sızıntının meydana geldiğinden sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Dosyadaki ekspertiz raporunda, davalıya ait 2.kattaki işyerinin tezgah altından geçen tesisat borusunun rekordan kırılması neticesinde akan suyun tavadan alt kata sirayet etmesi nedeniyle hasarın meydana geldiği belirtilmiştir. Davalı taşınmazı kendisinin kiraya verdiğini belirterek taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının annesi Nimet'e değil, kendisine ait olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle işin esasına girilerek davalı savunması üzerinde durulup, hasara neden olan arızanın TBK.nun 69. maddesinde belirtilen bina malikinin sorumluluğunu gerektirecek imalat hatasından yada muhafazadaki kusurundan mı yoksa kiracının kötü kullanımı ve yetersiz tadilatlarından mı kaynaklandığı hususları uzman bilirkişi vasıtasıyla araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı şekilde yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir (11. HD. 29.1.2007, 14010/999).

Davacı vekili, müvekkili şirket nezdinde Yangın Paket Sigorta Poliçesi ile sigortalı işyerine, davalıların maliki ve kiracısı olduğu dairenin tesisatından sızan sular nedeniyle emtiaların, parkenin ve tavanın zarara uğradığını, müvekkilince sigortalısına 9.339,00.-TL. ödeme yapıldığını ileri sürerek, bu meblağın faiziyle birlikte rücuen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Dava, işyeri paket sigorta poliçesinden kaynaklanan alacağın TTK'nun 1301. maddesi uyarınca rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, kiracı ve malik olan davalıların her ikisi birlikte sorumlu tutulmuştur.

Oysa, tuvalet rezervuar borusunun patlaması sonucu biriken suların alt kattaki sigortalı işyerine zarar verdiği kabul edilmiş ise de, patlamanın nedeni üzerinde durulması, tesisatın ve bunun yapılış tarzından kaynaklandığı tespit edilirse malik konumundaki davalının TBK'nun 69. maddesi uyarınca sorumlu tutulması, şayet tesisatın kullanımı ve kullanma sırasındaki bakımsızlığı gibi kiracıya atfı kabil bir kusurdan kaynaklandığının saptanması halinde ise kiracı durumunda-

ki diğer davalının aynı Kanun'un 49. maddesi uyarınca sorumluluğuna karar verilmesi, en azından bu hususlarda bir tartışma ve gerekçe ortaya konulması gerekirken, bu düzenleme somut olay bakımından değerlendirilmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir (11. HD. 12.10.2009, 5700/10369).

3. Nedensellik Bağının İspatı

Yapı veya yapım malikinin sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile yapı ve yapımın yapılmasındaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik arasında uygun bir nedensellik bağının bulunduğu, nedensellik bağının mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuruyla kesilmediği kanıtlanmalıdır.

B. Dönüp İsteme Hakkı

Sorumlu olan ve zararı ödeyen malik, yapım bozukluğu ve bakım noksanlığı nedeniyle kendisine karşı sorumlu olan kişilere, yükleniciye, mimar ve mühendislere, yapının bakımı kendisine bırakılan yardımcı kişilere, gerekli küçük onarımı yapmakla ve büyüklerini malike bildirmekle yükümlü olan kiracıya, yapıyı satın aldığı kişiye, yapıya zarar veren üçüncü kişiye dönüp isteme (rücu) hakkına sahiptir (TBK. md. 69/II).

Yargı Kararları

Dava, işyeri paket sigorta poliçesinden kaynaklanan alacağın TTK'nun 1301. maddesi uyarınca rücu tahsili için başlatılan takibe itirazın iptali istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık, binanın 3. katında oturan davalının konutundan, sigorta ettirenin zemin kattaki konutuna pis su sızıp sızmayacağı, sızması mümkün ise zararın miktar noktalarında toplanmaktadır.

Dosya üzerinde inceleme yapan (mali müşavir sıfatı bulunan) bilirkişi, davalı konutundan sızmanın zarara neden olduğu sonucuna varan ve miktar ortaya koyan ekspertiz raporuna katılmakla yetinmiştir. Davalının rapora itirazı ve keşif yapılmakla durumun tespitini istemesi üzerine, mahkemece, masrafların davalının yüklendiği keşif ara kararı verilmiş, davalı yatırmayınca ara karardan dönülmüş ve bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm tesis edilmiştir.

Oysa, MK'nun 6. madde hükmü uyarınca, ispat yükü davacı tarafta olup, uyuşmazlığın çözümünün keşfe bağlı olduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, davalı tarafa kesin süre dahi verilmemiştir. Mahkemece, masrafları davacı tarafa yüklenerek, kesin süre verilmek uyulduğunda tesisatın ve inşaatın yapılaş tarzı mahallinde uzman bilirkişi ya da kuruluna inceletilmek, davalı kiracı ise TBK'nun 49. maddesi uyarınca kusur, ma-

lik ise aynı kanun'un 69. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğunun bulunduğu gösterilmek, zararın miktarı da tespit ettirilmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, eksik inceleme ile ve yazılı gerekçelerle hüküm tesisi doğru olmamıştır (11. HD. 18.2.2002, 9130/1365).

Davacı vekili, asıl ve birleşen davada, müvekkili nezdinde tüm işyeri sigorta poliçesi ile sigortalı olan işyerinde, davalıların maliki ve kiracısı oldukları üst kattaki konuttan sızan su nedeniyle 1.714.150.000.-TL. bedelinde hasarın oluştuğunu ve bu bedelin müvekkilince sigortalısına ödendiğini ileri sürerek, bu meblağın temerrüt faiziyle davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Bir binadan bir başka binaya, su sızması eylemi ile zarar verilmesi durumunda, kiracının TBK.'nin 49. vd. madde hükümlerine dayalı kullanıma ilişkin kusur sorumluluğu veya TBK.'nin 69. madde hükmünde yazılı, bina maliki olarak kusursuz sorumluluğu ya da her ikisinin birlikte sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre TBK.'nin 69. madde hükmü uyarınca, bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumludur. Bu maddedeki sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan "ağırlaştırılmış" bir kusursuz sorumluluk halidir. Bina içindeki su tesisatı da maddede açıklanan "imal olunan şey" kavramına dahildir. Diğer yandan, özel hukuk sorumluluğu bakımından her zaman kusur (kast veya ihmali) unsurlarının bulunması zorunlu değildir. Zararın, hukuka aykırı bir davranıştan doğması yani objektif koşulun gerçekleşmesi yeterli olup, ayrıca sübjektif koşula diğer anlatımla kusura ihtiyaç yoktur. Özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde durum böyledir. Zarar, ihmalden de kaynaklanabilir ve ihmali yapan sorumlu olur.

Bu açıklamalar çerçevesinde, somut olaya dönüldüğünde, hükme esas alınan makine mühendisi bilirkişinin raporunda, hasarın musluğun açık bırakılması sonucu oluştuğu hususunda, somut hiçbir gerekçe gösterilmediği gibi, raporda dayanılan ekspertiz raporunda da "Lava-bonun vanasının kapatılmış ve sökülmüş olduğu" yazılı olup, hasar nedeni hakkında başkaca somut bir açıklama bulunmamaktadır.

O halde, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, hasar nedeninin binanın yapımından ya da kullanımdan hangisi olduğunun açıkça ortaya konulması ve buna göre bina malikinin sorumluluğunun TBK.'nin 69. maddesi hükmüne dayalı olarak tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır (11. HD. 29.6.2006, 7308/7693).

Davacı vekili, davalıların maliki ve kiracısı buldukları daireden sıran suların, müvekkili şirkete sigortalı dairede neden olduğu hasar bedelinin sigorta ettirene ödendiğini ileri sürerek, 1.216,00 TL'nin temerrüt faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Dava, konut sigorta sözleşmesine dayalı alacağın rücuhan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacıya sigortalı konutun, davalıların maliki ve kiracısı oldukları dairede bulunan şofbenin borusunun patlaması nedeniyle akan suyun sızması sonucu hasara uğradığı tespit edildikten sonra, şofbenin mütemmim cüz 'değil teferruat niteliğinde olduğu ve menkul hükmündeki şofbenin davalı bina malikinin değil, kiracıların tasarrufunda bulunduğu gerekçesiyle, bina maliki davalı hakkındaki davanın reddine, kiracılar hakkındaki davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, binanın banyo küvet ve şofbenleri, TBK'nun 69. maddesi anlamında bina ve inşaa eseri, diğer bir deyişle yapı eseri sayılır. Dolayısıyla şofbenin bakım ve onarım yükümlülüğü davalı bina malikine ait olup, şofbenin neden olduğu hasardan dolayı, bina malikinin TBK'nun 69. maddesi anlamında sorumluluğu bulunmaktadır. Kiracılar ise ancak TBK'nun 49. maddesi anlamında bir haksız fiil işlemişlerse, bina maliki ile birlikte aynı Yasa'nın 61. maddesi uyarınca eksik teselsül hükümlerine göre sorumlu olurlar. (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bastı, Cilt-1, S: 636, 640)

Somut uyuşmazlıkta ise davalı kiracılar olay sırasında evde olmadıklarını bildirmişler, ayrıca bu hususta mahkemece görüşüne başvuru olan bilirkişi raporunda da, kiracıların sorumlu olabilmesi için ancak bir kullanım hatasının bulunması gerektiği, kiracılardan şofbeni ve borusunu devamlı şekilde kontrol ederek patlayıp patlamadığını belirlemelerinin mümkün olmadığı, dolayısıyla kiracıların bir kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı bildirilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı kiracıların TBK'nun 49. maddesi anlamında ihmal derecesinde dahi bir kusur ve sorumluluklarının bulunmadığı gerekçesiyle, davalı kiracılar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir (11. HD. 13.11.2006, 10876/11576).

Davacı vekili, müvekkiline dahili su basması teminatını da içe-

ren konut sigortası sözleşmesi ile sigortalı olan konutunda, davalıya ait/kullandığı konuttan sızan sularla meydana gelen hasar nedeniyle 834.614,00.TL. zarara neden olduğu ve bunun müvekkilince sigortalısına ödendiğini ileri sürerek, anılan meblağın temerrüt faiziyle davalıdan rücuen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Dava, konut sigortası sözleşmesine dayalı rücuen tazminat istemi-ne ilişkindir. Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak, davalının kiracı ya da bina maliki olup olmadığı belirlen-meksizin, yazılı gerekçelerle zarardan sorumlu tutulamayacağı sonu-cuna varılmış ise de bu sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Bir başka yer, su sızması nedeni ile zarar verilmesi durumunda, ya kiracının TBK.nun 49. vd. madde hükümlerine dayalı kullanıma ilişkin kusur sorumluluğu yada TBK.nun 69. madde hükmünde yazılı, bina maliki olarak kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu durumda, mahkemece, somut olayda davalının kiracı veya bina maliki olup ol-madığının belirlenmesi, TBK.nun 49 vd. yada 69. madde hükümlerine dayalı sorumluluğunun somut olay bakımından tartışılması ve sonu-cuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır (11. HD. 4.5.2006, 5109/5201).

Davacı vekili, müvekkili şirkete sigortalı işyerinin çatısının yağın kar nedeniyle çöktüğünü ileri sürerek, müvekkilince ödenen bedelin iş-yerinin maliklerinden rücuen tazminini istemiştir.

Davalılar vekili, dava konusu taşınmazın davacı şirketin sigorta-lısına kiralanmasından sonra, kiracının işyerinin çatısına tabela as-tığını, bu tabelanın karın aşağı kaymasına engel olup, biriken karın ağırlığının olayın meydana gelmesine neden olduğunu savunmuştur. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ve iki ek raporda, “çatının taşıyıcı sistem bakımından mühendislik, üst örtü tasarımı bakımından mimarlık ilke ve kurallarına uyulmadan yapıldığı, çatı yapıldıktan son-ra kendi ağırlığı altında durabildiği, üzerine kar yükü gelmesiyle çök-tüğü, geçerli yönetmeliklere göre çatının 75 kg/m²'lik kar yükünü taşı-ması gerektiği, çatıdaki aşırı yetersizlikler nedeniyle çatının çöktüğü ve bina sahiplerinin tam kusurlu olduğu” belirtilmiştir. Davacı tarafın yokluğunda bir kısım davalılar tarafından yaptırılan tespit sonrası dü-zenlenen 04.03.2003 tarihli bilirkişi raporunda da, bina çatısının, tespit tarihinden önce yaklaşık bir hafta süre ile devam eden kar yağışları sonucu çatı üzerinde biriken kar yüküne dayanamayıp çöktüğü kanı-sına varıldığı belirtilmiş, çatının ön tarafına konulan tabelanın çatının çökmesinde etken olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir.

Dava konusu işyeri çatısının mukavemeti, üst kısma konulan tabe-la dolayısıyla çatıyı ne kadar kar birikebileceği, tabela konulmasa idi, yağan kar dolayısıyla çatının çökme tehlikesinin var olup olmadığı tek-nik bir bilgi ve incelemeyi gerektirdiğinden, bu konuda uzman bilirkişi veya kişilerin görüşüne başvurulmalıdır. Mahkemece, bu yönde alınan bilirkişi raporu yeterli görülmediği takdirde, yeni bir uzman heyetten rapor alınması gerekirken, bilirkişi raporunun aksine, çatının ön tarafı-na konulan tabelanın olayın meydana gelmesinde en az %50 oranında etken olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görül-memiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir (11. HD. 20.2.2007, 11830/3191).

C. Davacı

Davacı, bir bina veya yapı eserinden zarar gören herhangi bir üçün-cü kişi (yani herkes), örneğin yoldan geçen veya binada oturan arkada-sını ziyarete gelen kişi veya kiracı, ya da yararlanma veya oturma hakkı sahibidir.

D. Davalı

1. Yapıdaki bozukluk sorunlarında: Davalı, bina veya yapı eserinin malikidir. Bina ve yapı eseri, yararlanma, oturma veya başka katlanma hak-kı sahibinin ya da kiracının “doğrudan egemenliği”nde olsa bile, yine malik sorumludur. Yapı veya yapımın bir bütün olarak özgülendiği amaç, yapı veya yapımı kimin yapmış olduğu, kimin eylemli egemenliği altında bulunduğu ve ondan kimin yararlandığı, bakımından kimin ilgilendiği ya da ilgilenmesi gerektiği gibi noktalar göz önünde bulundurularak, bir eseri kuran, onu kul-lanan, onun üzerinde eylemli olarak tasarruf eden ve onun bakım giderlerini karşılayan katlanma (irtifak) hakkı sahibi de, malik gibi sorumlu tutulabi-lirler. Yapı veya yapıdaki bozukluk daha önceden, yapı veya yapımı başka bir malikin elindeyken varsa ve yapı veya yapımın yeni malike geçmesinden sonra bu bozukluktan dolayı zarar meydana gelmişse, yeni malik, önceki malik zamanında varolan bu bozukluk nedeniyle kendi mülkiyet dönemin-de doğan zarardan sorumludur. Buna karşılık, zarar doğduktan sonra yapı veya yapım eserini devralmış olan malik, daha önceki dönemde meydana gelen zarardan sorumlu değildir. Davalı olacak malik, gerçek kişi olabileceği gibi, özel ve kamu tüzelkişileri de olabilir³¹.

2. Bakımdaki eksiklik sorunlarında: Yararlanma ve oturma hakkı sa-hipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte dayanışmalı olarak sorumludurlar (TBK. Md. 69/II).

31 Petek, 65.

E. Zamanaşımı

Maddi ve manevi zararların giderilmesine ilişkin davalar, zarar gören tarafın, zararı ve onu yapanı öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde zararı doğuran eylemden başlayarak on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Tazminat davası, ceza yasaları uyarınca daha uzun süreli zamanaşımına bağlı cezayı gerektiren bir eylemden doğmuş olursa, kişisel davaya da o zamanaşımı uygulanır.

Hukuka aykırı bir eylem, zarar gören tarafa karşı bir alacak doğurmuş olursa, zarar gören, kendisinin tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, o alacağı ödemekten kaçınabilir (TBK. md. 72).

TBK. md. 72'de öngörülen zamanaşımı süresi TBK. md. 70 uyarınca açılacak davalarda uygulanmaz, çünkü TBK. md. 70'in sağladığı hukuki korumayı isteme hakkı tehlikeli durum sürüp gittikçe vardır³².

Yargı Kararları

Davacı vekili müvekkili şirkete kasko sigortalı araç üzerine davalı İbrahim Akdere'nin oturduğu lojman balkonunun çökmesi nedeniyle hasara uğradığını belirterek sigortalıya ödenen hasar bedelinin ödeme tarihinden işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalıdan alınmasını istemiştir. Davacı sigorta şirketi, bu dava devam ederken, aynı olaydan dolayı, lojmanın maliki Vakıflar Bankası aleyhine tarihinde bir dava açmış ve eldeki dava ile birleştirmiştir.

Dava konut olarak kullanılan lojman balkonunun sigortalı araç üzerine çökmesi nedeniyle araçta oluşan hasarın tazminine ilişkin olarak açılmıştır. Bina sahibinin sorumluluğu TBK. md. 69 kapsamındadır. Buna göre bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından veya korunmasındaki kusurundan dolayı sorumlu olur. BK. md. 60'da düzenlendiği gibi, bina sahibinin sorumluluğu zarar ve failin öğrenilmesinden başlayarak 2 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Zarara konu olay tarihinde gerçekleşmiştir. İlk açılan dava tarihinde bina sahibine karşı, ikinci olarak açılan dava ise tarihinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne karşı açılmış ve her iki dava birleştirilmiştir. Davacı sigorta şirketi tarihinde sigortalısına ödeme yapmıştır. Zarara konu olay tarihi ve ödeme tarihi ile dava tarihi arasında 2 yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur (17. HD. 22.5.2007, 1314/1735).

32 Bilgen, 329.

Davacı vekili, müvekkili şirkete yangın poliçesi ile sigortalı olan dava dışı S. Oğlu Yalısı'nda, davalıların yalısında çıkan yangın nedeniyle hasar meydana geldiğini, hasar nedeniyle sigortalısına... Lira ödediğini ileri sürerek, bu miktarın 5.8.1992 tarihinden itibaren davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili cevabında, davanın zamanaşımı nedeniyle reddini istemiştir. Mahkemece; iddiaya, savunmaya ve toplanan delillere göre; davalının zamanaşımı itirazının süresinde olduğu sonradan verilen itiraz dilekçesinde açıkça karşı çikılmadığı, davacı sigortanın zararı en geç ekspertiz (uzman incelemesi) raporunun düzenlendiği 10.7.1992 tarihinde öğrendiği TTK'nun 1472 ve TBK'nun 69 ve 72. maddeleri uyarınca zamanaşımı süresi zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren iki yıl olduğu, dava tarihine kadar bu sürenin fazladan geçtiği gerekçesiyle davalı R. hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, diğer davalılar hakkındaki davanın ise açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Zamanaşımı savunması, ilk itirazlardan olmamakla beraber, uygulama ve öğretiye göre, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Zamanaşımı savunmasının yargılamanın ileri aşamalarında ileri sürülmesi halinde, diğer tarafça, yani davacı tarafça, savunmanın genişletildiği biçimde yapılan bir beyanı ile itiraz edilmediği sürece, davalının zamanaşımı savunmasının da, kabul edilmesi gerekir.

Somut olayda, davalı R.'ye 13.3.1995 günlü oturum için dava dilekçesi tebliğ edildiği halde, bu davalı, davaya cevap vermemiştir. Her ne kadar 8.2.1995 günlü cevapta, davalılar bölümünde "T., T., vs." yazılmış ise de, bu açıklamada, davalı R.'nin isminin açıklanmadığı ve cevabın içeriğinde de, bu son davalının savunmasından söz edilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, davalı R.'nin 8.2.1995 tarihinde cevap vermediği anlaşılmıştır. Cevap süresi geçtikten çok sonra, davalı R. adına avukat D. tarafından, 7.6.1995 tarihli oturumda, 8.2.1995 günlü cevap dilekçesinde yollama yapılarak cevap verilmiştir. Ayrıca, 7.6.1995 günlü oturumda, davacı vekili, davalı R.'nin "münkir olduğu ve kabul etmediklerini" açıklamıştır. Bu durumda, davalı R.'nin süresi içinde cevap vermediği ve davacı tarafın savunmanın genişletilmesine izin vermediği anlaşılmıştır (11. HD. 7.3.1996, 8578/1470).

F. Görevli Mahkeme

Görevli mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun göreve ilişkin kurallarına göre belirlenir: Asliye Hukuk Mahkemesidir.

G. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme, davalının ikametgâhının bulunduğu veya haksız eylemin meydana geldiği yerdeki mahkemedir.

H. Davanın Niteliği

Dava, tazminat davasıdır. Zarar tehlikesiyle karşılaşan kişiye “eski halin iadesi davası” açılmaz.

I. İdari Yargı-Adli Yargı

TBK. md. 69’un uygulanacağı davaların adli yargıda mı yoksa yönetsel yargıda mı görüleceği her zaman açık ve belirli olmayabilir; kimi vakit karmaşık bir durum söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda uyumsuzluğun yönetsel olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bir örnek verelim: Bay (X)’in istemi üzerine Belediye’nin yola mıcır dökmesi sonucunda (M), aracının kayması sonucu maddi hasarlı zarara uğramış, bu zararının ödetilmesini istemiştir. Bir kamu kurumu tarafından kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğü yine kamu yasalarından doğan bir yükümlülüktür. Öyleyse anılan nitelikteki bir kamu tesisinin gerek yapılmasındaki gerekse kullanılması veya korunmasındaki kusurdan doğan zararlar bulunduğu onların ödetilmesi istekleri 11.12.1959 günlü ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluşturur. Örneğimizde davacı, davalı Belediye Başkanlığının diğer davalının istemi üzerine yola mıcır dökerek gerekli önlemleri almadığı bu nedenle kaza yaparak aracının hasarlandığını öne sürerek zararının ödettirilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının istediği davalı Belediye tarafından yapılan çalışmanın plan ve projeye dayanıp dayanmadığı başka bir anlatımla idari yargının görev alanında kalıp kalmadığı diğer davalı yönünden ise TBK’nın 69. maddesi anlamındaki “tesisin muhafazasındaki kusur” yönünden sorumluluğunun oluşup oluşmadığı araştırılacaktır³³.

Devlet ve yerel yönetimler, kamuya özgülünen yol ve köprü gibi yapılardan bunların maliki gibi ve sanayi işletmelerinden de onların şefi gibi sorumludurlar³⁴.

Sahibi kamu kurumu olan yapı veya yapılardan doğan sorunu, 11.2.1959 gün ve 17/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını dikkate alarak şöyle ele alabiliriz:

1. İdari karara ve projeye uygun olarak yapılmış yapı ve yapılardan bir zarar doğmuşsa bu bir hizmet kusuru sayılmalı ve dava idari yargıda açılmalıdır.

33 17. HD. 27.12.2004, 14275/14095.

34 Velidedeoğlu/Özdemir, 152.

2. Zarara yol açan yapı veya yapım kamu kurumunun “özel mülkü” ise, TBK. md. 69 uygulanacaktır.
3. Zarara yol açan yapı veya yapım kamu kurumunun özel mülkü olmakla birlikte, idari karara, plan veya projeye aykırı yapılmış ise TBK. md. 69 uygulanacaktır.

Yargı Kararları

Davacılar, davalı idareye ait okulda öğrenimini yapan desteklerinin, beden eğitimi dersi için spor salonuna giderken, iki bina arasındaki geçidin iyi yapılmamış olması ve bu haliyle kullanılmış bulunması sonucu düşüp öldüğünü ileri sürerek uğradıkları maddi ve manevi zararların giderilmesini istemişlerdir. Mahkeme olayda davalı idareyi TBK.’nın 69. maddesi hükmüne dayanarak suretiyle sorumlu kabul ederek işin esası hakkında hüküm kurmuştur.

Davaya konu zarar, devlete ait bir binanın kusurlu yapılması ve kullanılmasından kaynaklandığına göre, BK.’nın 58. maddesinde düzenlenen esas malikinin (kusursuz)sorumluluğunun olaya uygulanıp uygulanmayacağı öncelikle tartışılmalıdır. Devlet malları, kamu malları ve özel mallar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayırımdan hareket edildiğinde; kural olarak, Devlet mallarının kullanılması nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan doğan sorumluluğun ona göre incelenmesi gerekir. Ne var ki, kamu-özel mal ayırımı, Türk Pozitif Hukuku’nda bir sorun olarak güncelliğini korumaktadır.

1- Bir malın mahiyeti itibarıyla özel mülkiyete konu olup olamayacağına belirlenmesi gerektiği veya 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu’nun 23. maddesi gereğince tapuya tescil edilen Devlet mallarının, bu tescil sebebiyle özel mülk niteliğinde olacağına dair (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 28.12.1979 gün ve 13010/1476 sayılı kararında ki) ayırım ve yorum, yeterli görülmemiştir (S.Sami Onar, idari hukuk esasları-1966-C: II,sh:1300-1301; H.Tandoğan, kusuru Dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk 1981-sh: 194-196). Gerçekten böyle bir ayırımın, kamu mallarının alanını çok daraltacağını ve İdare Hukuku kurallarıyla uyum sağlanamayacağını kabul etmek gerekir; diğer taraftan 11.2.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da bu yargıyı güçlendirmektedir.

2- İdari hukukunun temel kavramlarından kaynaklanan “tahsis görüşü”, malın tahsis yönünü esas alır. Ona göre kamu hizmetlerine tahsis edilen mallar, artık özel hukukun mülkiyet kurallarına değil, idare hukukunun “kamu hizmetleri kurallarına” bağlı olmalıdır. Bu gibi mallar, kamu malı olarak nitelendirilirken; Devlet malı olmakla

beraber, kamu hizmetlerine tahsis edilmeyen işlerde kullanılan veya yalnız gelirlerinden yararlanan mallarda Medeni Hukuk hükümlerine tabi tutulmaktadır.

Bu görüş, kamu mallarının alanını gereğinden çok genişlettiği veya aynı nitelikte malları ayrı hukuk sistemi içine sokması bakımından eleştirilmiştir: Gerçekten kamu hizmetlerine tahsis edilmiş her malın kamu hukuku kurallarına bağlı tutulmasının haklı bir nedeni yoktur. Kiraya tutulan ve kamu hizmetine tahsis edilen bir özel mülk ile aynı hizmeti gören bir devlet malının ayrı ayrı hukuk sistemine tabi tutulmasının yarattığı çelişki de önemlidir. (s.Onar, age. 1302). Diğer taraftan bu görüş benimsenirse, Devletin kat mülkiyetine göre edindiği ve kamu hizmetine tahsis ettiği mallar da sorun çıkar; çünkü kat malikleri arasında yasa ile bir özel hukuk ilişkisi kurulmuştur.

3- Bir malın, “kamu hizmetine tahsis edilmiş olmasının yanında aynı zamanda o malın umumun kullanma ve yararlanmasına açık olması”, ölçü olarak alındığında gerekçelere ve ihtiyaçlara daha uygun olduğu söylenebilir. Ne var ki, böyle bir kabul de, askeri sahalar gibi yerlerle ilgili konularda sorunlara cevap vermek zorlaşır.

4- Devlet mallarının niteliklerinin ayırımında öne sürülen bir başka görüş, mal ve kamu hizmeti arasındaki ilişkiyi esas almaktadır. Mal kamu hizmetinin görülmesinde önemli rol oynuyorsa, kamu malıdır. Burada malın, yalnız kamu hizmetine tahsis edilmiş olması, onun kamu malı olması için yeterli değildir; bunun yanında malın hizmetin bir unsuru veya onun tamamlayıcı parçası olması da gereklidir.

Bu son görüş özellikle takdire daha fazlaya yer vermesi bakımından tenkit edilebilirse de, İdare Hukuku kurallarına dayanan görüşleri birleştirici nitelikte bulunması ve ihtiyaçlara cevap vermesi açısından diğerlerine göre daha olumlu karşılanmıştır (Onar, age. sh: 1303-1304 ve 1312-1313).

Bilindiği gibi Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının kamu malları üzerindeki haklarının niteliği de tartışmalıdır. Ne var ki, bu yolda ağırlık kazanan görüşlerin hemen hepsi, Devletin kamu malları üzerinde özel mülkiyete benzemeyen ondan ayrılan bir hakkı olduğunu kabul ederler. Bu şekilde ortaya çıkan hakkın kaynağı ise idare hukukudur; çünkü Devlet bu mallar üzerinde malik sıfatıyla değil, özel hukuk dışındaki ve idare hukukundan kaynaklanan tasarruflar yapabilmekte; aynı zamanda bunların idare ve muhafazasında amme kudreti söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, Devlet mallarının ayırımında, idare hukukundan kaynaklanan görüşlerin ölçü alınması gerektiğinden, Dairemizin

Medeni Hukuk'a ağırlık veren 28.12.1979 gün ve 3010/1476 sayılı kararındaki içtihadının (bkz. Yargıtay Kararları Dergisi C. 6, 1980, s.7, sh.989 vd.)örnek bağlayıcı niteliği kalmamıştır.

Gerçekten özellikle malın tahsis şeklini ve maldan yararlanmaları esas alan görüşlerin ortaya çıkardığı çelişkileri ve sorunları büyük ölçüde gideren ve Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın da benimsediği birleştirici ve tamamlayıcı görüşün (age.sh.1311-1312)ölçü alınmasında yarar vardır. Bu idare hukuku ağırlıklı görüşe göre, kamu tüzel kişilerinin ellerinde bulunan mallardan, kamu tarafından yararlanılanlarla bir kamu hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlar, kamu malıdır. Burada kamu malı, kamu hizmetinin içinde tamamlayıcı parça olarak yer almaktadır. Ondan ayrılması halinde kamu hizmeti aksayacak, gereği gibi görülemeyecekse artık ortada bir kamu malı söz konusudur. İşte bu nitelikteki malları idare hukuk kurallarına tabi tutmak gerekir.

Bu görüşe göre örneğin; denizler, göller, akarsular, yollar, meydanlar askeri sahalar, hastane, okul, adliye, hükümet binaları, belediye, kışla gibi kamu hizmetiyle sıkı sıkıya bağlı onun tamamlayıcı parçası olmuş taşınmazlar kamu malı sayılacaktır. Asıl olan, kamu hizmetlerinin amacına, onur ve gelişmesine ve ihtiyaçlarına uygun binalara ve araçlara sahip olmasıdır. Örneğin, adliyenin bazı yerlerde iş hanlarından bozma binalarda görev yapması, Devlet malı olan adliye binalarının bu statüye girmeyeceğini göstermez; aksine bu tip binalarda görülen yargı hizmetinin aksaması olgusu, bunların kamu malı olduğunu kanıtlar.

Diğer taraftan Devlete veya bir kamu tüzel kişisine ait idari bir hizmeti gören bir birimin, özel nitelik istemeyen bir binada çalışmasının görevi ve hizmeti aksatması söz konusu değilse (örneğin, belediye zabıtasına ait bir bina gibi) veya herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi içinde tamamlayıcı parça olarak yer almamış (memur konutları, dinlenme tesisleri gibi) binalar söz konusu ise; artık idare hukuku kuralları değil, özel hukuk kuralları ile çözüm aranmalıdır.

Bu yorum ve görüşün takdire (diğerlerine göre daha fazla) yer vermesi doğrudur. Ne var ki, hukukta takdir hakkının kullanıldığı pek çok alan vardır. Aslında takdir hakkının (iyi kullanıldığında)hukuku geliştirdiği ve ihtiyaçları daha doğru ve iyi cevap verdiği de unutulmamalıdır. Bu nedenle burada ortaya çıkan "takdir hakkını" bir sorun olarak görmemek gerekir.

Olayımızda davacıların çocukları, Devlete ait okul binasının iyi yapılmaması ve o durumda kullanılması sonucu olarak düşerek öldüğü

öne sürülmüştür. Okul binaları, eğitim hizmetinin görülmesinde onun tamamlayıcı bir parçasıdır; uygun ve özel nitelikteki binalarda yapılmadıkça bu hizmetin aksaması kaçınılmazdır. Bu nedenle okul olarak yapılmış binalar, tipik kamu malıdır. bunların kullanılması ve muhafazasından doğan zararlarda TBK.nun 69. maddesi hükmünün uygulama alanı bulacağı düşünülmemelidir. Aksine kamu malının kullanılmasından doğan zararlarda sorumluluk, idare hukuku esaslarına göre belirlenmelidir. Bunun inceleme yeri ise, adli yargı değil, idari yargıdır. Yasalarda özel hüküm bulunan hallerde (Kamu İktisadi Kuruluşları'nda olduğu gibi), kamu kuruluşlarına ait binalardan doğan zararlarda özel hukuk hükümleri uygulanabileceği de unutulmamalıdır. O halde mahkemenin, işin esasını inceleyip Devlet aleyhine hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır; hüküm, dava dilekçesi görev yönünden reddedilmek üzere bozulmalıdır (**4. HD. 20.5.1985, 398/5074**).

Davacılar, davalının hukuka aykırı davranmak suretiyle desteklerinin ölümüne neden olduğunu belirterek, maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, davanın idari yargı yerinde bakılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir.

Dosyadaki kanıtlara göre davaya konu edilen zarar doğuran eylemin, Devlet Demir Yollarının, karayolu ile kesiştiği hemzemin geçit (demiryolu geçidi) olarak isimlendirilen noktada meydana geldiği tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön böyle bir noktada oluşan kaza sonucu doğan hukuki uyuşmazlığın adli yargı yerinde mi, yoksa idari yargı yerinde mi çözümleneceğidir.

Yerel mahkeme, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği gerekçesi ile davayı yargı yolu bakımından reddetmiştir. Uyuşmazlık mahkemesinin gerekçesinde, üstün yolun Devlet Demir Yolu olduğu, bu bakımdan da hemzemin geçidin düzenlenmesinin adı geçen kuruluşa ait bulunduğu, bu sorumluluğu yerine getirmemekle hizmet kusuru işlediği hususu yer almaktadır. Gerçekten Devlet Demir yolunun işlettiği araç itibarıyla üstün geçiş hakkı bulunduğu ve hemzemin geçitteki düzenlemenin onun tarafından yapılması gerektiği biçimindeki düşünceye katılmaktayız. Ne var ki belirleme biçimi uyuşmazlığın yargı yolu bakımından çözüm yerini belirtmeye etkili değildir. Diğer bir anlatımla, her kamu hizmeti yapan kurumun hizmet kusurunun bulunması durumunda bundan doğacak uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümleneceği sonucunu doğurmaz. Kamu kurumuna ait bir aracı kullanan kamu görevlisinin eylemi de idari bir nitelik taşıyıp

hizmet kusurunu oluşturabilir. Ancak bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceği 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasa'sınının 106. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, davaya konu olan olaya, 2918 sayılı Yasa hükümleri çevresinde çözüm getirilmesi gerekmektedir.

Anılan yasanın 2. maddesinde hiçbir ayırık durum gösterilmeden kanunun Karayollarında meydana gelen trafik olaylarında uygulanacağı belirtildikten başka bu kural biraz daha genişletilerek aynı maddenin (a) ve (b) fıkralarındaki durumlarda da uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, akaryakıt servis istasyonları gibi yerler ile birlikte ve özellikle karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerlerde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı yasanın 3. maddesinde yasanın uygulanmasında göz önünde tutulması gereken tanımlar içinde Demiryolu geçidi (hemzemin geçit) tanımı da verilmiş ve bunun karayolu ile demiryolunun kesiştiği bariyerli ve bariyersiz geçit olduğu ifade edilmiştir.

Açıklanan şu yasal düzenleme itibariyle, karayolu üzerinde meydana gelen eylemlerden doğan olayların yarattığı uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olacağı yasanın düzenleniş biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. Hemzemin geçit karayolu ile tren yolunun kesiştiği bir geçit olarak, o kesimin veya o noktanın Devlet Demir Yoluna ait olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, o noktada meydana gelen eylemin karayolu dışında oluştuğu sonucunu da doğurmaz. Bu bakımdan hukuka aykırı eylemin 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana geldiği kabul edilmeli ve uyuşmazlığın çözüm yerinin aynı yasa gereğince adli yargıda sonuçlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Kaldı ki, dairemizin kuruluşundan bu yana, bu tür uyuşmazlıklar adli yargı yerinde bakılıp çözümlenmiştir. Yeni ve değişik bir yasal düzenleme olmadan bu güne kadar istikrarlı biçimde yürüyen bir uygulamanın değiştirilmesi hukuki istikrarı ortadan kaldırır.

Açıklanan nedenlerle uyuşmazlığın Karayolları Trafik Yasasındaki hükümler uyarınca çözümlenmesi gerektiği, anılan yasanın kapsamındaki eylemlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin de adliye mahkemeleri olduğu düşünülerek işin esasına bakılarak varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir (**4. HD. 22.6.2000, 5863/6153**).

V. Zarar Tehlikesini Önleme Hakkı

Zarar Tehlikesini Önleme Hakkı

“Bir yapıdan veya başkasınca meydana getirilen yapılardan doğacak bir zararla karşı karşıya bulunan kimsenin, tehlikeyi gidermek için gerekli tedbirleri alınmasını malikten isteme hakkı vardır.

Kişilerin ve malların korunmasına ilişkin kamu hukuku kural-ları saklıdır.” (TBK. md. 70).

Bina veya yapı eserinden henüz bir zarar doğmamasına rağmen, zararın ortaya çıkma tehlikesi baş göstermişse, bu tehlike karşısında, başta komşu taşınmaz maliki olmak üzere herkes, malikin tehlikeyi önlemesini isteyebilir. Bu kuralın uygulanabilmesi için, tehlikenin, yapım eksikliği veya bakım eksikliğinden kaynaklanması zorunlu olmadığı gibi, malikin kusurlu olması da zorunlu değildir; bina veya yapı eserinin tehlikeli bir durum göstermesi yeterlidir³⁵.

Yapı veya yapımlar tehlike arz ediyorsa, bu tehlikeden zarar görebilecek durumda olan kimse, tehlikeyi önleyici tedbirleri almasını malikten isteyebilir.

Yapı veya yapımın arzettiği tehlikenin nedeni bir yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı olmasa ve tehlikeli bir durum meydana gelmesinde malikin hiçbir kusuru bulunmasa bile, malikten tehlikeyi giderici tedbirleri alması istenebilir (TBK. md. 70).

Zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişiler, TBK. md. 113'te yazılı olanaktan yararlanarak, giderleri malike ait olmak üzere tehlikenin kendisi tarafından giderilmesine izin verilmesini isteyebilirler.

Tehlikeye maruz kalan kişi mahkemeye gitmeksizin, gerektiğinde yetkili kamu makamlarına başvurarak tehlikenin ortadan kaldırılmasını isteyebilir.

35 Petek, 49.

UYGULAMADA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Av. Ahmet AYDIN¹

Bir gün büyük bir düşünür ‘Usul; özgürlüğün teminatıdır, keyfiyetin en büyük düşmanıdır, usul hukuku özgürlük hukukudur, usul (yöntem) kurallarına uyulmadan delil toplanır, kişi suçlanırsa da karar çıkar, ama bu kararın adil olması beklenemez’ demiştir, usul kuralları özgürlüğün teminatıdır, çünkü kişi Ceza Kanunlarına bakarak ne kadar ceza alacağını görür, ama usul kurallarına bakarak, bu cezanın kendisine nasıl verileceğini, haklarının ne olduğunu görür, kısaca, yöntem herkes için aynı olduğundan objektif, Ceza Kanunlarıysa her olaya göre değişeceğinden tamamen subjektiftir.

Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, delillerin değerlendirilmesi açısından “vicdani delil” sistemi benimsenmiştir. Böylece yargıç, Cmk. md. 217/1 gereği toplanan delilleri serbestçe değerlendirebilecek ve ispat kurallarına bağlı olmaksızın hüküm kurabilecektir. Her ne kadar sistem Delil Serbestisini öngörmüşse de, delil toplama ve bunları değerlendirmeye ilgili kabul edilen bu sistem sınırsız değildir. Bu noktada getirilen en önemli sınırlama, ceza yargılaması normlarında öngörülen yasaklara ve delil elde etme yollarına aykırı olarak toplanan delillerin, yani hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaması ve delil olarak kabul edilmemesi şeklinde gösterilmiştir. Tam da bu noktada sıkıntılar baş göstermekte olup, doktrinde ‘Herşey ortadaysa Pire için yorgan mı yakılır’ gibi her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılmalı gibi skolastik bir düşünce de mevcuttur.

Bu teorik sınırlamanın sonucu olarak, hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması ve yargılamada şu veya bu şekilde yapacağı etkiyle kullanılmasının mümkün olduğu kadar baştan engellenmesi gerekir. Çünkü hukuka aykırı delil dosyada kaldığı müddetçe, bir karine biçiminde dahi olsa yargı makamına yönelik etkisinin gündeme gelebileceğini unutmamak gerekir. Bu sebeple, yargının tarafsızlığını zedeleyebilecek bu tür olumsuzlukların önlenimin alınmasında yarar vardır, fakat bu düşüncenin aksine bizim sistemimizde dosyanın içine giren her şey hükme esas alınmasa da ceza dosyasında bulundurulur, mesela; kolluk memurunun

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

usule uygun olsun olmasın, bir kişi hakkında yazdığı alelade bir tutanak, soruşturma dosyasının içine giriyor, savcı bu evraka ehemmiyet verse de vermese de, İddianame ekleriyle beraber mahkeme dosyasının içine giriyor, hükme esas alınmasa da dizi pusulası içinde Yargıtay'a kadar gidiyor, tüm bunlara rağmen bir kişi çıkıp da, bu evrak neyin nesi, usulde bunun yeri var mı, evrakın üzerinde birilerinin imzası var mı, kim tarafından bu evrak buraya konuldu denilmiyor ve belki de masumun beraat etmemesinde bu adi kağıt parçası büyük rol oynuyor, çünkü hukuka aykırı delille hüküm arasında nedensellik bağı mevcuttur. Bu durumda sanık yararına getirilmiş olan bir güvenceye aykırılık mevcuttur. Daha doğrusu, mahkeme iddiayı sadece onaylamıştır, yani birilerinin hukuksuz delilleriyle öne sürdüğü vakıyı mahkeme kabul etmiş, onaylanmış oluyor.

Bir ceza yargılamasında yargıçtan beklenen de, hukuka aykırılıkları söz konusu edilen bulguların hukuka aykırı elde edilip edilmediğini araştırma ve hukuka aykırı elde edildiği konusunda tespit yapıldığıdaysa, bu delilleri yargılama dışına çıkarmaktır. İşte tam bu sırada akla gelen Angolo Amerikan sisteminde bulunan Hukuka Aykırılıklar Mahkemesidir, Amerika Birleşik Devletleri'nde, eyalet suçlarında bile eğer dosyadaki delillerden Hukuka Aykırılık İddiası varsa, dosya derhal Hukuka Aykırılıklar Mahkemesi'ne sevk edilmekte, buradaki İhtisas Yargıcı, delilin Hukuka Aykırı olarak elde edilip edilmediğine karar vermekte ve gerekli ayıklamaları yapılarak kararı verecek hakimin doğrudan olmasa da bu tür delillerden etkilenmemesini sağlanmaktadır. Buna rağmen Türk Ceza Yargılamasında hala daha doktrinde Gerçek görmezden gelinemez diyenler vardır, o zaman hukukçulara ne ihtiyaç vardı, bana kalırsa maddi gerçeğe pek ala polisler de ulaşabilir, suçlunun cezasını da onlar da pek iyi şekilde verirler ve ülke Hukuk Devleti değil, Polis devleti olurdu. Bugün insanlığın geldiği en son noktada bu tür delillerin Adaleti tesisi değil, bilakis Hukuka ve Hukuk Devletine duyulan güveni sarstığı kabul edilmiş olup, kanuna aykırı telefon dinlemeleri de bunun en çarpıcı örneğidir.

Doktrinde, hazırlık tahkikatı veya davanın görülmesi sırasında “delilin dosyadan çıkarılması” adı altında açılacak bir tali ceza davası yoluyla yasak delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür.² Elbette, hukuka aykırı delillerin dosya dışına çıkarılmasında tali ceza davası yolu uygulanabilir.

Sonuç olarak Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda, toplanan bir bulgunun kovuşturma aşamasında delil olarak değer taşıyabilmesi için, mut-

2 (Friedrich Christian Schroeder - Feridun Yenisey, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial) İstanbul, 1997, s. 83 ve 96 -97)

lak şekilde kanun hükümlerinde gösterilen usul ve esaslara uygun elde edilmesi gerekmektedir.

Cmk. md. 288'de "Temyiz nedeni" başlığıyla Temyiz açıklanmış ve "Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır" denilmiştir. Cmk'nın "Hukuka kesin aykırılık halleri" başlıklı 289/1-i'ye göre, "Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" gösterilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, temyiz aşamasında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanmak suretiyle hüküm tesis edildiğinin belirlenmesi halinde, yerel mahkeme kararının mutlak biçimde bozulacağına işaret edilmiştir.

Günümüzde "Hukuka Aykırı Deliller" konusunda Türk Ceza Yargılamasında uzun tartışmaları ve birbirinden keskin şekilde ayrılan farklı görüşleri bulabilmek pek mümkün değildir Cmk ve Anayasa bunun sınırını sert bir şekilde çizmiş ve bunun da herhangi bir kıyasa mahal verilmemesini öngörmüştür.

Hukuka Aykırı Delillerle yargılama yapılamayacağı ülkemizde ilk defa 18.11.1992 tarih ve 3842 Sayılı Kanun'la şu an yürürlükte bulunmayan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na eklenen 135/a ve 254/II. maddeler ve sonrasında 03.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanunun 15. maddesiyle 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına eklenen hüküm gereğince, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda hukuka aykırılıkları tespit edilen delillere şu veya bu şekilde dayanılabilmesinin ve değerlendirilmeye alınabilmesinin yolu tümüyle kapatılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun md. 148, 206/II-a ve 217/2 hükümleri de, aynı şekilde hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hiçbir şekilde kullanılmayacağına ve delil olarak değerlendirilemeyeceğine işaret etmiştir. Başka bir anlatımla, eğer toplanan bir delilin kanun hükmünde gösterilen şekilde elde edilmediği belirlenmiş ise, o aykırılığın önemli-önemsiz, büyük-küçük veya isnada konu suçun doğrudan-dolaylı veya tek başına-yan delillerle ispatlanıp ispatlanmadığına bakılmaksızın göz ardı edilmesi, yani yargılamada kullanılmaması ve mahkeme kararı üzerinde etkili olmaması gerektiği anlaşılmalıdır. Bu kapsamda belirtmeliyim ki, kişi hak ve hürriyetine müdahalede idarenin ve dolayısıyla savcılık makamıyla kolluk kuvvetinin yetkisizliği esas olup, yetkili kılınması sadece Anayasaya uygun şekilde yürürlüğe konulan kanun hükümlerine bağlı tutulmuştur. Savcılık makamı ve kolluk kuvvetinin kişi hak ve hürriyetine yönelik müdahalesi, ancak bir delilin ve/veya failin elde edilmesi amacıyla o müesseseyi düzenleyen kanunda gösterilen sıkı şartlara bağlı kalmak kaydıyla hukuki

açından geçerli ve kullanılabilir olacaktır. Belirttiğim bu esas dışında kalan her türlü müdahale, ispat kuvvetine haiz olup olmadığına bakılmaksızın ve yargının tarafsızlığının zedelenmesine dahi müsaade edilmeksizin reddedilecek, yani hukuka aykırı yöntem ve sonuçları değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır, fakat Türk Ceza Mahkemelerinde ‘Her ne kadar işbu delillerin hukuka aykırı olarak tertip edildiği aşıkarsa da, suçun vasıf ve mahiyeti, delillerin esasa etkisi bakımından, sanığın suçu işlememiş sayılması mahkemenin maddi gerçeği bulma ödevini değiştirmeyecektir’ şeklinde kararlara sık sık rastlanmaktadır. Yani birtakım mahkemeler, elde edilen delillerin hukuka aykırılığını kabul ediyor, fakat bu durumun maddi gerçeği değiştirmedini savunup, evrensel hukuk kurallarına ve emredici hükümlere rağmen, kanuna aykırı davranmaktadırlar. İşkenceyle, yasak yöntemlerle alınan ifadelerin geçersiz olduğunu bizim mahkemelerimiz bir zamanlar kabul etmiş olsalardı, ya da bu şekilde toplanan delilleri bu evrensel kurala uyararak dikkate almasalardı, bugün gelinen noktada Hukuka Aykırı Delillerin tartışması bu seviyede olmayacaktı, yani bazı mahkemelerin kanuna rağmen alışılmışın dışına çıkmamaları, ezberlerini bozmamaları tüm yargı sistemine tezahür etmiş, böylelikle de sakat yargılamalar artık herkes için normalleşmiştir.

Hukuk kuralının ihlali önem taşıyan veya taşımasını, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delili, “önemsiz hukuka aykırılık” veya “küçük hukuka aykırılık” veya “sanık haklarını ihlal etmeyen hukuka aykırılık” gibi birtakım objektif olmayan içerik taşıyan kabul edilemez ölçütler koyarak, sözde adaletin sağlanması esasını ön plana çıkarıp, “hukuk devleti” ilkesini göz ardı etmek suretiyle hukuka uygunmuş gibi ceza yargılamasında kullanmaya kalkışmanın savunulabilir bir yanı yoktur.

Buradaki amaç, sanığı korumak veya gözetmek değil, bir hukuk sisteminde yürürlükte olan ceza yargılaması normlarının öngördüğü usul ve esaslara uygun davranmak ve bu normlar uyarınca toplanan delilleri ceza yargılamasında kullanmaktır.

Önemli olan Hukuka aykırı delillerle bir kişinin ceza alması ya da dosyada bu deliller mevcut olduğundan kişinin beraat etmesi değil, burada önemli olan, bir delilin elde edilme biçiminin ve temelinin hukuka uygunluk taşıyıp taşımadığıdır. Bir delile ulaşma şekli hukuka uygun değilse ve o delilin temeli çürükse, artık o delilin şu veya bu şekilde yargılamada değerlendirmeye alınmaya çalışılması hata olacaktır. Mesela, sanıktan elde edilen ifadeye hukuka aykırı yollardan ulaşıldığı sonucuna varılırsa, artık bu ifadeden yola çıkılarak elde edilen delillerin de hukuka uygunluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, ne pahasına olursa olsun

gerçeğe ulaşmak ve bir günah keçisi bulmak amaç olmadığına, hukuka aykırı uygulamaların önünü açmamak ve hukuka uygunluğu sağlamak, hukuk kuralları çerçevesinde adalete ulaşmak amaç olduğuna göre, izlenecek bu maksattan “deliller” konusunda da sapmamak gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.10.1993 tarihli kararında, sanıkların kolluktaki baskıya dayalı ikrarlarının delil olarak kabul edilmesini ve mahkumiyet kararı verilmesini hukuka aykırı bularak, bozma kararı vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.10.1993, 1993/6-192 E., 1993/217 K., Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 3, Ankara, Mart 1994, s. 450-452).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 tarihinde, “hukuka aykırı deliller ve değerlendirilmesi sorunu” hakkında son derece çarpıcı, yön verici ve yargı kararları bakımından meseleye çözüm getirici bir karara varmış bulunmaktadır. Hukuka aykırı yapılan bir arama kararı ile delillerin hukuki niteliğinin tartışıldığı kararda, pozitif hukuk kuralları, uygulama ve bilimsel görüşler ortaya konulmuş ve hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukukunda dikkate alınmaması gerektiği sonucuna varılmıştır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005, 2005/7-144 E., 2005/150 K.).

Hukuka aykırı delili dosyada tutmakla yargı makamı, kendisini etki altında bırakabilecek ve her zaman iddiaya dayanak olarak kullanılmaya müsait hukuka aykırı bir delilin doğrudan doğruya olmasa bile, dolaylı tesiri altında kalabilecektir. Vicdani delil sisteminin benimsendiği Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda esas olan ve “hukuk devleti” ilkesi çerçevesinde yargı makamında beklenen, hukuka uygun gerçekleşmesi gereken bir yargılama yolu ve neticesinde adaletli sonuca ulaşmak olmalıdır.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan masumiyet karinesi, bir kimsenin hakkında mahkumiyete dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadıkça suçlu kabul edilemeyeceği ve masum muamelesi göreceği anlamı taşıdığına göre, hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan bir delilin etkisiyle bu karinenin bozulmasına neden olunması, ceza yargılaması açısından ciddi bir hukuki sakatlığı gündeme getirecektir.

Türk Ceza Yargılaması Hukuku uygulamasında, hukuka aykırı delillerin dava dosyasından maalesef çıkarılmadığı, hatta bu konuda yeterli ve dayanak teşkil edecek hukuki düzenleme olmasına rağmen ciddi bir çabanın ve inancın sağlanamadığı, dolayısıyla hukuka aykırı olan delillerin dava dosyasında bulunduğu sürece iddia ve özellikle yargı makamının etkilendiği görülmektedir.

PARA BORÇLARINDA BORÇLU TEMERRÜDÜ HALİNDE ALACAKLININ MUNZAM ZARARININ TAZMİNİNİ İSTEYEBİLMESİ KONUSUNDAKİ YARGITAY UYGULAMASI

Av. Gökhan ÖNDERİ¹

GİRİŞ

Para, ekonomik yaşamın temel mübadele aracıdır. Bu doğrultuda kanunda düzenlenen ya da sözleşme serbestisi doğrultusunda oluşturulan pek çok sözleşme ilişkisinin temel edimidir. Paraya kavuşmak için, taşınır, taşınmaz mal satılır, kiraya verilir, hizmet sunulur, eser imal edilir. Hatta para elde etmek için para, hukuk dışı günlük tabiriyle satılır; hukuki deyimle faiz karşılığı ödünç verilir. Bu gerçek karşısında para alacaklılarının edimlerine kavuşabilmeleri ekonomik ve sosyal yaşamın sürdürülebilmesi yönünden hayati önem taşır. Bu sebeptendir ki parasızlık borçluyu kurtarmaz. Para borcunun ifasında imkânsızlık olmaz. Mütemerrit para borçlusu, temerrüde düşmede kusuru bulunmasa dahi temerrüt faizinden sorumludur.

Sözleşme dışı sorumluluğun temel giderim aracı da paradır. Haksız fiilde tazminat, kural olarak zararın karşılığı tutarındaki bir paradır. Sözleşmelerin vazgeçilmez edimi ve mübadele aracı para, geçerli bir hukuki sebepten yoksun olarak el değiştirdiğinde sahibine gecikme faizi ile birlikte geri döndürüldüğü gibi, zenginleşmenin aynen iadesinin mümkün olmadığı parasal olmayan zenginleşme hallerinde, mal varlığındaki sebepsiz artışı tasfiye eder.

Zamanında elde edilmesi bu denli önemli paradan yoksun kalan alacaklıya kanunun hediyesi, onun temerrüde düşmüş borçlusuna asıl borcunun yanında temerrüt faizi de ödeme yükümlülüğü öngörmesidir. Alacaklıyı, kendi zararını ispat külfetinden ve mütemerrit borçlunun kusurunu tartışmaktan kurtaran götürü bir borçtur temerrüt faizi.

Peki alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı zararlar temerrüt faizi ile karşılanamayacak miktarda ise çözüm ne olacaktır?

Çalışmamızın amacı, öğretisi ve uygulamanın bu soruya ilişkin yanıtlarını mütevazı ölçülerde derlemek ve okuyucularına aktarabilmektir.

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Bu çalışmanın adı Yargıtay uygulamasını esas almakla birlikte, konunun aydınlatılması ve uygulamanın değerlendirilebilmesi, öncelikle öğretinin görüş ve açıklamalarına muhtaçtır. Bu itibarla çalışmada öğretiye sıkça atıfta bulunulmuş ve yine öğretinin sistematigi takip edilmiştir.

MUNZAM ZARARIN ÖN KOŞULU: PARA BORCUNDA TEMERRÜT!

İfa Engelleri şematize edildiğinde kuşkusuz ilk göze çarpan ifa engeli borçlu temerrüdüdür. Edimin ifaya ulaşma yolculuğunda karşılaştığı güçlüklerle kuşbakışı göz atıldığında; edimin daha başlangıçta, henüz borç doğmadan önce yerine getirilmesinin subjektif veya objektif sebeplerle imkânsız olmasına (başlangıçtaki ifa imkânsızlığı); borcun doğması üzerine ifa yolculuğuna başlayacak edimin yolda borçlu kaynaklı kusurlu ya da kusursuz engeller veya engellemeler neticesinde imkânsızlaşmasına (sonraki ifa imkânsızlığı) ve nihayet alacaklının, kapısına gelen edimi kabul etme ödevini yerine getirmemesine (alacaklı temerrüdü), borçlu temerrüdü kadar sık rastlanmadığı görülür.

Borçlu temerrüdü öğretilde, muaccel ve ifası mümkün bir borcun belli koşulların gerçekleşmesine rağmen ifa edilmemesi olarak tanımlanmaktadır.²

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 101. ila 108. maddelerinde düzenlenen bu temerrüde ilişkin hükümler 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (YBK) 117. ila 126. maddelerinde yer bulmaktadır. Borçlu temerrüdünün oluşum şartlarının irdelenmesi bu çalışmanın konusu dışındadır. Konumuzu daha yakından ilgilendiren temerrüdün sonuçlarına bakıldığında ise, Borçlar Kanunu sistematigi borcun iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğup doğmadığına ve borcun bir para borcu olup olmamasına göre "her koşulun kendi içinde" farklı sonuçlar öngörmekte ve alacaklıya farklı imkânlar sağlamaktadır.

Borcun sözleşmesel bir borç olması durumunda borçlu, YBK m. 112 (EBK m. 96) uyarınca borca aykırı davranmaktan ötürü sorumludur. Borçlu bu sorumluluktan ancak kusursuzluğunu veya sorumluluğunu gerektirmeyen bir nedenle (örneğin kusursuz sorumluluk hallerinden birinin mevcut olmadığı bir sebeple) borcun yerine getirilemediğini ispat etmekle kurtulabilir.

Borçlu temerrüdünün sözleşme dışı hukuki olaylardan doğan (örneğin, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) borçlarının ifası aşamasında gündeme gelmesi mümkünse de, bu ifa engeli türü toplumsal yaşamda büyük çoğunlukla sözleşmesel borçlar çerçevesinde hukukçunun karşısına çık-

2 M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.295 vd. - Rona Serozan; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s.159

maktadır. Borçlu temerrüdü bu niteliği ile en sık karşılaşılan sözleşmesel borç ihlali türüdür. Sözleşmesel sorumluluk hukukunun anayasası niteliğindeki YBK m. 112 hükmü, kuşkusuz sözleşmesel borçlu temerrüdü olgularını da yaptırıma bağlayan genel kural olmakla birlikte³ kanun koyucu, ifası mümkün borcun ifasının, belirli koşulların gerçekleşmiş olmasına rağmen gecik(tiril)mesi şeklinde tanımlanabilecek borçlu temerrüdü ile özel olarak ilgilenmiştir.

Örneğin temerrüde düşmede kusuru olan borçlu, borcun geç ifası nedeniyle alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür ve edimin başına gelecek hasarlardan (beklenmedik haller sebebiyle doğacak zararlardan) da sorumludur. (YBK m. 119) Para borcunda temerrüde düşen borçlunun ise aşağıda ifade edildiği üzere temerrüt faizi sorumluluğu da söz konusudur.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, temerrüde düşen borçlusuna uygun bir mehil vermek suretiyle, mehil sonunda sözleşmeden dönebileceği ve böylece daha değerli gördüğü kendi edimini kurtararak ayrıca menfi zararlarını tazmin ettirebileceği gibi; dilerse aynen ifadan vazgeçerek tüm ifa çıkarını oluşturan müspet zararını (temerrüt gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı olumlu durum ile temerrüt sebebiyle içinde bulunduğu güncel olumsuz durum arasındaki farkı) talep edebilir. (YBK m. 125 f. II ve III) Alacaklının kendi edimini talep etme ve geç ifa nedeniyle uğradığı müspet zararları talep hakkı ise bu seçenekler dışında zaten saklıdır. (YBK m.125 f. I)

Borç ilişkisi ister bir tarafa, ister iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden kaynaklansın bu borcun ihlali, borcun ihlaline ilişkin genel kural niteliğindeki YBK m.112 (EBK m. 96) uyarınca borçluya müspet zararın tazmini borcunu yüklemektedir. Borcun ihlali türlerinden biri olan borçlu temerrüdü halinde de şüphesiz borçlunun ifanın gerçekleşmesine olan menfaati korunup gözetilecektir. Kanun koyucu, temel mübadele aracı niteliğindeki paranın tediyesinde temerrüt halinde ise para alacaklısını diğer edimlerin alacaklılarına oranla daha etkili koruyacak bir mekanizma öngörmektedir: Temerrüt faizi.

YBK m. 112, borcu ihlal eden borçlunun tazminat sorumluluğu için kural olarak onun kusurunu aramaktayken, mütemerrit para borçlusu temerrüde düşmede kusuru bulunmasa dahi temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Bunun için alacaklının bir zararının bulunması da gerekmez. Para borcu en rafine çeşit borcu türü olmakla, onun ifasında imkansızlık olamayacağı gibi, aynen ifa talebinden kurtulamayacak borçlu, geçmiş günler için götürür nitelikte temerrüt faizi ödeyecektir.

3 Nami Barlas, İfa Engelleri Hukuku Seminerleri, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü, 2010 Güz Dönemi, Yüksek Lisans – Doktora Programı (kısaltma: Seminerler).

Kanun böylece, ekonomi çarkının mübadele aracından yoksun kalan alacaklıyı, yoksunluk yaşadığı her gün için tahakkukunu garanti altına aldığı bir ödençe ile teselli etmektedir. Peki bu teselli, temerrüde maruz kalan para alacaklısının temerrüt nedeniyle maruz kaldığı müspet zararları karşılamıyorsa ne olacaktır? YBK m. 112 (EBK m.96) genel hükmü uyarınca bu durumda da temerrüt faizi miktarının üzerinde kalan (munzam) zarar miktarının tazmini gerektiği söylenebilecektir.⁴ Keza YBK. m 118 hükmü de borçlunun temerrüdünden doğan zararları tazminle yükümlü olduğunu düzenlenmiştir. Ancak Borçlar Kanunu bununla da yetinmemiş, para borçlusunun bu sorumluluğunu 122. maddesinde ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Buna göre;

“Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hakim esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.”

818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'muz da konuyu 105. maddesinde aynı doğrultuda düzenlemekteydi. Bu itibarla önceki kanunumuz zamanında munzam zarara ilişkin olarak gelişen görüş ve uygulamaların, yeni kanun döneminde de geçerliliğini koruyacağı söylenebilir.

Bu madde kanunda yer almasa idi dahi, alacaklının para borcunda temerrüde düşen borçlusundan gecikme nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini yukarıda belirtilen genel hükümler uyarınca isteyebileceği öğretide kabul edilmektedir. İsviçre, Türk ve Alman hukuk sistemlerinde bu yönde bir hükmün sevk edilme sebebinin, para borcu temerrüdünde zarar ve kusur tartışmasından soyutlanmış götürü bir tazminat niteliğindeki temerrüt faizi olgusunun kanunda özel olarak düzenlenmesi sebebiyle bu faizi aşan müspet zararların tazmininin istenip istenemeyeceğini konusunda tereddüde yer bırakmamak olduğu, öğreti tarafından ifade edilmektedir.⁵

PARA BORCUNU DOĞURAN HUKUKİ SEBEPLER İLE MUNZAM ZARARI TAZMİN BORCU ARASINDAKİ İLİŞKİLER:

Acaba sözleşme dışı hukuki sebeplerden (örneğin, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, vekaletsiz iş görmeden) doğan para borçlarında temerrüt halinde oluşan munzam zararların tazmini istenebilir mi? Öğretide bu borçlarda temerrüdün de munzam zarar doğuracağına ilişkin

⁴ Barlas, Seminerler.

⁵ Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 187,188. (kısaltma: Para Borçlarında Temerrüt)

görüşler vardır.⁶ Ancak temerrüt faizini ödemede temerrüt halinde YBK m. 121 f. 3 (EBK m. 104 f. 3) uyarınca bu borca temerrüt faizi yürütülmesi mümkün olmadığından, bu durumda munzam zarardan da söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷

Yargıtay da farklı hukuki sebeplerden doğan para borçlarına ilişkin temerrüt olgularında munzam zarar tazminatı talep edilebileceği görüşündedir.⁸

Yargıtay'a göre munzam zararın kaynağı olan para borcunun hangi hukuki sebepten kaynaklandığının önemi yoktur. Para borcunda temerrüt halinde bağımsız yeni bir borç doğmaktadır. Bunun sonucu olarak iş bu yeni borç, kaynağı olan ana borç hangi zamanaşımı süresine tabi olursa olsun EBK m. 125 (YBK m. 146) uyarınca 10 yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Öğreti de munzam zarar tazminatı alacağının bağımsız niteliğini benimsemiş görünmektedir. Bu görüş uyarınca munzam zararı tazmin borcu fer'i nitelikte olmadığı için asıl alacağın ihtirazi kayıtsız tahsil edilmesi neticesinde düşmeyecek, bağımsız bir dava ile talep edilebilecektir.⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'de aynı görüşü paylaşmaktadır.¹⁰

Buna mukabil Yargıtay, Munzam Zarar alacağında temerrüde dü-

6 Atalay Özdemir, Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Turhan Kitabevi, 2004, s. 9' ve buradan naklen, Peter Gauch / Walter R. Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Nr. 1715, Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 1996, S. 1011

7 Özdemir, s.9

8 "BK'nun 105'inci maddesinde düzenlenen ek tazminat alacağı haksız eylem, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden doğan bir alacağın temerrüde uğraması nedeniyle oluşmakta, bir alacağın temerrüde uğraması ise, esas alacağın kaynaklandığı hukuki işlem veya olaydan ayrı ve farklı bir hukuki sebep teşkil etmektedir. Başka bir anlatımla, BK'nun 105'inci maddesindeki tazminatın hukuki sebebi, kaynağı hangi tür hukuki ilişki olursa olsun, alacağın temerrüde uğraması, ödenmemesi veya zamanında ödenmemesi gibi ayrı bir hukuka aykırılıktır. Buna göre, munzam zarar tazmin yükümlülüğünün asıl borç ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden farklı, temerrütte oluşmaya başlayan ve zaman içerisinde artarak devam eden asıl borçtan bağımsız bir borç olmasına, BK'nun 105'inci maddesinde zamanaşımına ilişkin ayrı bir düzenleme öngörülmesine göre bu alacağın aynı yasanın 125'inci maddesindeki 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğunun kabulü gerekmektedir. (Yarg. 11. HD. E. 2004/721 – K. 2004/9798 T. 14.10.2004 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

9 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s.219, 220

10 "Munzam zarar temerrüt ile oluşmaya başlayan, asıl borcun ifasına kadar geçecek zaman içinde artarak devam eden yeni bir borçtur. Asıl borcun kaynağı haksız fiil, nedensiz zenginleşme veya sözleşme olduğu halde, bu borcun hukuki sebebi asıl alacağın temerrüde uğraması gibi hukuka aykırılıktır. O nedenle, asıl alacak ve temerrüt faizleri yönünden icra takibi yapması ve dava açılması sırasında onlarla birlikte istenilmemiş olması veya bu zarar hakkının saklı tutulmamış olması davanın görülmesine engel değildir. Zamanaşımı süresi içinde her zaman bu yöne ilişkin dava açılabilir. " (Yarg. 13. HD. E. 2004/5998 – K. 2004/14915, T. 19.10.2004 - Kazancı)

şülmesi halinde, artık munzam zararın tazmininin istenemeyeceği görülmüştür.¹¹

Acaba fer'i nitelikteki temerrüt faizi alacağının, asıl alacak tahsil edilirken çekince konulmaması sebebiyle YBK. m. 104 f. 2 (EBK. m. 88) uyarınca düşmesi halinde, munzam zarar istenebilir mi? Kanımızca munzam zarar tazminatının asıl alacaktan bağımsız ayrı bir alacak olması niteliği itibariyle bu mümkün olmalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararından bunun mümkün olduğu, ancak alacaklının, düşmüş olan temerrüt faizi alacağının, zararı ispat külfetinden ve soyut götürü tazminat niteliğinden yararlanamayacağı, her halükarda munzam zararını ispat ile mükellef olduğunun ifade edilmek istenildiği anlaşılmaktadır.¹²

11 "Konunun yasal düzenlemesini içeren BK'nun 105/1 nci maddesinde; "Alacaklının duşar olduğu zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin etmekle mükelleftir" hükmüne yer verilmiştir. Bu madde metninden de anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden (sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme) kaynaklanan bir borç nedeniyle yapılan ödemede temerrüde düşen borçlu, alacaklının geçmiş günler (temerrüt) faizini de aşan zararını da kusursuzluğunu kanıtlamadıkça gidermekle yükümlüdür. Ne var ki yasa, asıl ilişkiden kaynaklanan ana borcun geç ödenmesi nedeniyle kusurlu borçluyu munzam zararını gidermekle yükümlü tutmuş olup, temerrüt faizini aşan munzam zararını faiziyle birlikte ödeyen borçlunun , bu alacağın da munzam zararını gidermekle yükümlü olacağı yönünde bir düzenleme getirmemiştir. Diğer bir deyişle munzam zararın munzam zarar kavramına yer verilmemiştir. Dahası, yasa koyucu bu tür uyumsuzlukları bir an evvel kesmek için aynı maddenin ikinci fıkrasında, asıl davada munzam zararın karşılanabileceğini de hüküm altına almıştır. Esasen yasa koyucunun bu düzenlemedeki amacı, asıl borç ilişkisi nedeniyle geç ödemede bulunan borçlunun ödediği temerrüt faizini aşan zararını karşılamak ve o aşamada taraflar arasında alacak borç ilişkisini bitirmektir. Aksi düşüncenin kabulü, yasa koyucunun bu amacına ters düşecektir. (Yarg. 11. HD 4.11.2003 tarih, E. 2003/5282 – K. 10398). Kararın tam metni için bkz. Özdemir, s.10,11. Ayrıca bkz. Hasan Ayrancı, Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105) s.151.

12 "Davacı dava dilekçesinde kıdem tazminatının geç ödenmesinden kaynaklanan munzam zarar istediğinde bulunmuştur. Davalı idare davanın reddini savunmuştur. Dava miktar olarak ıslah edilmiştir. Mahkeme kıdem tazminatının geç ödenmesinden doğan faize hükmetmiştir. Karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Munzam zarar, faizi aşan zarardır. Borçlar Kanunu'nun 105.maddesinde düzenlenmiştir. Faizi aşan zararı olduğunu iddia eden kişi ispat ile yükümlüdür. Öte yandan, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle İş Kanunu'nun 14/11 c-2 ye göre gecikme faizi istenir. Borçlar Kanunu'nun 113/II.fıkrasına göre de kıdem tazminatı ödendiğinde işçi geç ödemedi dolaylı ihtirazi kayıta bulunmamış ise faiz istediğinde bulunamaz. Çünkü asıl borç ödendiğinden Borçlar Kanunu'nun 113/1.fıkrasına göre fer'i haklar da düşer. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76.maddesine göre olayları izah davacıya tavsif mahkemeye aittir. Gecikme faizi ve munzam zarar kavramları birbirinden farklıdır. Dava dilekçesinde ve dava süresinde hangi kavram üzerinde yoğunlaşıldığı anlaşılmalıdır. Tarafların temyizde ileri sürdükleri gerekçeler bu düşünceyi doğrulamaktadır. Mahkemece yapılacak iş taraf iddia ve savunmaları tek bir hukuki kavram üzerinde birleştirmek ve ait olduğu hukuki yolla çözümlenmektir. Eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD, E. 2003/6660 – K. 2003/19475. - Kazancı)

PARA BORCU TEMERRÜDÜNDE MUNZAM ZARAR TAZMİNATININ GEREKLERİNE BAKIŞ

KUSUR:

Hukukumuzda tazminat sorumluluğu kural olarak kusura dayalıdır. Bu kaide ifa engelleri sebebiyle oluşan zararlar açısından da geçerlidir. İfa engelleri hukukunun genel ve temel kuralı YBK m. 112 (EBK m. 96) bu hususu ifade etmekle birlikte, bu esasa kusurun varlığı şartına munzam zarara ilişkin özel hüküm olan YBK m. 122’te de yer verilmiştir.¹³ Burada da YBK 112’ye paralel olarak borçlunun kusurlu olduğu karinesi benimsenmiştir. Munzam zararı tazmin borcundan kurtulmak isteyen borçlu, munzam zararı doğuran temerrüdün gerçekleşmesinde kusuru bulunmadığını ispat etmek durumundadır.

Kanunun kusursuz sorumluluğu düzenlediği bazı hallerde de mütemerit borçlunun tazminat sorumluluğu gündeme gelir. İfa yardımcılarının fiili sebebiyle temerrüde düşülmesi gibi. (YBK m. 116, EBK m. 100)¹⁴ Kusursuz borçlunun temerrütten sorumlu olacağının anlaşma ile de kararlaştırılabilmesi mümkündür.¹⁵

Kusurdan kastedilen, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmasıdır. Yoksa borçlunun doğrudan zarara yol açan davranışı gerçekleştirilmesi aranmaz.¹⁶

Yargıtay’a göre de;

“Borçlu, ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlamakla sorumluluktan kurtulabilir. Buradaki kusursuzluk, temerrüde düşmekteki kusursuzluktur. Yoksa, temerrüde düştükten sonraki aşamada gelişen olaylarda (yargılamanın uzaması vs.) aranan bir kusur değildir. Sorumluluk için borçlunun temerrüde düşmekteki kusurunun varlığı asıldır.”¹⁷

Ancak Yargıtay, bu ilke ile çelişen bazı kararlarında temerrüde düştükten sonra alacağın tahsili için başlatılan yargılama süreçlerinin uzun sürmesi nedeniyle bu süreçte oluşan zararlar açısından, mütemerit borçlunun kusursuzluğunu gerekçe göstermekte ve sorumluluğu kaldırmaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, haksız azil sebebiyle vekalet ücretinin istenildiği bir davada yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle borçlunun kusurlu olmamasını gerekçe göstererek sorumluluğa hükmetmiştir.¹⁸

13 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s.193,194,195.

14 Barlas, Seminerler, Ayrancı 126.

15 Oğuzman/Öz, S. 362.

16 Ayrancı, s.125.

17 Yarg. 3. HD. E. 2007/13484 – K. 2007/17980, T. 27.11.2007 (Kazancı)

18 Özdemir, s. 19.

“Davacının bu alacağını geç tahsil etmesi yargılamanın uzamasından doğmakta olup, bundan dolayı davalıya atfedilecek bir kusur bulunmamaktadır. Bu durumda davada munzam zarar istenmesinin koşulları bulunmamaktadır.”¹⁹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 5.3.1996 tarih ve 1995/36136 – 1996/3811 sayılı kararında²⁰ dövize endeksli ücret alacağında temerrüt halinde, uzayan yargılama esnasında meydana gelen kur dalgalanmalarının yol açtığı zarardan borçluyu sorumlu tutmamıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, ipoteğe bağlı alacağın vadesi geldiği halde istenilmemiş olması halinde, oluşan munzam zarar alacağının istenemeyeceği sonucuna varmıştır.:

“Davacı alacaklının alacağını ilk taksidin ödenmediği tarihten itibaren tahsil etme imkanı mevcut iken bu hakkını kullanma yolunu seçmemek suretiyle alacağının geç tahsil edilmesine kendi kusurlu davranışı ile neden olmuştur. Hukukun genel ilke ve kurallarına göre hiç kimde kendi kusurlu davranışına dayanarak kendi lehine alacak isteğinde bulunamaz.”²¹

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de haksız fiile dayalı maddi tazminat alacağının geç tahsil edilmesi nedenine dayalı munzam zarar istemli davada verdiği kararda, zarar gören davacının maddi tazminat davasını olay tarihinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra açmış olması ve yargılamanın uzamasında davalının kusurunun bulunmaması unsurları üzerinde durarak munzam zarar sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir.²²

Kanımızca bu noktada bir ayrıma gidilmelidir.

Salt temerrüde konu alacağa ilişkin yargılamanın uzun sürmüş olması mütemerrit borçluyu yargılama sürecinde oluşan munzam zarar tazmin sorumluluğundan tamamen kurtaramamalıdır. Madem ki munzam zararda aranan kusur, borçlunun temerrüde düşmedeki kusurudur, o halde borçlu temerrüt gününden borcun ödendiği tarihe kadar oluşan munzam zararlardan, bu zararlara sebep olan vakıa ve sebeplere ilişkin kusuru olmasa dahi sorumlu olmalıdır.

Yine alacaklının temerrüde düşmüş borçlusundan alacağını talep etmede gecikmesi de munzam zarar sorumluluğunu tamamen kaldıran bir sebep olmamalıdır. Temerrüde düşen borçlu ne yapıp edip borcu ödemek, en azından alacaklısına borca uygun, ciddi ve eylemli bir ifa teklifinde bulunmakla yükümlüdür. (YBK m. 106) İlk ihtimalde borç itfa ile

19 Yarg. 13. HD., 1994/8704 – 10313 T. 22.11.1994 (Özdemir s.93'te yayınlanmıştır.)

20 Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 1996, s.1242, (Özdemir, s.20'den naklen.)

21 Yarg. 13. HD. 3.2.1998 gün ve 1998/211- 854 sayılı kararı(Özdemir s.19 ve 20'den naklen.)

22 Yarg. 4. HD. 16.11.1998 T ve 3670 – 8903 K.(Özdemir s.20'den naklen)

sona erer, ikincisinde de ifa teklifinin kabul edilmemesi üzerine alacaklı temerrüdü gerçekleşir ve borçlunun temerrüdü son bulur. (Alacaklının temerrüdünün olduğu yerde borçlu temerrüdü olamaz. Bu durumda ifanın gecikmesi alacaklıdan kaynaklanmaktadır. Alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdünü dışlar, onun yerine kaim olur.)²³ Bu suretle temerrütten kurtulmak imkanına her zaman sahip olan borçlu, temerrüdünü devam ettirmesinden kaynaklanan tüm zararlardan bizzat sorumludur.

Ancak bu noktada alacaklı da zararın büyümesine neden olan davranışlardan kaçınmak zorundadır. (YBK m. 52, EBK. m 44) Aksi halde hakim, alacaklının bu yöndeki müterafık kusurunu nazara alarak tazminat miktarını indirebilmeli, ya da kusurun ağırlığına göre tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırabilmelidir. (Esasen kusurun tamamının alacaklıda olması halinde, zarar ile borçlunun temerrüdü arasındaki illiyet bağı da kesilmiş olacaktır.) Alacaklının hiç bir kusuru bulunmadığı durumda ise mütemerrit borçlu, temerrüde düşmekten başka hiç bir kusuru olmasa bile zarardan tam anlamıyla sorumlu tutulmalıdır.

Bu kriterler yönünden bakıldığında, temerrüde konu alacağa ilişkin yargılamanın veya icra tahsil işlemlerinin alacaklının kusuru olmaksızın uzaması durumunda borçlu, bu süreçte oluşan munzam zararı tazmin yükümlülüğünden bu hususta kusuru bulunmasa dahi kurtulamamalıdır. Ancak alacaklı, temerrüde rağmen alacağını normal hayat akışına oranla geç dava etmiş ya da yargılama ve tahsil işlemleri alacaklının kusuru nedeniyle olağan sürecin çok ötesinde uzamış ise, bu durumda zarar sorumluluğunda alacaklının da kusuru dikkate alınarak indirimle gidilebilmelidir. Alacaklının bu yöndeki kusurunu ispat yükü ise borçlunun üzerindedir. Kanımızca Yargıtay'ın bu ayrımı gözetmeyen kararları isabetsiz olmuştur.

Yukarıda belirtilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararı, bu kriterler uyarınca gerekçe yönünden isabetsiz ise de sonuç itibarıyla doğrudur. Yargılamanın alacaklının kusuru olmaksızın uzaması mütemerrit borçluyu sorumluluktan kurtarmamaktadır. Ancak olayda olduğu gibi yabancısı para alacağını ödemedi temerrüde düşülmesi halinde alacaklı, YBK m. 99 (EBK m. 83) uyarınca tediye vade veya fiili ödeme günü kurunu seçmek imkana sahipken, alacaklının bu seçimi isabetli yapmaması sebebiyle oluşan zarar, tamamen alacaklının kusuru nedeniyle gerçekleşmiş, borçlu temerrüdü ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesilmiştir.

UYGUN NEDENSELLİK BAĞI:

Borçlunun sorumluluğunun gerçekleşebilmesi, onun temerrüdü ile temerrüt nedeniyle gerçekleştiği iddia olunan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasını gerektirecektir.²⁴

23 Serozan, s. 160.

24 Ayrancı, 138

“Genel hayat tecrübeleri ve olayların olağan akışı dikkate alınarak hakim tarafından yapılacak objektif değerlendirme sonucunda fiilin nitelik itibarıyla bu zararı meydana getirmeye elverişli olduğu kanısına varılabiliyorsa, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut demektir.”²⁵

Yargıtay da temerrüt ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığını aramaktadır.²⁶ Bu konuda Yargıtay Daireleri'nin içtihatları arasında birlik olduğu söylenebilir.²⁷

ZARAR

Borçlu temerrüdü neticesinde alacaklının zarara uğramış olması gerekmektedir. Zararın varlığını ve kapsamını ise alacaklı ispatlayacaktır. Haksız fiilde zararın ispatına ve kapsamına ilişkin hükümler munzam zararın tazmini halinde de gündeme gelecektir. Özellikle YBK m. 114 f. 2 (EBK m. 98 f. 2) hükmünün bu konuda haksız fiil hükümlerine yaptığı atf, sözleşme kaynaklı borçlarda temerrüt durumlarında oluşabilecek te reddütleri ortadan kaldırmaktadır.

Genel olarak maddi zarar ilgilinin malvarlığının mevcut durumu ile zarar verici davranış gerçekleşme idi içinde bulunacağı varsayıli durum arasındaki farkı ifade eder. YBK m. 122 (EBK m. 105) çerçevesinde munzam zarar, para borcunun zamanında ifa edilmemesi yüzünden meydana gelen ve temerrüt faizi ile karşılanamayan eksilme şeklinde tanımlanmaktadır. Borçlu borcunu temerrüde düşmeksizin ödeseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazi olumlu durum ile temerrüt nedeniyle içinde bulunduğu güncel olumsuz durum arasındaki farkın temerrüt faizini aşan kısmı YBK m. 122 uyarınca giderilmesi gereken müspet zararı ifade etmektedir.²⁸ Ancak götürü bir tazminat niteliğindeki temerrüt faizi tutarı bu zarardan mahsup edilecektir.

Yargıtay'da aynı tanımlı benimsemektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'ne göre;²⁹

“Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Başka bir anlatımla,

²⁵ Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s.192

²⁶ Yarg. 10. HD E.2008/20370 – K. 2009/5184 T. 26.03.2009 (Kazancı) ve örnek olarak bakınız; dipnot 16'da belirtilen Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararı.

²⁷ “Kuşku yok ki, böyle bir araştırmaya girişilirken sözü edilen örneklerle zarar arasında illiyet bağının varlığı da aranmalıdır. İlke olarak başkalarına ait taşınmaz malların satışı veya araç satışları ile munzam zarar arasında illiyet bağı olduğu düşünülemez. Yine, HUMK'un 299.maddesinde yazılı borçlanma belgelerinin munzam zarar borçlusunu bağlamayacağı da düşünülmelidir”(Yarg. 15. HD. E. 2003/4682 – K.2004/1688 T. 25.03.2004. - Kazancı)

²⁸ Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s. 188,189, Özdemir s.17, Ayrancı 142.

²⁹ Yarg. 3. HD. E. 2007/13484 – K. 2007/17980, T. 27.11.2007. (Kazancı)

temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar biçiminde tanımlanabilir.

BK'nın 105.maddesinin 1.fıkrası ile "Alacaklının duşar olduğu zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette, borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile yükümlüdür" hükmü getirilmiştir.

Munzam zarar alacaklısı; öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını; bu alacağının geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını ve miktarını; zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmek, zararın ortaya çıkışını belirleyen, inandırıcı, hükme esas tutulabilecek nitelikte maddi olguları da açıklamakla yükümlüdür."

Bu noktada tazmin edilecek zararın kapsamına temerrüde konu edimin dahil olmadığı ifade edilmektedir. Alacaklı geç de olsa edimini elde etmiştir. Elde etmese dahi ifayı talep hakkı malvarlığına dahildir. Üstelik bu edim para borcu ise, çeşit borcu olması itibariyle ifası imkansızlaşmayacaktır. Şu halde temerrüt halinde alacaklının ifaya olan menfaati değil, ifa zamanına olan menfaati tazmin edilecektir.³⁰ Bu yönüyle alacaklının temerrüde düştüğü tarih ile temerrüdün sona erdiği tarih arasındaki zaman dilimine ilişkin³¹ ifa çıkarının tazmini söz konusudur.

Yargıtay'ın istikrarlı içtihadı da bu yöndedir.³² Yargıtay, güncel kararlarında da "**Borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde**" gerçekleşen zararların tazmini gerektiğine işaret etmektedir.³³

Bu zaman dilimi ve çerçevede oluşabilecek zararlar, fiili zarar olabileceği gibi, yoksun kalınan kazanç şeklinde de gerçekleşebilir. Malvarlığının fiili net durumunda meydana gelen azalmaya fiili zarar adı verilmektedir. Fiili zarar, malvarlığının aktifinin azalması şeklinde olabileceği gibi; pasifinin artması şeklinde de gerçekleşebilir. İhtar ve takip giderleri, alacağın tahsilinin gecikmesi sebebiyle alınmak zorunda kalınan kredi maliyetleri, ödenen cezai şart tazminatları bu kapsamda değerlendirilebilir. Yoksun kalınan kazanç, olayların normal akışına göre malvarlığında kesin olarak ya da büyük ihtimalle meydana gelecek artıştan mahrumiyeti ifade eder. Borçlu temerrüdünde alacaklı bu artıştan temerrüt sebebiyle mahrum kalmaktadır. Fiili zararda zarar görenin halihazırda sahip olduğu malvarlığı azalırken, yoksun kalınan kazançta sahip olabileceği şeylerden

30 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s.189.

31 Karahasan, s.1014,1015.

32 Karahasan, s. 1016 ve devamındaki Yargıtay kararları.

33 Yarg. 11. HD. E. 2008/4799 – K. 2010/1264, T. 4.2.2010 (Kazancı)

mahrum kalınmaktadır.³⁴

Munzam zarar hesap edilirken temerrüt nedeniyle oluşan zarardan temerrüt faizinin yanı sıra ifaya eklenen cezai şart alacaklarının da mahsubu gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda temerrüt faizi ile cezai şart alacağı toplamının temerrüt ile oluşan zararı karşılayıp karşılamadığına bakılacak, bu suretle karşılanmayan miktar hüküm altına alınacaktır.³⁵

Yargıtay, temerrüt halinde, BK m. 159 f. 2 uyarınca işleyen cezai şart alacağına ek olarak bu alacağı aşan temerrüt zararının da istenebileceğini belirtmektedir.³⁶

Yargıtay, icra inkar tazminatının da munzam zarar tazminatı alacağından mahsup edilmesi gerektiği görüşündedir.³⁷

ZAMANAŞIMI:

Munzam zarar tazminatı, temerrüde konu alacaktan bağımsız nitelikte bir alacaktır. Bu niteliği itibarıyla munzam zarar, temerrüde konu alacağın tabi olduğu alacağın zamanaşımı süresine bağlı olmaksızın YBK m 146'da yer alan (EBK m. 125) on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutulmalıdır.³⁸

Yargıtay da munzam zararın on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedir.³⁹

Öğreti⁴⁰ ve Yargıtay zamanaşımının, alacağın muaccel olduğu yani munzam zararın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı görüşündedir.

"BK'nun 105. maddesindeki hak, esas itibarıyla bir alacak hakkıdır ve anılan yasa maddesinde zamanaşımı yönünden de ayırık bir hüküm getirilmemiştir.

34 Özdemir, s. 17

35 Ayrancı, s. 146

36 "Taraflar arasındaki sözleşmeye göre inşaatın bitirilip teslim edilmesi gereken tarih 2.7.1997'dir. Davalı yüklenici, davacıya ait bağımsız bölümleri bu tarihte bitirip teslim ettiğini kanıtlamadığından inşaatın sözleşmeye göre teslimi gereken tarih ile dava tarihi arasında geçen süre için davacı kira tazminatı talebinde haklıdır. Her ne kadar sözleşmenin 9.maddesinde inşaat süresinde teslim edilmediği takdirde daire başına 5 milyar TL'nin müteahhit tarafından arsa sahiplerine ödeneceğine dair hüküm getirilmiş ise de davacı B.K.159/II.maddesi uyarınca cezayı aşan zararın ödetilmesini talep edebileceğinden bilirkişi raporu ile saptanan geç teslim nedeniyle cezayı aşan zarar tutarı 2.972.000.000 TL'nin hüküm altına alınması gerekirken, davacının sözleşmede kararlaştırılan cezai şart dışında talepte bulunamayacağı gerekçesiyle bu miktar alacağın reddedilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 15. Hukuk Dairesi, E. 2004/1479 – K. 2004/5680, T. 08.11.2004 - Kazancı)

37 Yarg. 11. HD. 16.06.1987, 1594/3694 (Ayrancı, s. 146'dan naklen)

38 Barlas, Para Borcunda Temerrüt, s. 226

39 Özdemir, s. 42.

40 Barlas,s.226

O nedenle, başka kanunlarda alacak haklarına ilişkin zamanaşımı süresi belirtilmemişse BK.nun 125. maddesindeki on senelik zamanaşımı uygulanacaktır. Sürenin başlangıcı damunzam zararın hukuki yapısından hareket edilerek genel hüküm uyarınca alacağın muaccel olduğu zamanda başlatılacaktır.”⁴¹

Ancak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, zamanaşımının başlangıcının temerrüde konu alacağın tamamen ödendiği tarih olduğunu içtihat etmektedir.

“BK.nun 105. maddesinde düzenlenen munzam zarar alacağının, asıl alacak davasıyla birlikte talep edilmesi mümkün olduğu gibi, daha sonra müstakil bir davada istenmesi de mümkündür. Asıl alacak davasının açıldığı tarihte, alacağın geç tahsili nedeniyle oluşan munzam zararın miktarının tespiti imkân dahilinde ise aynı tarihte davanın açılmasının gerektiği ve zamanaşımının o tarihte başladığı düşünülebilir ise de alacağın hiç ödenmemesi veya kısmen ödenmesi halinde oluşacak zararın miktarının tespiti mümkün olmadığından, munzam zarar davalarında zamanaşımının başlangıç tarihinin alacağın tamamının tahsil edildiği tarih olarak düşünülmesi gereklidir. Dairemizin uygulaması da aynı doğrultudadır.”⁴²

Dairenin bu içtihadında, haksız fiil tazminatında zamanaşımı süresinin başlaması için zararın miktarının bilinmesini arayan EBK. m. 60 (YBK m. 72) hükmünden yola çıktığı anlaşılmaktadır. YBK m. 149 (EBK m. 128) hükmüne göre her alacağa ilişkin zamanaşımı, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna göre zamanaşımının işlemeye başlaması için alacaklının alacağın muaccel olduğunu, hatta alacağı bulunduğunu dahi bilmesi gerekli değildir.⁴³ Ancak haksız fiil tazminatı (YBK m. 82) ve sebepsiz zenginleşme alacaklarında (BK m. 66) zamanaşımı süresi zararın ve zenginleşmenin öğrenilmesi tarihlerinden itibaren işler. Sebepsiz zenginleşme ve tazminat alacaklarında zararın ve zenginleşmenin kapsamının belirsizliği ve değişkenliği göz önüne alınarak getirilen bu kaidenin haksız fiil dışında kalan tazminat alacakları açısından da uygulama alanı bulması gerektiği söylenmelidir.

Hukukumuzda bu görüşün pozitif dayanağı da mevcuttur. Keza YBK m. 114 f.2 (EBK m. 98 f. 2) atfı uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyasen borca aykırılıktan doğan sorumluluk hallerine de uygulanır. Zararın ispatı ve kapsamının tayini bakımından munzam zarar tazminatı alanında da uygulama alanı bulan haksız fiil tazminatı hükümleri, pekala zamanaşımının başlangıcı açısından da uygulanabilme-

41 Yarg. 13. HD. T. 1.6. 1995. 1995/267-5451 (Özdemir, s. 43'den naklen.)

42 Yarg. 15. HD. T. 6.3.2006, E. 2005/7100 – K. 2006 -1234. (Kazancı)

43 Oğuzman/Öz, s. 471

lidir. Keza haksız fiil tazminatına göre daha uzun bir zamanaşımı süresi ile ödüllendirilen, kusurun ispatı (YBK m. 112) ve yardımcı şahısların sorumluluğu (YBK m. 116) alanlarında haksız fiil sorumluluğuna oranla büyük avantajlarla donatılan munzam zarar tazminatı alacaklısının, zamanaşımının başlangıcı yönünden haksız fiil tazminatı alacaklısından daha elverişsiz bir konumda tutulması, kanımızca yasa koyucunun amacı ile de bağdaşmayacaktır.

BAŞLICA MUNZAM ZARAR TÜRLERİ

PARANIN ALIM GÜCÜNDEKİ DÜŞÜŞLERDEN KAYNAKLANAN ZARARLAR:

Para borçlarının ifasında geçerli nominalizm ilkesi uyarınca, para borcu kendisini doğuran hukuki sebebin (sözleşme, haksız fiil vb.) tahakkuk ettirdiği miktarda ödenmekle sona erer.

Paranın efektif değerinde düşme meydana geldiğinde bu düşüş alacaklının malvarlığında bir değer kaybına neden olacaktır. Ancak bu düşüşün tazminat talebine konu edilebilmesi, borçlunun kusuru ile temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır. Bu durumda tazminat YBK m. 122 uyarınca munzam zarar teşkil edecektir. Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinden önceki dönemde parada gerçekleşen değer kayıpları da bu ilkenin sonucu olarak tazminat talebine konu edilemeyecektir.⁴⁴

Temerrüt ile ortaya çıkan paranın değer kayıplarının munzam zarar kapsamında istenebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak bu noktada ana sorun alacaklının zararını ispat yükünün ağırlık derecesidir.

Konu özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde önem kazanmaktadır. Bu konuda bir görüş, zararın ispatı için yüksek enflasyonun varlığını tek başına yeterli saymamakta, zararın alacaklı tarafından somut şekilde ispatını aramaktadır. Bu görüş uyarınca alacaklı kural olarak herhangi bir ispat kolaylığından veya fiili karineden yararlanamayacaktır.⁴⁵

Buna karşılık özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde paranın elde tutulmayacağı, en kısa sürede değer kaybetmeyen bir yatırıma dönüştürüleceği şeklinde bir fiili karinenin bulunduğu,⁴⁶ bu sebeple ispat yükünün borçluya geçeceği ifade edilmektedir.

Paranın değer kaybından kaynaklanan zararlar konusunda Yargıtay Daireleri arasında da ciddi görüş ayrılıkları vardır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, para borcunun zamanında ödenmemesi

⁴⁴ Ayrancı, s.162, 163,

⁴⁵ Barlas, Para Borcunda Temerrüt, s. 211. Bkz. bu eserde dipnot 619 ve 620'de ifade edilen yazarlar.

⁴⁶ Ayrancı, s. 170, Barlas, Para Borcunda Temerrüt, s. 212, 213.

halinde paranın değer ve getiri kaybı nedenine dayanan bir zarar karinesinin mevcudiyetini kabul etmektedir.⁴⁷

Ağırlıklı olarak ticari davalara bakan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de munzam zararın varlığı yönünde bir karinenin bulunduğu görüşündedir.⁴⁸

47 Özdemir, s.47, "Her ne kadar M.K.nun 6. maddesi hükmüne göre davacı iddiasını ispat etmekle yükümlü ise de; bu kural mutlak değildir. İstisnaların başında karine gelir. Var olan bir durumda bilinmeyen bir durumun çıkarılması halinde karine var denir. Olayımızda yasal bir karine yoktur. Buna karşılık yaşanan hayatın gerçekleri ve olaylardan çıkan eylemler bir karinenin varlığı tartışmasıdır. Davacının eline geçecek parayı değerlendirmesi ve bunun için banka hesabına ve gelir getiren kurumlara yatırması, döviz yada altın alması yada gayrimenkul alması şeklinde yararlanması beklenebilecek bir davranış olup, bu davranış toplumumuzun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantısına da uygun düşer. Bu tür getiri oranlarının temerrüt faizinden fazla olduğu hususu da bilinen bir gerçektir. HUMK'un 238. maddesi gereğince maruf ve meşhur olan hususlar münazaalı sayılmaz. Bu nedenle davacının temerrüt faizinden fazla bir zarar olduğu ortadadır. Davalı bu karinenin aksini ispat etmek durumundadır."Yarg. 13. HD. E. 2005/9006 – K. 2005/15905, T. 25.10.2005 (Kazancı)

48 "Kural olarak munzam zarar alacaklısı, öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrütü arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Borçlu ancak temerrütündeki kusursuzluğunu kanıtlama koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir.

Bu itibarla, munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Örneğin, yaşanan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler, diğer bir anlatımla M.K. 6'da anlamını bulan genel kuralın istisnaları şeklinde ispat yükümünü ortadan kaldıran olgular, ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya ispat yükünün düştüğü kabul edilmeli, en önemlisi hükmedilecek zarar miktarı ve kapsamının tespitinde BK. 43/2 hükmünden yararlanılmamalıdır. Ülkemizde süregelen hiper enflasyonun belli yıllarda yüzde yüzle seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin (kurların) her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı, banka kredilerinin yüzde iki yüze kavuştuğu, paranın iç alım (satım) alma değerinin büyük ölçüde azaldığı tartışmasız ve yaşanan bir gerçek olduğu çok açıktır.

Böyle bir enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, örneğin en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Gerçekte de, anlatılan enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüünün de doğal bir sonucudur.

Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu taktirde bilenebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile "Maruf ve Meşhur" vakıalardır ve bunların ispatına gerek yoktur (H.U.M.K. md. 238/2).

Yine 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 37'nci maddesiyle, 1211 sayılı Merkez Bankası Kanunu'nun 4 ve 40. maddeleri gereğince, Hükümet ve Merkez Bankası'nca ilan edilen vadeli mevduat faizleri ile Resmî Gazetede yer alan "T.C. Merkez Bankası'nca Belirlenen Döviz Kurları ve Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Günlük Değerleri" şeklinde gösterilen ve tüm günlük gazetelerde T.R.T.'ile özel televizyonlarda da tekrarlanan ilanlar; hukuki güvenlik nedeni ile gerçeği aksettirdiği ve aksi sabit oluncaya kadar yazılı delil

Buna karşılık Yargıtay'da başını 15. Hukuk Dairesi'nin çektiği diğer görüş, temerrüt nedeniyle uğranılan munzam zararın alacaklı tarafından somut olarak ispatlanmasını aramaktadır.⁴⁹

Hukuk Genel Kurulu ise yakın dönemde verdiği farklı kararlarda her iki görüşe de yer vermektedir.

Genel Kurul, tacirler arasındaki bir uyumsuzluğa dair verdiği 07.02.2007 tarihli bir kararında, paranın değer kaybından ve faiz şeklinde gelir getirici bir alanda değerlendirilememesinin zararın varlığına dair bir karine oluşturduğu görüşünü benimsemiştir.⁵⁰

oluşturacağı da göz ardı edilemeyecek bir realitedir (M.K. md. 7, 29, İİK. md. 8/son f). Bunların yanında, 20.10.1989 tarih ve 3 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda "para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan geç ödenmesi halinde zararın vücudu muhakkaktır" şeklindeki kabulde yukarıda açıklanan hukuki tespit ve bulguları doğrulamaktadır. Şu durum karşısında, alacaklının davasında dayandığı maddi olgulara uygulanması zorunlu görülen H.U.M.K. md. 238/2 ve M.K. 7 anlamında belirlenen delillerle alacaklı zararının kanıtlandığına ilişkin karinenin vücut bulduğu ve böylece davacının zararını ispat yükümünü ifa ettiği açıktır. Bu aşamadan sonra sübut bulan karinenin aksini kanıtlayarak, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun; somut olayın özellikleri nedeni ile ya alacaklının bir zarara uğramadığını, ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi dahi alacaklının borç konusu miktarı değeri düşmeyecek bir biçimde değerlendiremeyeceğini ispat etmesi gündeme gelebilir Yarg. 11. HD. E. 2005/6024 – K. 2006/5636, T. 15.05.2006 (Kazancı)

49 "Borçlar Yasasının 105. maddesi uyarınca alacaklının uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça bu zararı ödemekle mükelleftir.

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Bu zararın karşılanması iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm kanıtlanmadan ödenmesi talep edilecek zarar miktarıdır ki bu temerrüt faizidir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi bir karineden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir.

Dava konusu somut olaydaki ana fikir, ana düşünce temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır.

Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlayamamıştır. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumî ekonomik konjonktürel olgular BK.nun 105. maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez." (Yarg. 15. HD. E. 2006/6169 E. – K. 2008/779, T. 11.02.2008. - Kazancı)

50 "Dava, BK'nın 105/1. maddesi hükmüne dayanılarak açılan alacağın geç tahsil edilmesi nedeniyle geçmiş günler faizi ile karşılanmadığı iddia edilen munzam zararın tahsili

Buna mukabil Hukuk Genel Kurulu'nun diğer bazı kararlarında paranın değer ve getiri kaybına ilişkin zararların somut olarak ispatı aranmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.2007 tarihli bir kararı bu yöndedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurul'unun önüne gelen bir ticari davada temyiz mercii Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin munzam zararın ispatlanmadığı gerekçesiyle verdiği davanın reddi kararını munzam zararın varlığına ilişkin fiili karinenin varlığını sebep göstermek suretiyle

istemine ilişkindir. Mahkemece, munzam zararın oluşumunun somutlaştırılmadığı gibi zararın varlığı ve niceliğinin kanıtlanmadığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir.

BK'nın 105/1. maddesi hükmünce alacaklının uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazla ise, borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlüdür. Asıl borçtan bağımsız olan bu zararın BK'nın 125. maddesinde düzenlenen (10) yıllık zamanasımı süresi içerisinde borçludan istenilmesi mümkündür. Davacının davalı aleyhine daha önce açtığı dava sonunda, davacıya ait hisse senetlerinin talimatı dışında satılmasından dolayı bunların 25.01.1994 tarihindeki toplam piyasa değeri (11.422.280.000) TL'nin 03.10.1994 tarihinden itibaren reeskont faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiş, kararın kesinleşmesinin ardından davadan yaklaşık (9) yıl sonra ilama bağlı alacak 02.07.2003 tarihinde (81.688.000.000) TL olarak tahsil edilmiştir. Dava dilekçesinde, işadamı olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde en güvenceli yatırım aracı olan Devlet İç Borçlanma Senetleri (DİBS)'de değerlendireceğini, Devlet İç borçlanma Senedi'ne uygulanan en yüksek faizli getiri ile tahsil edilen miktar arasındaki farkın munzam zarar oluşturduğundan söz edilerek talepte bulunmuştur.

Asıl alacak davasında davacı talebini paraya dönüştürmüş, hisse senetlerinin değerinin faiziyle tahsilini istemiştir. O dava sonunda da, davacıya ait hisse senetlerinin aynen teslimine değil, yetkisiz satış tarihindeki değerinin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmiştir.

Davacı, ilk davada alacağını para olarak somutlaştırdığına göre, davalı borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibari ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansınma durumu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranları, TL karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik tabloları araştırılıp saptanmak, bu alanda uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılarak değinilen zaman dilimi içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle davacının uğradığı zararın açıklanan ölçütlere göre hesaplanacak unsurlar toplamı ortalamaları bulunduktan sonra ortaya çıkacak rakamın Devlet İç Borçlanma Senedi'ne göre önceden bilirkişilerce hesaplanan miktardan az çıkması halinde o meblağın, aksi taktirde davacının ıslahla belirginleştirdiği meblağ temel veri alınarak alacağın tazminat niteliğinde olduğu ve bu zararın oluşumunda ülkenin sosyo-ekonomik realitesinin etkili olması nedeniyle bütün kişi ve kuruluşların etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu gözetilerek gerek duyulduğunda BK'nın 43. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapıldıktan sonra davacının munzam zararının hüküm altına alınması gerekirken, tacir olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde yatırım veya başkaca nema getirici alanda değerlendireceği yolundaki hayatın olağan akışına özgü olgular ve davalının kusursuzluğunu ispat edemediği gözden kaçırılarak davanın reddi doğru olmamıştır...). Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : 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." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (Yarg. H.G.K) E. 2007/11-55 - 2007/53, T. 07.02.2007. (Kazancı)

bozmuştur. Yerel mahkemenin ısrar kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu, davacının zararını somut olarak ispat etmesini aramış ve yerel mahkeme-yi haklı görmüştür.⁵¹

51 Davacı bu dava ile; Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca temerrüt faizini aşan munzam zararını istemektedir. Munzam zararın anlaşılabilmesi için öncelikle temerrüt faizinin hukuksal niteliği üzerinde durulmasında yarar vardır.

Bilindiği gibi temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresinde varlığını sürdüren bir karşılık olması itibarıyla, zamanında ifa etme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içerisindedir. Borçlu kusurlu olsun olmasın, sonuçta borç alacaklıya zamanında ödenmemiş demektir.

İşte, gerek İsviçre ve gerekse Türk kanun koyucusu alacaklıya zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın temerrüt faizini talep edebilme hakkı tanımıştır. Giderek, faiz yükümlülüğünün doğumu için borçlunun ahkoyduğu para miktarından yarar sağlaması şart olmadığı gibi, bu yararların iadesi amacını da taşımaz.

Diğer taraftan temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir. Borçlu bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlayarak faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Bunun yanında temerrüt faizi, sözleşmeden doğan para borçlarının yanı sıra, sözleşme dışı hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarında da uygulama alanı bulabilir. (Dr. Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından düzenlenen Genel Sonuçlar 1992, s:127, YGK. 01.01.1992 gün E: 1991/11-615, K: 1992/57) Davamızın konusu olan munzam zarar ise, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre alacaklı, geç ödeme sebebiyle az yukarıda açıklanan geçmiş günler için öngörülen faizle karşılanamayacak bir zarara uğramış ise, borçlu geç ödemediği dolay kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı karşılamak zorundadır.

O halde, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesinde öngörülen faizi aşan zararın ödenebilmesi için, uğranılan zararın varlığı ile miktarının kanıtlanması gerekir. Bu zarar kanıtlandığı takdirde borçlu, ancak kendisinin geç ödemediği dolay hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmesi halinde bu zararın ödenmesi yükümlülüğünden kurtulabilir. Bu konuda kanıtlanması gereken, muayyen paranın gününde ödenmemesinden doğan zarardır. Diğer bir deyimle alacaklı davacı, fiilen uğradığı zararın ne olduğunu ve miktarını kanıtlamak durumundadır. Doğaldır ki bu zarar, paranın zamanında ödenmemesinden dolay mahrum kalınan "muhtemel kar" yada "farz edilen gelir" değildir. Bu zarar, davacının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış olduğu fiili zarardır. Hal böyle olunca, iddia olunan zararı doğuran somut vakıanın ve bu nedenle uğranılan zararın kanıtlanması gerektiği, duraksama yaratmayacak kadar açık bir olgudur. Hemen ifade etmek gerekir ki, faiz oranları Borçlar Kanunu ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir.

Yasa koyucu, bir para borcunun gününde ödenmemesinden dolayı alacaklının zarara uğrayacağını kabul edip, bu zararın, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik konjonktürü dikkate alarak belli bir oranda olacağını benimsemiştir. Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesine göre temerrüt faizi oranı %5 iken, 4.12.1984 gün ve 3095 sayılı Yasa ile bu oranın %30'a çıkarılması ve yine 3095 sayılı Yasa'da 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu Merkez Bankasının kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont faiz oranı esas alınarak, değişen faiz oranlarının benimsenmesi bunun kanıtıdır. Bu noktada, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar (enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki devamlı düşüş) dikkate alınarak, yasa hükmüyle geçmiş günler faizine ilişkin düzenleme yapılmış iken, aynı olguların, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde öngörülen munzam zararın bilinen kanıtları olarak gösterilip, bunların doğurduğu olumsuzluklar, gerçek zarar olarak gösterilemez.

Aksinin kabulü halinde yasa koyucunun bu olumsuzlukların karşılığına dair

Görüldüğü üzere genel kurul aynı yıl içerisinde verdiği yaklaşık aynı özelliklere sahip iki davada birbiriyle tamamen çelişen kararlara imza atmıştır. Anlaşılmaktadır ki özel daireler arasındaki görüş ayrılığı, Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarına da etki etmektedir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin çelişkili kararları nedeniyle toplanan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 1999 ve 2002 tarihlerinde konuyu görüşmüş ve içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

“Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesi “hakimin takdir hakkı”, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesi de “hakimin delilleri serbestçe edindiği kanaate göre takdiri” konusunu düzenlemektedir. Görüldüğü şekilde, her iki konuda hakimin önüne gelen somut olayların

saptamasının hiçbir anlamı kalmayacağı açıktır. Yasa koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların tevlihdede zarar dolayısıyla tazminat oranını Anayasa'dan aldığı yasa yapma yetkisine dayanarak belirlemiş iken, zımnen bu takdirin yerinde olmadığı ileri sürülüp, aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu kabul edilemez. Yetkili mercii kararını vermiş, yasayla hükmünü vaz etmiştir. Uğranılan zarar, yetkili mercii belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o mercii, zararın oranını belirlemek için kullandığı, dikkate aldığı, değerlendirdiği ölçülere ve bunların “maruf ve meşhur” oldukları olgusuna değil, davaya özgü, somut vakıalara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır. Burada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin yarattığı istisna uygulanamaz. Zira kanıtlanacak olgular anılan maddede sözü edilen “maruf ve meşhur” olan enflasyon, para değerindeki düşüş yada mevduat faiz oranları değil, az yukarıda açıklandığı gibi geç ödeme ile davacının maruz kaldığı zararı tevlihdede eden vakıalar ve bu vakıalar nedeniyle uğranılan fiili zarardır. Örneğin, alacağını gününde alamayan alacaklının, aynı gün vadesi gelmiş bir borcunu ödemek için, borçlunun ödediği geçmiş günler faizi yerine bunun üzerindeki bir faizle borçlanması, yada alacaklına daha yüksek oranda faiz ödemek durumunda kalması; dövizle ödemeyi kabul ettiği borcu için, alacağını gününde tahsil edememesi nedeniyle sonraki günlerde daha yüksek kurdan döviz satın almak zorunda kalması gibi maddi olgularla kanıtlanan zarar söz konusudur. Denilebilir ki, Borçlar Kanun'unun 105. maddesinde öngörülen munzam zararın, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi ve 3095 sayılı Kanun ile saptanan faiz oranının dayanağı olan ekonomik olumsuzluklara dayandırılması ve herkesçe bilinenin kanıtlanmasına gerek olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir. Zararın varlığı ileri sürülerek somut olgular ile kanıtlandıktan sonra, zararın miktarının belirlenmesinde, yukarıda açıklandığı gibi, zamanında ödeme yapılmadığı için alınmak zorunda kalan borca ödenen yüksek faiz oranının, mal varlığında meydana gelen azalmanın veya dövize ödenen yüksek kurun ve ülkede cari diğer ekonomik göstergelerin dikkate alınacağı tabiidir. Görülmekte olan davada az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, somut vakıalara dayanılarak bir zararın gerçekleştiği ileri sürülüp, kanıtlanmadığından, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi gereğince tazminata hükmedilemeyeceği kuşkusuzdur. O halde yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı usul ve yasaya uygun olup yerindedir, Onanması gerekir.” (Yarg. HGK E. 2007/11-668 – K. 2007/798, T. 31.10.2007 - Kazancı). Ayrıca Bkz . aynı yönde Yarg. HGK E. 2004/5-460 – K.2004/614, T. 24.11.2004 (Kazancı).

kendine özgü durum ve koşullarıyla doğrudan ilgili oldukları açıktır. Bu nitelikte, kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yoluyla tek bir ispat vasıtasına bağlanması, Hâkimin, delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir.⁵²

Ne var ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı konuya ilişkin olarak yaklaşık dokuz ay arayla aldığı birbirinin zıddı iki karar, konunun tamamen böyle olmadığını ortaya koymaktadır. Yargıtay, kanunların ülke çapında yeknesak uygulanmasının sağlayıcısı olmalıdır.

Kanımızca bu noktada özellikle tacirlerin alacakları bakımından bir zarar karinesinin benimsenmesinin gerekli olduğu söylenmelidir. Tacir, kar elde etme amacıyla bir ticari işletme işleten kişi olduğuna göre, kanun tarafından basiretli iş adamı gibi hareket etmekle mükellef tutulan (YTTK m. 18 f. 2, ETTK m. 20 f. 2) tacirlerin, ellerinde bulunan meblağları kar amacıyla kendi faaliyet konularındaki yatırımlara dönüştürecekleri; bu alanda uygun yatırım imkanı bulunmaması halinde ise en kötü ihtimalde mevduata, dövize ve sair para ve sermaye piyasası araçlarına yatırarak değerlendirecekleri, böylece sermayelerini paradaki değer kayıplarından koruyacakları yönünde ticaret hayatında genel bir kabul vardır. Kanun dahi, tacire ait nakdin varlık amacının gelir getirmek, en azından kendi değerini korumak suretiyle sermaye gücünü yitirmemek olduğunu kabul etmektedir. (YTTK m. 20, ETTK m. 22 hükmüne göre tacir, verdiği avanslar ve yaptığı masraflar için ayrıca kararlaştırılmasa dahi ödeme tarihinden itibaren kapital faize hak kazanır.)

Bu itibarla tacirler yönünden bir zarar karinesinin varlığını kabul etmek zorunludur. Bunun bir karine olduğu, bir faraziye olmadığı, aksi iddianın borçlu tarafından ispat olunabileceği de göz önünde tutulmalıdır.

Sonuç olarak tacirlerin alacakları bakımından içtihatların bu yönde birleştirilmesi konusunda tereddüt etmemek gerekir.

Tacir olmayan kişilerin alacakları bakımından aynı kararlılıkta olmak güçtür. Alacaklıların sosyal ve ekonomik yapılarındaki çeşitlilik ve paranın miktarına göre değişebilen tutumları, bu hallerde munzam zararın varlığı konusunda bir fiili karinenin kesin olarak kabulünü güçleştirmektedir. Ancak bu durumlarda da ispat konusunda esnek davranılma-

⁵² Özdemir, s. 73 ten naklen.

lıdır. Özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde kişilerin Türk parasından kaçtıkları ve nakitlerini faiz, döviz, kıymetli maden gibi yatırım araçlarında değerlendirdikleri maruf ve meşhur bir vakıadır. Özellikle asıl alacak ve faizine ilişkin yargılamanın çok uzun sürdüğü dönemlerde,⁵³ temerrüt faizine faiz işletilemediği (YBK m. 121 f. 3, EBK m. 104 f. 3); ancak enflasyon oranlarının kümülatif olarak katlandığı hususu da göz önüne alındığında paranın değerinde çok ciddi bir aşınma olduğu kuşkusuzdur. Bu itibarla yüksek enflasyon dönemlerinde zararın varlığına dair bir karinenin varlığı kabul edilmelidir. Borçlu ise değer kaybına ilişkin bu fiili karinenin aksini ispat imkanına sahip olacaktır.

Bununla birlikte enflasyonun düşük oranlarda seyrettiği dönemlerde alacaklı munzam zararını ispat etmelidir.

Keza enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde dahi olsa somut olayın özellikleri, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, alacağın miktarının azlığı da dikkate alınarak alacaklının temerrüt gerçekleşmeseydi elde edeceği meblağı tüketeyeceği veya değer kaybına karşı korunma sağlamayacak bir tüketim malına yatıracağı söylenebiliyorsa, alacaklıdan zararını ispat etmesi istenmelidir.

YOKSUN KALINAN KAZANÇLAR:

Alacağın konusunu oluşturan paranın kar elde etmeye dönük bir yatırıma yönlendirilememesi de bir munzam zarar kalemi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda zarar, malvarlığının aktifindeki artış imkanının engellenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu ihtimalde alacaklı, temerrüde konu alacağını zamanında elde etmiş olsaydı gelir getirici bir yatırıma yönelteceğini ispatlamalıdır.

Bu noktada tacirlerin elde edecekleri alacaklarını kendi faaliyet konularında kara ulaşma amacıyla değerlendirecekleri konusunda bir karinenin kabul edilmesi gerekir. Ancak bu karine tek başına karı ispat etmeye yetmemelidir. Alacaklıya ait ticari işletmenin genel gidişatı, karlılık durumu göz önüne alınmalı, iddiaya konu gelir getirici faaliyetin niteliği ve bu faaliyetin gerektirdiği giderler irdelenmeli, temerrüt gerçekleşmeseydi tacirin işletmesinin içinde bulunacağı mali durum bir bütün olarak değerlendirilmelidir kanısındayız.

Zira Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, alacaklı bankanın temerrüde konu meblağı “kredi olarak kullandıramamaktan kaynaklanan kar kaybına ilişkin” munzam zarar talebine dair bir davada şöyle içtihat etmektedir:

“.....bankanın **somut olaydaki türden zararı için** “borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve Devlet Tahvil’lerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle, bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmesi” **şeklindeki hesap tarzının uygulanmaması; bankanın para ticaretiyle iştigal ediyor olmasına rağmen mevcudundaki her parayı ticari kredi çerçevesinde değerlendirmeyeceğinin, bir ticari işletme olması nedeniyle işletme giderleri, diğer teçhizat v.s. masraflar olarak da değerlendirileceğinin, bu nedenle ticari kredi faiz oranlarının tek başına munzam zarar hesabında esas alınamayacağını gözetilmesi;** gerektiğinde somut olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın BK’nun 42 ve 43’üncü maddesi çerçevesinde mahkemece değerlendirmeye de tabi tutulması; bundan sonra bulunan bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken alması gereken temerrüt faizi miktarı düşülerek, hasil olacak sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekmektedir.”⁵⁴

ALACAKLININ, TEMERRÜT NEDENİYLE KENDİ ALACAKLILARINA KARŞI TEMERRÜDE DÜŞMESİ VEYA ÖDEME GÜÇLÜĞÜNE UĞRAMASININ DOĞURDUĞU ZARARLAR:

Alacaklının alacağını temerrüt nedeniyle tahsil edememesi veya geç tahsil etmesi hallerinde borçlu, kendi alacaklılarına karşı temerrüde düşebilir. Uygun illiyet bağı bulunması şartıyla borçlu, alacaklısının içine düştüğü borçlu temerrüdünün neticelerinden de munzam zarar tazminatı kapsamında sorumludur.⁵⁵ Bu durumda alacaklının, kendi alacaklılarına ödediği temerrüt faizi, cezai şart tazminatı, icra inkar tazminatı, yasal avukatlık ücretleri, takip ve dava masrafları ile munzam zarar tazminatları, kendi munzam zararını oluşturur.

Keza alacaklının alacağını elde edememesi sebebiyle kullanmak zorunda kaldığı kredilere ilişkin maliyetler de munzam zararın kapsamına dahildir.

54 Yarg. 11. HD. 2005/6024 E. – K. 2006/5636, T. 15.05.2006. (Kazancı)

55 Hakan Albaş, Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105) s. 203, 204.

Yargıtay da aynı görüştedir.⁵⁶

HUKUKİ GİRİŞİMLERE İLİŞKİN MASRAFLAR:

Alacaklının temerrüde konu alacağını tahsil edebilmek için yapmak zorunda kaldığı masraflar da munzam zarar kapsamında değerlendirilmelidir.

Alacaklının alacağına kavuşmak için avukat tayin etmesi, alacağın tahsili için girişilen takip ve yargılama giderleri YBK m. 122 (EBK m. 105) hükmünün tanımı kapsamındadır. Ancak sayılan bu giderlerin tazmini konusunda özel nitelikteki usul hukuku hükümlerinin bulunduğu ve Borçlar Kanunu hükümleri yerine bunlar uygulanarak sorunun çözülmesi gerektiği de öğretilde ifade edilmektedir.⁵⁷

YABANCI PARA BORÇLARINDA KUR DEĞİŞİKLİNİN NEDEN OLDUĞU MUNZAM ZARARLAR:

Yabancı para borçlarında temerrüt sonrası dönemde yabancı paranın kurunda meydana gelecek değişimlerin alacaklının zarara uğramasına neden olabileceği öğretilde ifade edilmektedir.⁵⁸ Keza kur değişimleri sebebiyle paradaki değer kayıplarının giderilmesi konusunda, bir fiili zarar karinesinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

YBK m. 99 (EBK. m. 83)'ün benimsediği sistem uyarınca, konusu para olan borç Türk parası ile ödenir. Ancak sözleşmenin tarafları sözleşmenin konusunun yabancı para borcu olmasını kararlaştırabilirler.

56 "Dava, eser sözleşmesine dayalı alacağın geç tahsili nedeniyle uğranılan munzam zararın tazmini istemine ilişkindir. Davalı reddini savunmuş, mahkemenin davanın reddine dair kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalının taraflar arasındaki sözleşmeyi feshi nedeniyle açılan davada 1.205.27 YTL hakediş alacağı ile 536.76 YTL cezai şartın davalıdan tahsiline karar verilmiş, dereceattan geçmek suretiyle kesinleşmiştir. Davacı bu alacağının geç tahsili nedeniyle uğradığı munzam zararının ödenmesini istemektedir. Alacağına zamanında kavuşmadığından aleyhinde icra takipleri bulunduğunu, SSK primlerini zamanında ödeyemediği için icra takibatına maruz kaldığını yine vergi dairesine ve bankaya borçlarını ödeyemediği için cezalı duruma düştüğünü iddia etmiş ve bu konuda delillerini dosyaya sunmuştur. Kural olarak alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günlük faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararın tazmini ile yükümlüdür (BK.105/II.md.). Ancak zararın somut delillerle ortaya konulması zorunludur. Daire'mizin yerleşen uygulaması da bu yöndedir. O halde mahkemece, davacının dosyaya sunduğu delilleri toplanmalı aleyhine yapılan takipler nedeniyle ve almış olduğu krediler için fazladan ödemek durumunda kaldığı faiz, ceza gibi somut olarak uğradığı zararlar gerektiğinde davacının defter ve kayıtları da bilirkişiye incelettirilmek suretiyle varsa munzam zararı Yargıtay denetimine elverişli biçimde hesaplatılmalı, sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan ve hukuki değerlendirmede yanlıya düşülerek davanın reddi usul ve yasaya aykırı olmuş kararın bozulması gerekmiştir." (Yarg. 15. HD. E. 2007/6046 – K.2008/1346, T. 03.03.2008 - Kazancı)

57 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s. 201, 202.

58 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s. 212, 213, 214.

Bu durumda para ediminin sadece yabancı para olarak ifa edilebileceği kararlaştırılmadığı takdirde borçlu, borcunu dilerse yabancı para olarak, dilerse yabancı paranın vade tarihindeki Türk parası karşılığı olarak ödeyebilir.

Yabancı para borcu vadesinde ödenmediği takdirde ise, seçim hakkı alacaklıya geçmektedir. Alacaklı alacağını yabancı para olarak talep edebileceği gibi; sözleşmede borcun aynen ödeneceği kararlaştırılmadığı takdirde borcun Türk parası olarak ödenmesini de isteyebilir. (YBK m. 99 f. 3) Türk parası ile ifayı talep eden alacaklı, borcun vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden ödenmesini tercih etme hakkına sahiptir.

Önceki Borçlar Kanunu döneminde konuyu düzenleyen EBK m. 83 hükmünden hareketle, bir görüş yabancı para borcunu vadesinde ödemeyen borçlunun, ödemede kullanılacak para birimini belirleme yetkisinin vade sonrasında da devam ettiğini ileri sürmekteydi.⁵⁹ Karşı görüş ise borçlunun bu yetkiyi kaybettiğini ve kuru belirleme yetkisinin tamamen alacaklıya geçtiğini savunmaktaydı.⁶⁰

Yeni Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen 99. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi durumunda artık borçlunun para birimini belirleme hakkının ortadan kalktığı ve seçim hakkının tamamen alacaklıya geçtiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Zira anılan hükümde alacaklının seçim hakkının kapsamı düzenlenirken, yabancı para borcunu doğuran sözleşmede yabancı para ile aynen ödeme kararlaştırılmadığı takdirde alacaklının yabancı para veya Türk parası seçeneklerinden her hangi birini seçmede serbest olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu açık ifade karşısında yeni kanun sisteminde artık yabancı para borcunu ödemede temerrüde düşmüş borçlunun para birimini belirleme yetkisinden söz edilemeyecektir. Alacaklı, borcun Türk parası ile ödenmesini tercih ettiği takdirde, bu kez vade veya fiili ödeme günündeki kurlardan birini tercih etme yetkisine de sahip olacaktır.⁶¹

Yabancı para borçlarına ilişkin munzam zarar halleri bu hukuki durum göz önüne alınarak irdelenmelidir.⁶²

1. Temerrüt Devresinde Yabancı Paranın Değer Kaybetmesi (Kurun Düşmesi):

Türk parasının yabancı paralar karşısında sürekli değer yitirdiği geçmiş dönemlerde gerçekleşme ihtimali olmayan bu durum, güncel dönemde gözlenir hale gelmiştir. Pratik değeri artmaya başlayan bu olgu şu ana ihtimaller çerçevesinde incelenebilir.

59 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s. 99

60 Serozan, s. 80

61 EBK döneminde yabancı para borcunu vadesinde ödemeyen borçlunun, ödemede kullanılacak para birimini belirleme yetkisinin ortadan kalktığı ve bu yetkinin tamamen alacaklıya geçtiği yönündeki görüş için bkz. Serozan, s. 80. Karşıt görüş için bkz. Barlas, s. 99.

62 Barlas, Para Borçlarında Temerrüt, s. 218, 219.

a. Temerrüt Üzerine Para Birimini Belirleme Hakkımı Elde Eden Alacaklının, Tercihini Yabancı Paradan Yana Kullanması:

Bu halde değeri düşen yabancı para üzerinden ödeme talebinde bulunan alacaklı, zarara bizzat kendi seçimi ile sebebiyet vermiş olacağı için munzam zarar talebinde bulunamayacaktır.

b. Alacaklının Tercihini Türk Parasından Yana Kullanması:

Bu durumda alacaklı, kuru belirleme hakkına da sahip olacaktır.

b.a) Alacaklı vade tarihindeki yüksek kuru seçerse; yabancı para da değer kaybından söz edilemeyecek ve zarar oluşmayacaktır. Bu ihtimalde munzam zarardan söz edilemez.

b.b) Alacaklı fiili ödeme tarihindeki düşük kuru seçerse; zarara tamamen kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olduğundan temerrüt ve zarar arasındaki illiyet bağı kesilecek ve borçlu oluşan zarardan sorumlu olmayacaktır.

Yargıtay da önüne gelen bir davada bu görüş doğrultusunda hüküm kurmuştur.

“Ancak, davacı B.K.nun 83.maddesi uyarınca alacağını yabancı para üzerinden isteme olanağına sahip iken tercih hakkını “TL:” üzerinden kullanmış, faturaları “TL” olarak düzenlemiş ve “TL” üzerinden icra takibine girişmiştir. Bu durumda artık, kur farkı alacağı talebinde bulunamaz. Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin kur farkına ilişkin talebin kabulünde isabet görülmemiştir.”⁶³

2. Yabancı Paranın Temerrüt Devresinde Değer Kazanması (Kurun Artması):

a. Alacaklının Ödemenin Yabancı Para Birimi ile Gerçekleştirilmesini Talep Etmesi:

Bu ihtimalde, ödemenin değer kazanan yabancı para birimi ile yapılması sonucunda alacaklının her hangi bir zararı olmayacaktır.

b. Alacaklının Tercihini Türk Parasından Yana Kullanması:

Kurun esas alınacağı tarihi belirleme hakkının da alacaklıda olduğu bu ihtimalde:

b.a) Alacaklı vade tarihindeki düşük kuru seçerse; zarara kendisi sebebiyet vermiş olacak ve borçlu zarardan sorumlu tutulmayacaktır.

63 Yarg. 19. HD, E. 2005/1450 – K. 2005/11767, T. 29.11.2005 (Kazancı)

b.b) Alacaklı fiili ödeme tarihindeki yüksek kuru seçerse; bu durumda temerrüt tarihine göre daha elverişli bir pozisyon yakalamış ve daha fazla Türk parası satın alabilecek duruma erişmiştir. Munzam zarar söz konusu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Albaş, Hakan: Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.m.105) Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Ayrancı, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)
- Barlas, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992
- Barlas, Nami: İfa Engelleri Hukuku Seminerleri, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal
- Bilimleri Enstitüsü, 2010 Güz Dönemi, Yüksek Lisans – Doktora Programı Dersleri
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 1996
- Oğuzman M. Kemal / Öz Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Özdemir, Atalay: Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Turhan Kitabevi, 2004
- Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998

SANATÇILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Av. Kayhan ÖZEL¹

Özellikle Tv dizilerinde rol alan sanatçıların hukuki statüsündeki tartışmalar nedeniyle medyada oldukça güncellik kazanan “Sanatçıların Sosyal Güvenliği” kavramı, maalesef kanunlarımızdaki düzenlemeler ve olayın tarihi gelişimi tam bilinmediği için gerek Sosyal Güvenlik Kurumu ve gerekse taraflar yönünden tam bir kaosa sürüklenmiş ve düzenlemeler yeterli olmasına rağmen “yeni bir filmciler yasası” arayışına kadar götürmüş bulunmaktadır.

Evvelden beri, sanatçıların genelde bağımsız çalışanlar olması nedeni ile ancak Bağ-Kur (şimdiki 5510/4/1- b) üyesi olabilecekleri, sosyal güvenlik açısından SSK (şimdiki 5510/4/1- a) ile bir ilişkilerinin bulunmadığının ileri sürüldüğü² bilinmektedir.

5510 Sayılı Kanun'la birlikte evvelce üç ayrı birim olan SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı statülerinin birleştirilmeye çalışıldığı, ancak bir çatı altında üç ayrı kurumun bağımsızlıklarını korumaları yüzünden belki sadece bina yönünden tasarruf edilebildiği ortadadır. Bu birleştirme çabası sonucu da anılan kanun üç ayrı statüyü bünyesinde buluşturan bir kod-dan ileri gidememiştir.

5510 Sayılı Kanun'un eleştirisi bir yana, meşhur 4. maddesi ile sigortalı sayılanlar belirlenmiş ve sanki bütün sayılanlar aynı statüye tabi imiş gibi bir intiba uyandırılmış ise de kanunun ilerideki hükümleri ile üç statüdekilerin hakları ayrı tutulduğundan, kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılanların eski SSK; (b) bendinde sayılanların eski Bağ-Kur ve (c) bendinde sayılanların da eski Emekli Sandığı statüsünde olan çalışanları kapsadığı ve üç statünün de giriş, devamlılık ve emeklilik koşullarının farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ve diğer bazı sebeplerle 4/1-c statüsünde olanlar hariç olmak üzere genellikle eski Bağ-Kurlu olanların emeklilik süre ve şartları daha ağır olduğundan bunları bir şekilde 4/1-a statüsünde bulunmayı tercihe yöneltmektedir.

Diğer yandan, sadece 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-a statüsünde olmanın sendikal hakları kullanmak için yeterli olduğu kanısı da bir kısım çevreyi

1 İstanbul Barosu

2 Daha geniş bilgi için bkz. Doç Dr. Burhan ÖZDEMİR, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1999, Sh.31-42

bu statüye geçmeye yöneltmektedir. Bir başka sebep de 4/1-b statüsünde vergi ve prim ödemek sigortalının ödevi iken 4/1-a statüsünde işverenin görevi olmasının getirdiği cazip ekonomik avantaj olmalıdır.

Kanun'un düzenlemesine dönersek, "Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların 4/1-a bendine göre yani eski SSK statüsüne göre sigortalı oldukları anlaşılmaktadır. Diğer yandan, kısaca "...hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, ...ticari kazanç veya **serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanların** da 4/1-b bendine göre (eski Bağ-Kur) sigortalı sayıldıkları kuralı getirilmiş bulunmaktadır.

Şimdi, bu hükümlerin çok açık metnine göre, bir hizmet akdine bağlı olarak çalışan sanatçıların 4/1-a sigortalısı, kendi adına bağımsız çalışması nedeni ile gelir vergisi mükellefi olan ve eser (istisna) sözleşmesine göre çalışan sanatçıların ise 4/1-b sigortalısı olacağı ortadadır.

Hal böyle iken, 5510 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında, birinci fıkranın a bendinde yazılı hükümlerin, 7 bent halinde sayılan ve gerçekte 4/1-a sigortalısı olamayacak bir kısım çalışanlar, bu arada bu fıkranın (b) bendine göre "Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar" hakkında da uygulanacağı kuralı konmuştur.

İlk bakışta bu hüküm 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki düzenleme ile çelişir gözükmektedir. Gerçekten bir sanatçı hizmet akdi ile çalışıyorsa, tartışmasız 4/1-a bendine yani eski SSK statüsüne tabi olmalıdır. O halde ikinci fıkradaki hüküm neden getirilmiş olmalıdır.

İşte burada tarihi gelişime bakmak yararlı olacaktır.

506 Sayılı kanun zamanında da hizmet akdine tabi çalışan sanatçılar bu kanun hükümlerine, vergi mükellefi olan ve hizmet akdi yerine eser sözleşmesi ile çalışan sanatçılar ise 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu statüsüne tabi idiler. Ne var ki, zamanında Bağ-Kur kapsamına alınmayan veya başvurmayan, başka bir ilişki nedeni ile SSK ile de ilişkilendirilmeyen ve bu nedenle emekli olmaları süre ve yaş bakımından olanaksız hale gelen sanatçıların yakınmaları sonucu 1978 yılında 2167 Sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna eklenen ve bilahare Ek.10. madde haline gelen düzenleme ile yukarıda ikinci fıkra (b) bendindeki düzenleme aynen getirilmiş ve ayrıca sanatçılara borçlanma imkânı da tanınarak emekli olmaları sağlanmaya çalışılmıştır. Maddedeki sanatçılar listesi de bir genelge ile yayınlanmıştır.³

3 Daha geniş bilgi için bkz. Av. H.Argun BOZKURT, Sanatçılar ve Sosyal Güvenlik Hukuku,

Benzer yakınmalar nedeni ile 1983 yılında 2959 Sayılı, 1987 yılında 3395 ve 1994 yılında 4056 Sayılı Kanun'larla borçlanma imkânları yeniden tanınmış, ancak bu sıfatı haiz olmayan bazı kişiler tarafından suiistimal edilmiş, bu durum pek çok yargı kararına konu olmuştur.⁴

Bu suretle 1978 yılında 2167 Sayılı Kanunla başlayan ve sanatçıların bazı koşullarla 4/1-a (eski SSK) statüsünde sayılmalarına ilişkin bu düzenleme 5510 Sayılı Kanun'da da aynen korunmuş bulunmaktadır. Gerekeceği çeşitli nedenlerle emekli olamayan sanatçıların daha elverişli şartlara göre ve daha önemlisi borçlanma suretiyle zamanında yatırılmayan primlerin tahsili ile emekli olmalarını sağlamak olsa da, anlaşılan kanun koyucu, hizmet akdi ile çalışmayan, aksine istisna veya vekâlet akdine dayalı çalışan sanatçıların da, 4/1-b (Bağ-Kur) statüsünde sayılmalarını gerektiren zorunlu haller, yani tamamen bağımsız çalışma ve vergi mükellefi olma halleri dışında 4/1-a sigortalısı olmalarına imkân tanıyan özel bir düzenlemeyi kabul etmiş ve sürdürmüş bulunmaktadır.

Ne var ki, son günlerde TBMM Başkanlığı'na sunulan tasarıdan da anlaşıldığı gibi, bu düzenleme ve bir nevi imtiyaz olarak tanınan borçlanma hükümleri beklenen yararı sağlamamış, sanatçıların sosyal güvenliğindeki kaos devam etmiştir.

Bu kargaşanın bir nebze olsun giderilmesini teminen 6111 Sayılı Kanun'la 5510 Sayılı Kanuna eklenen Ek 6. madde ile yeni bir usul daha ihdas edilmeye çalışılmıştır. Bu düzenleme ile taksi ve dolmuş şoförleri ile Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan ve çalışma gün sayısı ay içinde 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, **kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanacaktır.** Geçici 29. Madde ile de birinci yıl için 18 günlük prim yatırılması, takip eden yıllarda da bu primin birer puan artırılması olanağı sağlanmıştır. Kanundaki düzenlemeye göre yatırılan primler yaşlılık, malullük ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortasına esas olup iş kazaları ve meslek hastalıklarını kapsamamakta ve bu sigorta kollarından yararlanabilmek için, işsizlik sigortası gibi, seçimlik bir hak ta tanınmamaktadır. Yararlanma usulleri her iki kurumca da tebliğ ve genel yazılarla düzenlenmiş olup uygun alt yapının kurulamaması nedeni ile uygulama henüz başlamıştır.

Bu düzenlemedeki hukuki niteliğe gelince, ayda 10 günden az çalışan taksi şoförleri ve sanatçılar, kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir veya birden

Ankara, 1997, Sh. 35 vd.

4 Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 9.Baskı, Sh.94

fazla işveren tarafından çalıştırıldığına göre, bu çalışanların doğal olarak Kanunun 4/1-a maddesi uyarınca sigortalı sayılmaları ve çalıştıkları gün üzerinden bildirge verilerek primlerinin işverenleri tarafından ödenmesi; eksik kalan günlerin ise sigortalı tarafından isteğe bağlı sigortadan yararlanmak suretiyle tamamlanması kanunun ruhuna ve özüne daha uygun olurdu. Ne var ki, işverenler bu düzenleme ile prim ödeme yükümünden kurtulmaktadırlar. Ancak hemen söyleyelim ki, aradaki ilişki tamamen hizmet akdi olduğundan, işverenin ödediği ücretlerden tevkifat yaparak vergi dairesine ödemesi gerekmektedir. Bunun gibi 4857 Sayılı Kanunun hizmet akdine ilişkin bütün hükümleri ile 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun bu çalışanlara uygulanması zorunlu bulunmaktadır. Yani bir kısım sigorta primlerini işçinin kendisinin ödemesi işvereni bu külfetlerden kurtarmamaktadır. Sadece 12 günden başlayarak müteakip yıllarda azalan prim ödeme yükü avantajı için bu tür bir düzenlemeye gerek olup olmadığı tartışmasına girmiyoruz.

Yayınlanma gerekçesini tartışmadan, sanatçuların 4/1-a ve 4/1-b statülerinin belirlenmeye çalışıldığı bir SGK genel yazısına değinmek gerekiyor.⁵ Bu yazıda (yönetmen), senarist, özgün müzik yapımcısı ile başrol oyuncularının 4/1-b sigortalısı, diğer çalışanların ise 4/2-b hükümlerine tabi olacağı ve en ilginç aralarındaki ilişkinin hizmet akdi sayılacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Yazıdan maalesef SGK'nun, 4/1-a ve 4/2-b bent hükümlerine göre sigortalılık ayırımının farkında olmadığı, daha doğru bir deyişle aradaki ilişkinin hukuki niteliği ile belge vermek ve prim ödemek yükümünün kimin üzerinde olduğu konusunda tam bir fikre sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanunun 4/1-a bendi hizmet akdi ile çalışanların statüsünü belirlemektedir. Yani bir kişi ister sanatçı ister düz işçi olsun bir veya birden fazla işveren ile açık surette "hizmet akdi" yaparak çalışıyorsa bu çalışan 4/1-a (eski SSK) sigortalısıdır ve primlerinin işvereni veya işverenleri tarafından bildirge verilerek ödenmesi gerekmektedir. Yani prim borçlusu sigortalı değil işverendir.

Kanunun 4/2-b bendindeki düzenleme ise, **hizmet akdine göre değil, istisna veya vekâlet akdine göre çalışan sigortalıların statüsünü belirlemektedir. Bu çalışanların ise primlerinin KENDİLERİ tarafından ödenmesi gerekmektedir.**⁶ Böylece sanıyorum ilk kez herkes bu yeni kavramla tanışmış olmaktadır.

2167 Sayılı ve takip eden kanunlarla yapılan düzenlemelerde yargı

5 SGK Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, Sayı: B.13.2.SGK.0.10.03.01.MEV-EC-13218530

6 ŞAKAR, age. Sh94

önce bu inceliği kavramamış ve o tarihlerde Ek 10. madde ile yapılan düzenlemede kast edilenlerin “hizmet akdi” ile çalıştıkları yorumuna varmıştır. Ancak bilahare bu görüş değiştirilmiş ve “...Sanatsal faaliyetlerin serbestçe icrası asıldır. Sanatçının mutlaka bir işverene bağımlı olarak çalışmasını 4056 Sayılı Kanun öngörmemiştir. 506 Sayılı Yasanın Ek-10. maddesinde de işverene bağımlı olarak başka bir ifade ile hizmet akdi ile çalışmayı koşul olarak kabul edilmemiştir. Madde işveren ile sanatçı arasındaki mesleki ilişkiyi aramaktadır.” sonucuna varılmıştır. (Yargıtay HGK 23.09.1998 tarih ve 1998/21-620 E, 1998/613 K. Sayılı kararı) Yine aynı doğrultuda, Yargıtay 21. HD 27.06.2001 tarih, 2001/3652 E., 2001/5041 K. Sayılı kararında “...Böyle olunca da Ek.10. maddenin sanatçıların lehine getirilmiş bir hüküm olduğu kabul edilmelidir. Bu maddenin bir başka **getirilme nedeni de mahkemelerin ağırlıklı olarak sanatçıların çalışmalarının istisna akdine dayandırma eğilimine girmeleridir.** (vurgu yazarın) Sözü edilen maddenin lafzı ile amacının çeliştiği açıktır... Sanatçının bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmış olmaları koşulu ile aradaki ilişki ister istisna, ister vekâlet, isterse bir başka akit türüne dayanmış olsun zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılmaları gerekir.” denilmekte; Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 04.02.2002 tarih ve 2001/8569 E. ve 2002/629 Sayılı kararında da “...506 Sayılı Kanun’un ek 10. maddesinde, sanatçıların bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılması öngörülmüştür. Burada **hizmet akdi ilişkisi değil mesleki ilişki söz konusudur.** (vurgu yazarı) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Dairemizin uygulamaları da bu doğrultudadır.” vurgusu yapılmıştır. Özellikle zikrettiğimiz Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında çok geniş olarak anlatılan hukuki gelişme ve ilişki, yazının hacmini arttırmamak için buraya alınmamıştır. Ancak bütün bu kararlarda, anılan Ek.10 madde düzenlemesindeki işveren ile sanatçı arasındaki ilişkinin hizmet akdine değil ama eser veya vekâlet veya başka bir akit türüne dayandığı çok açık olarak vurgulanmış bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, eski Ek 10, yeni 4/2-b maddesindeki düzenlemeye göre eski SSK, yeni 4/1-a sigortalısı sayılan ve daha doğru bir deyimle bir veya birden fazla işveren (buradaki işveren deyiminin 4857 Sayılı İş Kanunu ile 5510 Sayılı Kanun anlamında işveren tabiri olmadığı da yargı kararlarında ve teoride vurgulanmıştır) ile çalışan sanatçıların işe giriş, aylık bildirge ve prim ödeme gibi işlemlerinin çalıştıkları kişi veya kurum tarafından yapılmayacağı, daha doğrusu yapılamayacağı ortaya çıkmaktadır. **Gerçekten, belirli bir işvereni bulunmayan sanatçı ve yazarlar bildirge verme, prim ödeme gibi işlemleri kendileri yapacaklardır.**⁷

Peki, SSK veya SGK, sanatçıların kendilerinin bildirge verme ve prim-

7 ŞAKAR, age, Sh.94

lerini ödeme yükümlerini yerine getirebilecekleri bir ortamı bu güne kadar hazırlamış mıdır? Bildiğimiz kadarı ile bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Oysa Kurum'un, bu kişiler için, isteğe bağlı sigorta veya topluluk sigortası gibi uygulamalar oluşturması ve böylece bütün kavram kargaşasına son vermesi gerekmekte idi. **Bugün de yapılması gereken budur.**

Bu suretle, 5510 Sayılı Kanun'un 4/2-b bendinde söz konusu edilen sanatçılar, bir hizmet akdine dayalı olmaksızın 4/1-a sigortalısı sayılacak ve bu statüdeki uygulamalardan yararlanacaklardır. Diğer yandan aradaki ilişki hizmet akdi olmadığından, bu kişiler 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında olmayarak bu Kanunun sağladığı haklardan yararlanmayacak ve haklarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu kere yürürlüğe giren Türk borçlar kanununun 427. Maddesinde, hizmet akdi ile çalışan eser sahiplerinin (oyuncu vs.) fikri ve sınai hakları, eski Borçlar Kanunu'nun 336. Maddesindeki düzenlemeden ayrı olarak, özel kanun hükümlerine yani, FSEK hükümlerine bırakıldığından, sanatçıların iş veya eser sözleşmesine göre çalışmaları son derecede önem kazanmaktadır. Gerçekten, FSEK 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, özel sözleşme hükmü bulunmadıkça işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki, manevi haklar dışındaki mali hakları bunların işverenleri tarafından kullanılacaktır. Buna göre bir sanatçının, eser sözleşmesi ile doğrudan sahip olduğu eser üzerindeki mali haklar, hizmet akdi ile çalışması halinde tam tersine işverene ait olmaktadır. İşte bizim önerdiğimiz ve kanun koyucunun da öngördüğü sistemde, sanatçı eser sözleşmesi ile çalıştığında hem FSEK 'de düzenlenen mali hakların sahibi olacak ve hem de 4/2-b bendinin atfı ile 4/1-a (SSK) sigortalısı sayılacaklardır. Böylece SGK'nın hizmet akdine zorladığı bir statü nedeni ile fikri haklarını da kaybetmemiş olacaklardır.

2821 ve 2822 Sayılı Kanunlar açısından, eser sözleşmesine dayalı olarak çalıştıkları için işçi sayılmayan sanatçılar, bu kere yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki "İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanun'un ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır." hükmüne göre Kanun'un 2 ila 6. bölümleri bakımından işçi sayılacaklardır. Peki, bu ne demektir? Kanun'daki "ücret karşılığı" çalışma ibaresinin, TBK'nın 470. maddesinde eserin bir BEDEL karşılığı meydana getirileceği vurgusu karşısında yaratacağı kargaşayı bir yana bıraktığımızda, eser sözleşmesi ile çalışan sanatçılar, eskiden iki kanunda düzenlenen esaslar bu defa tek kanunda

birleştirildiğinden, eski 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu kapsamında sayılan 2 ila 6. bölümleri açısından işçi sayılacaklar, 7. bölümden itibaren düzenlenen eski 2822 Sayılı Kanunun kapsadığı toplu iş sözleşmesi hükümleri yönünden işçi sayılmayacaklardır. İleride netleşeceğine inandığımız bu düzenlemenin garipliğine girmeden diyebiliriz ki, 274 Sayılı Sendikalar Kanunundaki düzenlemeye benzer bu düzenleme ile bu statüde olan sanatçılar sendika kurabilecek, kurulan bu sendikalara üye olabilecek, ancak bu sendikaların toplu sözleşme yapma ehliyeti bulunmayacaktır. Elbette **hizmet akdi** ile çalışan sanatçıların hem sendika kurabileceği ve bu sendikalara üye olabileceği, hem de kendi adlarına yapılacak toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği tabiidir.

Sonuç olarak; 506 Sayılı Kanun'un Ek 10, 5510 Sayılı Kanun'un 4/2-b maddesi kapsamında olan sanatçılar için Sosyal Güvenlik Kurumunun meslek kuruluşları ile işbirliği içinde "isteğe bağlı sigortalılık" veya "topluluk sigortası" benzeri bir uygulama başlatması ve bu kişilerin bildirme ve prim ödeme yükümlülüklerini kendilerinin yerine getirmesini sağlaması gerekmektedir.⁸ Ancak bunu yaparken de elbette sanatçı ile eser sözleşmesi yapan yapımcı veya diğer kişi ve kurumlardan, ille de kısmi veya tam süreli hizmet akdi ibrazı ve/veya işveren sıfatı ile bildirme verilmesi de şart koşulmamalıdır. Bunun dışında sanatlarını bağımsız olarak yürüten sanatçılarla gelir vergisi istisnası kapsamı içinde olanlar ile serbest meslek faaliyetlerinden ötürü gelir vergisi mükellefi olanların da tartışmasız 5510/4-1/b statüsünde oldukları kabul edilerek işlem yapılmalıdır. Ayrıca 5510 Sayılı Kanun'un Ek 6. maddesi uygulamasından yararlanmak isteyen işverenlerin, aradaki ilişkinin hizmet akdi olduğu bilincinde olarak bu uygulamadan yararlanmaları da mümkün bulunmaktadır. Böylece hukuki statüyü belirlemekten uzak SGK genel yazısı gibi düzenlemelere ve yeni bir filmciler yasasına da gerek kalmayacaktır.

8 Aynı görüşte, Mustafa ÇENBERCİ, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1994, Sh.750 vd.(Zikreden BOZKURT, age, Sh.39

DONANIMLI OLAN İNSAN ÖZGÜR BİREY OLUR

Av. Ali ŞENOĞLU¹

Birey, çalışma alanında donanımlı ise ancak, özgür sayılır.

Birey, donanımlı değil ise, birileri onu kendi egemenlik-nüfus alanına alır, kendi menfaatine uygun şekilde evirip-çevirip donatır; önceliği ve üstünlüğü, egemenliğine girilen- donatmak isteyenlere bırakır.

Buna ordu, silahla engel olunamaz. Buna engel olmanın yolu, bilgiye ulaşmakla ve bilgiyi kontrol altına tutmakla olur.

Bu yol, ışık yoludur, birey olmanın, özgür sayılmanın yoludur,

Donanımsız birey, özgür sayılamaz.

Çünkü; özgürlüğü, donatmak isteyenlere bırakmış, vermiştir.

Donatımsız insanın özgürlüğü, donatanın bahşettiği özgürlükle sınırlıdır.

Bu anlamda, özgür insan, birey olabilmek, toplumun karar alma mekanizmalarına katılabilmek için donanımlı olma zorundadır.

Toplumun değişiminde ve gelişiminde ancak donanımlı insanlar rol alır.

Değişime ve gelişime, fikriyle hür, yaşamıyla özgür insanlar ancak katkıda bulunabilir.

Donanımsız kişi, karar alma sürecine de katılmaz... katılamaz... katılma gereğini duymaz.

Çünkü, o henüz birey olamamıştır.

Donanımsız birey, karar alma sürecine katılırsa, karar alma sürecini uzatır, karmaşıktır; karar almayı güçleştirir.

Donanımsız bireyin; toplumun sosyal değişim ve gelişiminde, ilerlemesinde pozitif bir katkısı da olamaz.

O, muktedirlerin denetimi altındadır.

O, dış mihraklara; dış mihrakları destekleyen yerli işbirlikçilere; yürürlükteki sosyal ve hukuki sisteminin yıkımını isteyenlere tabi sayar kendini.

1 Muğla Barosu Avukatlarından

O, kendini yönlendirenlerin kurmak istedikleri hukuki ve sosyal sistemin gerçekleşmesinde muktedirleri için çalışır ve çoğu kez mevcut sisteme karşı olur.

Her alanda; özellikle hukuki ve sosyal yaşamda, karar alma durumunda bulunan kişinin donanımlı olması, bunun için çok önemlidir. .

Donanımlı insanlar arasındaki sosyal ve hukuki ilişkiler ve bu ilişkilerden kaynaklanan sonuçlar, donanımsız kişiler arasındakilerden çok farklıdır.

Sonuçlar farklı da olsa, her ilişkinin hem sosyal hem de hukuki bir yönü vardır, muhakkak.

Her hangi bir ilişkiye, hukuksal veya sosyal bir sonuç bağlanamaz ise, bu ilişkinin tarafında insan yok demektir.

Bu anlamda, insanla ilgili her olay, her ilişki, hem hukuki hem de sosyal sonuçlar doğurur.

Sosyal sonuç doğuran her olay, sosyal bilimlerin-sosyolojinin ve hukukun inceleme alanına girer.

Birey olan ile henüz birey olmayan insan arasındaki ilişki, sosyal ve hukukimidir?

Bu bir yorum meselesidir... Bunun cevabı her düşünüre göre değişir.

Donanımlı kişi bir hukukçu ise, sosyal bilimleri, özellikle; tarihi, iktisadi, sosyolojiyi vs, sosyolog ise bu da hukukçu gibi sosyal bilimleri, özellikle hukuku de bilmek zorundadır.

Hukukçu sadece sosyolojiyi mi bilecek. Hayır, psikolojiyi, dili, tarihi vs tüm sosyal bilimleri en az düzeyde de olsa bilecek. bilme zorundadır.

Hukukçunun hayati bilmekle mi geçecek?

Evet. Hukukçunun hayati öğrenmekle bilmekle, okumakla geçecek.

Kolay değildir, insanı savunmak, insanı yargılamak.

İnsanı yargılamak insanı savunmak kutsal bir meslektir.

Kutsal mesleği icra etmek; bana kalırsa tanrı gibi davranmaktır.

Kolay değildir, birine hakkını tespit ederken, diğerinin kinini üstlenmek.

Hukukçu, kolay olmayan ve kutsal sayılan mesleği seçmiştir.

Hakkın tespiti veya hakkın tanınması bir lütuf değil, tanrının insanlara bahsettiği, insanlardan kendisi gibi davranılmasını istediği kutsal bir iştir.

Bu kutsal işi, ehil olanlar yürütmelidir.

Bu kutsal işi, donanımlı insanlar, evrensel insani değere sahip, insan haklarına saygılı kişiler, yürütmelidir.

Bu kişiler ancak, hukuki ilişkileri-hukuki olayları tahlil etme yeteneğine sahip olur.

Nedir hukuki olay; kişi-kişi, kişi-eşya, kişi-insan topluluğu, kişi-tüzel kişi, kişi-tüzel kişi topluluğu, tüzelkişi-tüzel kişi ve tüzelkişi-tüzel kişi topluluğu giderek ulus-ulus, ulus-uluslar arasında cereyan eden, olaydır.

Kimin arasında cereyan ederse etsin, hukuki olayın bir tarafında muhakkak kişi veya kişi topluluğu; tüzel kişi veya tüzel kişi topluluğu bulunur. Ben “kişi” yerine “birey” diyorum...

Her hukuki olay sonucunda oluşan ilişkinin, aynı zamanda sosyal bir yönü de vardır.

Hukuki olay süjelerden birisi, daima ya insandır veya insanla ilgilidir.

İnsanla ilgili olmayan hiçbir olay, sosyal ve hukuki sonuç doğurmaz.

Sahipsiz bir canlının sahipsiz bir şeye; sahipsiz bir canlının kendisine zarar vermesinde olduğu gibi; insanın-sahipsiz hayvana; insanın-sahipsiz şeye zarar vermesi de hukuki sonuç doğurmaz.

Ancak, sahipsiz bir canlının kendisine veya sahipsiz veya sahipli bir şeye zarar vermesi maddi bir olaydır, ama bu olay sosyal ve hukuki olay değildir.

İnsanla ilgili olmayan bir olay, ne hukukun uğraşı alanına girer, ne de sosyolojinin.

Her hukuki ve sosyal olay, muhakkak insanla ilgilidir. Muhakkak içinde insan vardır;

İçinde insan olmayan veya içinde insan olmamakla birlikte insanla ilgili olmayan hiçbir ilişki de, sosyal ve hukuki sayılamaz.

Bir kişinin, sahipsiz canlıya zarar vermesi, hem sosyal hem de hukuki bir olaydır.

Çünkü, olayın içinde insan vardır.

İnsan bu kadar değerlidir, işte..

Tüm tanımların bir ucunda, daima insan, birey vardır.

Hukuk, ilişkilere başka bir pencereden, sosyoloji ise bir başka pencereden bakar.

Bu sebeple, her sosyolog- hukuku, her hukukçu da- sosyolojiyi iyi bilmeli; donanımlı olmalı.

Sosyal olayın, kendine özgü fakat kesin olmayan prensipleri varsa da, önceden tayin ve tespit edilen yaptırımları yoktur.

Hukuki olayın ise önceden tayin ve tespit edilen; ama zamanla değişen; sınırlı, kesin prensipleri ve yaptırımları vardır.

Hukuk, kural koyar. Toplumdaki örf-adetleri tespit eder; bunları kural haline getirir.

Sosyoloji ise kural koymaz; toplumsal olayları inceler; toplumun fotoğrafını çeker, toplumsal olaylardan sonuç çıkarır.

Sosyoloji, hukuk gibi düzenleyici normlar ihdas etmez.

Sosyoloji bilimi ile uğraşan da, hukukla uğraşanda, bilimsel yöneme ve bilgiye gereksinim duyar.

Sosyoloji de, sonuca varma objektif olmayabilir; ancak gerçeğe yakındır.

Hukukta ise sonuca-hükme gerçeğe varma, gerçeğin ta kendisidir, objektiftir..

1970-1980 öğrenci olaylarına, birileri, birilerini katmış; bu olayları, birileri- birilerine yaptırmış.

Bu olayları yapanlar, kasabadan kalkıp, kent merkezine yerleşen insanlardı, gençlikti.

Bu tespit, sosyolojinin tespitidir; objektif olmayabilir, ama gerçeklik payı vardır.

Birileri bu gençliği kullanmış; olay çıkarmaya yönlendirmiştir.

Bu sonuç da, objektif olmayabilir. Ancak, gerçeklik payı vardır herhalde. .

Gece konu da yaşayan gençlik, kırsal kesimden kalkıp, kentin varoşlarına yerleşen gençlikti.

Varoşlarda yaşayanların konu da olsa, bir evi; ümidi; geleceğe yönelik beklentisi, hayali; aşkı ve fantezileri vardı... Veya yoktu....Olmasa bile, bir gün olma ümidi vardı.

Ümit, olabilecek şeyi arzulamaktır. Bu arzu, insana, gelecek için ivme kazandırır.

Kasabadan kalkıp, kent merkezine gelenlerin, kalacak evleri; aşkları; hayalleri; fantezileri de ve ümitleri de yoktu... Ümitleri tükenme aşamasına gelmişti...

Kondu da yaşayanlar, kent merkezine ayakkabı boyamak; simit satmak; hamallık; işportacılık yapmak için iner; az da olsa, akşam evine eklemek götürebilmekte ve küçük tasarruflarını biriktirip- dükkân açmayı düşlerdi.

Varoşlarda yaşayanların genellikle gelecekte beklenmesi, ümidi ve başını sokacak bir evi vardı.

Bir eve sahip olma; gelecek için “ümit” ve “beklenti” kaynağı sayılabiliyordu.

Ahrette iman, bu dünya da mekân önemli bir deyiştir.

Anadolu'nun bağrında filizlenen bu deyişte çok...hem de çok büyük gerçekler saklıdır.

Hukukçu, deyişlerde saklı gerçeklerin araksında kalmamalı; önüne geçmelidir. Bu gerçekleri ileriye taşımayı bilmelidir.

Kentte sığınacak bir evin olmayınca; 1980 senelerindeki gibi ya sokaklarda afiş asmaya çıkarsın, ya da karşı grupları baskına... Ya da şiddetle bütünleşip; dağa çıkarsın.

Böyle bir sarmalda yaşayan gencin, aşk yaşamı olabilir mi?...aşkı düşünmek bile ayıptı... Lümpenlikti... Ev sahibi olmak, özel mülkiyete sahip olmak demekti.

O, özel mülkiyeti reddeden mücadelenin içinde kendini bulmuştu...

O'nun bir eve şahsen sahip olma arzusu; kendisi için hayal kurma düşünce ve arzusu olamazdı...İçinde bulunduğu sosyal katman bunu reddederdi. Kendisi buna böyle inanırdı.

1980 yıllarda, sosyal olayların içinde yaşayan gencin ideolojisi vardı; yaşamı, dünya görüşü toplumsaldı. O'nun için her şey toplum içindi.

O'nun düşü ve düşüncesi kendisine ve ailesine değil; toplama yönelikti.

O'nun amacı toplumu yüceltmek, kalkındırmak; toplumsal barış ve huzuru sağlamaktı.

Kendi için ne düşü, ne ümidi ne de mücadelesi vardı.

O, toplum için yaşar; düşü ve ümidi, toplum içindi...

Kentte yaşayıp, sosyal olayların içinde kendini bulan ve sosyal olayları yönlendiren bireyler, genellikle evleri olmayan sokakta “komun halde” yaşayan bireylerdi.

Bunlar, “yar” dışında her şeyi paylaşırlardı.

Bunların kendileri için ümitleri, düşünceleri ve düşleri, beklentileri olamazdı...

Bu gençlik için, birey değil, toplum önemliydi.

Mücadelesini kendisi için değil, toplum için yapardı. .

Toplum için mücadele verdiğine inanan bu gençliğin, bireysel düşüncelere sahip olması da, düşünülemezdi.

Bireysel düşünce ve istek, o'na yabancı idi. Ayıptı.

Bireysel düşünen insan; annesi için, babası ve kardeşi için yakınları için düş kurardı.

O'nun düşü, topluma yönelik değil, kendine yönelikti.

Geleceğe yönelik ümitleri de bireyseldi.

O' kendisini, birlikte yaşadığı ana, baba, kardeşlerini düşünürdü.

Sokakta veya komun halinde yaşayan kişi ise ne kendinin ne ana-babasının nede komundaki yoldaşının menfaatini düşünür.

O, sadece toplum için vardı, toplumun menfaatini düşünürdü.

O'nun kendini, kan bağı ile bağlı kişileri düşünme lüksüde yoktur.

O'nun kendine ait ümidi ve kendine ait düşü de yoktur; olamaz da. Olursa komun üyelerince ayıplanır.

O, bireysel yaşama ayıbıyla yaşayamazdı.

Sokakta veya komun halinde yaşayan kişi, yaşam ve geçinme adına çoğu kez de kural dışına çıkar ve şiddete başvurur.

Yoksulluk, imkânsızlık “onun” ümidini, duygularını yok eder; ve o'nu kural dışı yaşamaya iter.

Şimdi gençlik, ideolojiden, politikadan uzaklaştı. Yaşadığı komundan ayrıldı, kendi dünyasına bencilleşti çekilip, sadece kendini düşünür oldu.

Birileri donanımsız gençliği istedikleri amaç yönünde şekillendirdiler, sonrada istedikleri yönde pası vize ettiler, etkileri altına aldılar ve daha sonrada yönetimi ellerine verdiler.

Yukarıda açıklanan olaylarda, kesinlik ve objektiflik olmayabilir. Ancak, gerçeğe yakınlık vardır.

Sosyoloji, incelediği toplumsal sosyal olaylardan, gerçeğe yakın sonuçlar çıkarır..

Oysa, hukuk, incelediği hukuki olaydan, kesin ve objektif, sonuçlar çıkarır.

Hukuki bir olayın gerçekleşip- gerçekleşmediği, hukuki bir işlemin meydana gelip- gelmediği, geçerli olup- olmadığı, hukuki vakıa ve hukuki işlemin ispatı için delilleri, ispat şekli ve yargılama yöntemi gibi önceden tayin ve tespit edilen, herkes için geçerli olan prensip ve yaptırımları vardır.

Yaptırımlar, hukuki ve kanuni olma adına önceden tespit edilmiştir.

Önceden tespit edilen bu prensiplerin ve yaptırımlarının bilinmesi, donanımlı olmayı gerektirir.

Hukukun prensiplerinin önceden bilinmesi, hükme varmada önemli yararları olur.

Sosyal olaylarla ilgilenen ve sosyal olaylardan belirli sonuç çıkarmak isteyen kişi, bilgi birikimini, mantıksal bir yöntem içinde kullanabilmelidir

Bunun için, kişi; tarihi, toplumsal, sosyo-ekonomik ve sosyo-psikolojik ve hukuk bilgisine sahip olmalıdır ki; sonuca varma sürecinde muhakemesini kullanabilsin.

Bu anlamda sonuca hükme varma, bilgi ve yöntem işidir.

Yöntem ve bilgi, yargılamada, hâkim içinde gereklidir.

Hâkim, “adil bir sonuca, objektif bir senteze varabilmek için”, davanın tarafları arasındaki hukuki çekişmeyi, dava konusu vakıaları, çekişme konusu olmayanlardan ayırt edebilmeyi bilmelidir. Yargılamaya “bile-rek” başlamalıdır.

Hâkim, çekişmeli ve çekişmesiz vakıaları, davanın başında ayırmalıdır.

Bu bir yöntem ve bilgi meselesidir.

Yöntem, istenilen en kısa sürede; istenilen en az masrafla; en çabuk ve en adil şekilde yargılamayı sonuçlandıran bir beceri işi, aynı zamanda bilgi işidir de.. .

Hâkim, çekişme konusu vakıaları yargılarken, yöntemini doğru ve iyi seçmelidir.

Yöntemin doğru seçilmiş olması da bazen yeterli değildir.

Hâkim, dersine iyi çalışmış olmalı ve bilgi birikimi ile donatılmalıdır.

Her sosyal olayın sonuçlanmasında olduğu gibi, her hukuki olayı sonuçlandırmada da, bilgi birikimi, zihinsel muhakeme, yöntem ve beceri, önem taşır.

Hukuki olayda sonuç çıkarmanın adı, hükme varmadır.

Yargılamada hükme varma; iddia, savunma ve delillerin değerlendirilmesinden sonra olur.

Hüküm, hukuki olayın, yargı erki ile aydınlığa çıkarılması; yargılamanın sona erdirilmesi; maddi gerçeğin, yargı kararı ile açıklanmasıdır.

Yargılamada da, insan unsuru çok önemlidir.

Yargılama yapmak, kutsal bir iş, aynı zamanda bir sanattır.

Yargılama yapmak erdemlinin işidir.

Yargılama sanatının icrası, erdemlinin ve ehil kişilerin elinde olmalıdır.

Yargılama yapan kişi, savunmayı dinlemede sabırlı olmalıdır.

Yargılamaya katılan hakim, avukat, bilirkişi, katip, noter vs erdemli ve ehil olmalıdır, aksi halde olması gereken en az masrafla ve en kısa zamanda hüküm kurulamaz. En aza masrafla en kısa zamanda kurulaman hüküm, adil olamaz.

Yargılama ehil olmayanlar eli ile yürütülürse, hüküm, kamuoyunu tatmin edemez.

Kararın en çabuk, en az masrafla ve en çabuk şekilde verilmesi, yargılamada önemli bir ilkedir. Bu ilkeye uyulmadan verilen karar, toplumu bireyi tatmin etmiş olmaz.

Sosyal konuları konuşanlar, tartışanlar da, hakimin yargılamada kullandığı metodu, uygulamalı; tartışılan ana konunun ne olduğunu, tespit etmelidirler.

Yargılamadaki yöntem, sosyal alandaki tartışmada da uygulanır.

Tartışmacılar, “doğru bilgiye sahip olmaları ve tartışma yöntemini” bilmelidir.

Konuşmacılar, bilgiye veya doğru bilgiye sahip değilse, tartışma yöntemini bilmezlerse, ya istenilen sonuç elde edilemez ya da varılması gereken sürede sonuca varılamaz. Örnekleri televizyonlarda görülmektedir.

Yargılamada da doğru bilgi, belirli bir yöntem ile uygulanmalıdır.

Hâkim yargılayacağı olayı öncelikle kavramalı ve bilmelidir.

Hâkim, öncelikle, yargılayacağı olayda, tarafların anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit edebilmelidir.

Yargılamaya böyle başlamalıdır ki; en çabuk, en ucuz şekilde yol kat edebilsin.

Bu da ancak, hakimin, yargılayacağı çekişmeyi bilmesi ile mümkün olabilir.

Hâkim, yargılamayı, tarafların anlaşamadığı hususlar üzerinden yürütmelidir.

Hâkim, tarafların anlaştikları hususları yargılamaya esas almamalıdır.

Hâkim, tarafların anlaştikları vakıalar için zaman kaybetmemeli; enerjisini ve zamanını boş yere israf etmemelidir.

Sosyo ekonomik alanda olduğu gibi yargılamada da her sonuç, belli bir yöntem; bilgi ve beceri ürünüdür.

Sosyal alandaki tartışma, tez, antitez ve sentezden oluşur. Bu süreçten sonra sonuca varılır.

Yargılamada da, iddia, savunma ve delillerin incelenmesi sürecinden sonra, sonuca varılır.

Dava, cevap, replik ve düplik dilekçelerinin ve delillerin incelenmesi sürecinden sonra karar verilir, hüküm kurulur.

Yargılama sürecini ve yargılamayı yönetebilmek için, ehil ve donanımlı olmak gerekir..

Davayla ilgisi olmayan delillerin ibrazına mahal vermemeli.

Bunun için hangi vakıaların hangi delillerle kanıtlanabileceğini hususunda, donatılmalıdır.

Bu donatılma sorunu, bilimsel tartışmayı yürütenler içinde halli gereken sorundur.

Bilimsel bir tartışma sonucu ile yargılama sonucu, netice itibarıyla aynı anlama gelir.

Bilimsel bir tartışmada, tez ve antitezden sonra sonuca varılır.

Yargılamada ise, dilekçelerin teatisinden, delillerin incelenmesinden sonra...

Her ikisi arasında isim farklılıkları vardır.

Bilimsel tartışmada taraf yerine konuklar; hüküm yerine sonuç, makam yerine kişiler vardır.

Yargılamada ise, sonuç yerine hüküm; konuk yerine taraf vardır.

Her ikisinde de, bilgi,yöntem ve beceri ortak önemdedir.

Yargılama süjeleri, bilgi, yöntem ve beceri ile donanma zorundadırlar..

Aksi halde, hüküm vermede zaafa düşüldür.

Örneğin taraf, avukat ve hâkim, dava hangi yerin- hangi mahkemesinde açılacak.

Taraf, hangi iddiayı, hangi delille ispat edecek.

Davadaki iddia, hangi nevi delillerle (kesin yazılı delillerle mi yoksa takdiri tanık delili ile mi) ispat edilebilecek.

Davada, dava koşulları var midir. vs.

Bu ve buna benzer hususları, hem davanın tarafları, avukat ve hâkim davanın başında bilmesi gerekir.

Hâkimin bilmesi, öncelikle okumayla mümkündür.

Hâkim, dosyaya giren dilekçeleri zamanında okumaz ise;

-Görülmekte bulunan dava için bir başka mahkemenin karar verdiğini,
-Görülmekte bulunan davanın bir başka mahkemede derdest olduğunu;

-Yetkili veya görevli Olmadığını,

-İspat külfetinin hangi tarafta olduğunu;

-İddia ve savunmanın hangi delillerle kanıtlanabileceğini,

-Yemini, hangi tarafın yöneteceğini,

-Dava şartlarının mevcut olup olmadığını vs bir çok husustan haberdar olmaz.

Dosyaya giren belgeleri ve dilekçeleri zamanında incelemeyen, bir iki sene sonra inceleyen hakim, iki sene sonunda, davayı, ya dava şartı olmadığından, ya yetkisiz olduğundan, ya görevsiz olduğundan, ya derdestlik yada kesin hüküm sebebiyle reddeder.

Mesleğinde bu şekilde karar veren hâkimler, hâkimlere yardımcı olması gereken avukatlar dönemini kapatmak gerek.

Genel kanı, davalının davayı uzatmak istediği yönündedir.

Hâkim gerekli bilgiyle donanımlı değil ise, işin başında davasına hakim değilse, senette yazılı alacak davası için davalının tüm delillerinin celbine karar verir ve hatta tanık dinler, bir iki sene sonra davada tanık dinlenemeyeceğini görünce davayı kabul eder.

Bilen ve davasına hâkim yargılama süjesi, davalıya önce sormalı? Senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak bir delilin, senedin var mı?

Var diyor ise sonuçları açıklanarak ibrazı için kesin süre verilmeli. Yok diyor ise davacıya tamamlama yemini vermeli ve başkaca bir delile gerek olmaksızın davayı kabul etmeli.

Bu şekilde davranma donanımlı olmayı gerektirir.

Yargılama süjelerinin donanımlı olması sorununun hallinden sonra ancak yargı reformu cihetine gidilmelidir. Asıl reform, görev bilincine sahip, mesleğinin kutsiyetine inanan, ömrünü okumaya bilmeye adayan hâkimlere nasıl sahip olunacağı konusunda yapılmalı. Bu sorun halledilmeden, yargı reformunun hiçbir faydası olamaz.

En kötü yasa bile, iyi uygulayıcılar elinde, iyi sonuçlar verir.

Bu anlamda, sorun, hukuk reformu değildir.

Sorun; okuyan, bilen, meleğinin kutsiyetine inanan hekimlere sahip olma sorunudur.

Hâkim tanrı görevi yapmaktadır. Tanrı her şeyi biliyorsa, hakim de bilme zorundadır. .

Hâkimlik mesleği kutsaldır.

Hakimlik, kutsallığa yakışır şekilde mesleğini icra edilmelidir.

Bu sebeple, hâkim, hem dosyasına hem de yargıladığı olaya sahip olmalıdır.

Çünkü, hakim hükmedendir.

Hâkim, hükmedeceği olayı iyi kavramalı; kavradığı olayı, hangi yöntemle, hangi delillerle ve ne şekilde çözeceğinin bilimsel alt yapısını hazırlamalıdır.

Hâkim, “kaydı kalem” havalesi için kürsüsünde, yazıhanesinde oturmalıdır.

Kaydı kalem yazdığı dilekçeleri önce okumalıdır.

Hakim, gelen dilekçeleri okuduktan inceledikten sonra mahkeme kalemine vermelidir.

Hakim, dilekçeleri zamanında okur; dosyaya giren belgelere zamanın da vakıf olursa, mesleğinin onuruna yakışır şekilde davranmış olur.

Hakim, iddia ve savunmayı, yasa ve hukuk denetimine tabi kılan kişidir.

Hakim, yasa ve hukuka göre iddiamı yoksa savunma mı maddi gerçeğe daha yakın olup olmadığını tespit eder.

Yapılacak tespit, iddianın veya savunmanın maddi delilleriyle de ilgilidir.

Hakim, iddia ve savunmayı, yasa karşısına koyarak; iddia ve savunma delillerine göre kararını verir; maddi gerçeğe ulaşır.

Maddi gerçeğe ulaşmak isteyen hâkim, donanımlı ise ve yargılamada doğru yöntemler uygularsa, usul hukuk ilksine uymuş olur; en kısa zamanda, en az masrafla hükme varır. lur.

Bilmeyen hakim, hata yapmaktan da korkar.

Hata yapmaktan korkan hâkim, hüküm vermeyi de geciktirir.

Hakim, okuduğunu anlamıyor, dava konusu olaya vakıf değilse, gereksiz işlemlerle uğraşarak, yargılamayı uzatır..

Hukuk reformunun, öncelikle, insan odaklı olması gerekir.

Hukuku uygulayacak kişileri, okuma özürü, bilgisiz ve donanımsız kişilerden seçilmemeli. .

Hukuk reformundan önce, hukuku uygulayanlar; uygulanmasına yardımcı olanlar; bilgili, bilgi birikimi ile donanımlı olmalı.

Hukuku uygulayanların, bilgili ve donanımlı olmaları sağlanmadan yapılacak hukuk reformu, istenilen sonucu vermez.

Bu sebeple, hukuku uygulayanlar, devamlı olarak meslek içi eğitim almalı.

Hukuk fakültesini bitirmek, avukat, noter,hakim olabilmenin şartıdır, ancak, hukuku bilmek demek değildir; diploma, mesleğin icrası için yeterli değildir.

Avukat, noter, hakim okuma alışkanlığına sahip kişiler olmalı.

Hukukla ilgili mesleği icra edenler, devamlı olarak meslek içi eğitim almalı; okuma alışkanlığını artırmalı.

Aksi halde, uygulamada olduğu gibi, yapılacak her hukuk reformu, istenilen sonucu sağlamayacak.

Hukuk Muhakemeleri Usul Yasasında köklü değişiklikler yapıldı.

Yeni yasa, “ön inceleme” sistemi getirdi.

Ön inceleme, dilekçelerin teatisinden sonra, dava dosyasının okunup- incelenmesi anlamına mı geliyor. Bana göre evet.

On inceleme sistemi ihtiyaca cevap veriyor mu? Hayır.

Hakim, dava dilekçesini, davaya cevap, replik ve duplik dilekçesini ne zaman ön incelemeye tabi kılacak.

Bu dilekçeler, farklı zamanda “kaydı kalem” yapılıır.

Hakim, her dilekçenin “kaydı kelemını” yaparken, dosyayı alıp okursa bu halde ancak ön incelemeyi zamanında yapar.

Hakim, eski sistem de olduğu gibi, dilekçeleri “kaydı kalem” yaparken, dosyayı kalemden alıp okumaz ise, ön incelemeyi, zamanında yapamayacak.

Çünkü, dilekçelerin teati edildiğinin bilgisine, dosyanın incelenmesi ile ulaşılacak.

Ancak, bu incelemeyi yapabilmeyi sağlayacak mekanizma yoktur, yeni usul yasasında.

Ön incelemenin zamanında yapılabilmesi, dilekçenin dosyaya havalesinden önce ve en geç havale ile birlikte dosyanın okunmasıdır.

Bu halde ancak, ön inceleme zamanını geldiği anlaşılır.

Eski usul yasasında da ön inceleme, dolaylı olarak vardı.

Ancak, açık bir hüküm yoktu..

Eski usul yasasının da, yargılamanın en çabuk, en az masrafla ve en az zamanda yapılmasına dair, genel bir ilke bulunmaktadır.

Bu ilkedен hareketle, ön incelemeden beklenen amaca varmak mümkün.

Yeni usul yasası, ön incelemeyi, açık bir şekilde istemektedir.

Çabukluk, ucuzluk hukuk ilkesinin gereğini yapmayan hakim, ön incelemenin gereğini yapacak mı? Bunu zaman gösterecek.

Hâkim, dava dosyasına girecek dilekçeleri zamanında okuyacak ki, davadan el çekmeyi gerektirecek bir durumu işin başında öğrensın.

Dilekçeleri ve dosyaya giren belgeleri zamanında okumayan hâkim, boş yere işlem ve masraf yapar. Boş yere zaman harcar.

Yeni yasa ile yasa koyucu, dava dosyasına girecek dilekçeleri hâkime okutabilmeyi amaçlamıştır. Ancak, bu amaç için, yeni bir yasa çıkarmaya gerek yoktu.

Eski usul yasasında, dosyaya girecek dilekçelerin, hâkim tarafından okunmasını yasaklayan bir hüküm yok; ancak okumasını gerekli kılan ilke var.

Eski yasada hâkim, yargılamanın “çabukluğu, ucuzluğu ve kısalığı” ilkesi gereğince, dava dosyasına giren dilekçeleri zamanında okuyacak, belgeleri zamanında inceleyecek ki, yargılama olası masrafla, olası zamanda sona erdirebilsın.

Buna göre eski yasada da, çabukluk, kısalık ve ucuzluk ilkesine göre

dilekçeleri zamanında okuma zorunluluğu vardı; ama çoğu kez uygulanmıyordu.

3 yıl önce davaların ayrılması talep edilmiş ve fakat 3 yıl sonra davalar ayrılmış; 2 yıl önce görevsizlik talep edilmiş ve fakat 2 yıl sonra görevsizliğe karar verilmiş; 1 yıl önce yetkisizlik talep edilmiş ve fakat 1 yıl sonra yetkisizliğe karar verilmiştir. Bu benim mesleki tecrübemdir. Bunun gibi, yüzlerce tecrübem vardır. Bazı mahkemelerin bu ve buna benzer kararları, dilekçelerin zamanında ve hiç okunmadıklarını gösterir.

Yeni yasa, hâkimin dosyaya giren her dilekçeyi her belgeyi oku, incele demiyor.

Hâkime verdikleri dilekçeleri hâkimin okuduğunu bilmeleri, tarafların hakkıdır.

Tarafların, verilen dilekçeyi, hakimin zamanda okuyup okumadığını bilme hakkı, bilgi edinme yasasında da kaynaklanmaktadır.

Bu hak, taraflardan esirgenemez.

Hâkime verilen dilekçeleri hâkimin okuduğunu taraflar öğrenebilmelerinin sağlamak için bazı yöntemler getirilmeliydi. Örneğin;

- dava, davaya cevap, replik ve düplik dilekçelerindeki beyanların özeti;
- bu dilekçelerden hareketle dava şartlarının bulunup bulunmadığının özeti;
- davanın hangi nevi delillerle kanıtlanabileceğinin özeti;
- mahkemenin yetkili; görevli olup olmadığının sebepleri;
- davanın resen araştırmaya tabi olup olmadığı... vs hususların tutanağa geçirilmesi gibi. Bunu katiplerin yapmayacağını, zapta geçirmeyeceğinin garantisi olamaz.

Eski yasa döneminde, dilekçeleri okumayan “bazı” hâkimin, yeni yasa döneminde “ön inceleme” ile okuyacağını garanti var mıdır?

Zaman her şeyin fotoğrafçısıdır.

TİCARİ VEKİL

Caner TAŞATAN¹

I- TİCARİ VEKİL KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Tarih öncesi dönemlerden bu yana var olan ticaret ve ticari ilişki kavramları, ticari hayat ile ticaret hukuku kavramlarını zorunlu olarak beraberinde getirmiştir. Özellikle sanayi devriminden sonra ciddi değişiklikler geçiren ticaret ve ticari ilişkiler ağı, gün geçtikçe genişlemiş ve böylece hem ticari hayata hem de ticaret hukukuna, içinde karmaşıklığı da barındıran bir yoğunluk kazandırmıştır.

Son birkaç yüzyılda ticari hayatın muazzam boyutlarda genişlemesi, sanayi devrimiyle birlikte pazar kavramının farklılaşması, özellikle reklamcılık faaliyetleriyle rekabetin artması tacirlere mal ve hizmetlerini daha hızlı bir biçimde ve daha geniş bir alanda piyasaya sunma zarureti ortaya çıkarmıştır. Piyasaya sunuşun bütün aşamalarında tacirin bizzat yer alması ise çoğu kez imkansız olduğundan tacir yardımcılığı kavramı bu ortamda kolayca temellenmiş ve gittikçe güç kazanmıştır².

Esasen tacire yardımcı olan işçi, çırak gibi kişiler çok eski zamanlardan bu yana var olmasına karşın bu evrede daha büyük işletmeleri temel alan, farklılaşan ve kurumsallaşan bir hukuki yapı üzerinde durduğumuzun altını çizmeliyiz. Öğretide de bu yapı genel temsil yetkisinin yanında özel bir temsil yetkisinin varlığı ile açıklanmaktadır³.

Belirttiğimiz üzere tacir yardımcılığı kavramı başlangıçta sadece büyük çaplı ticari işletmeler ve tacirler için bir ihtiyaç teşkil etmekteydi. Günümüzde ise küçük ve orta çaplı işletmeler için dahi tacir yardımcısı bulundurmamak ihtiyacı çok bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu anlamda tacire yardımcı olan kimseler, küçük veya büyük çaplı ticari işletmeler ayrımı yapmadan modern ticaret hukukunun altyapısını oluşturmaktadırlar. Tacir yardımcılığı, modern ticaretin temelinde yer aldığı kadar aynı zamanda çok önemli bir kısmını da oluşturmakta, hatta onsu modern bir ticari hayatın varlığı düşünülemezdir⁴.

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2 Dönmez 1.

3 Edgü 167, Fezyioğlu 407.

4 Lowe 6.

Konuyu basit bir örnekle somutlaştıracak ve toparlayacak olursak, söz gelimi A kişisi, merkezi İstanbul'da olmak üzere Türkiye'de ve dünyanın bir çok yerinde şubesi bulunan bir ticari işletmenin sahibidir. A kişinin, ticari hayatın hızlı akışı içerisinde teknolojik bütün imkanları kullanması ihtimalinde dahi bazı işlemleri bizzat yapamayacağı açıktır. Bu noktada tacir A'nın temsil ve/ya yönetim yetkisi verdiği yahut bunların hiçbirisini vermediği bazı yardımcıları, ticari işletmesi içerisinde anında karar almaları ve uygulamaları için bulundurmamak zorunda olduğu açık bir şekilde görülmektedir⁵.

Tacir yardımcıları arasında ilk sırada ele alınan ticari temsilci, ticari işletmeyi olağan ve olağanüstü işlemler ayrımı yapmadan tıpkı tacirin kendisiymiş gibi yönetebilir. Fakat bir ticari işletmede tacire bağlı yardımcıların hepsinin ticari temsilci niteliğinde yetki sahibi olmaları gerekmez⁶. Bu durum hem tacirin isteğinden kaynaklanır⁷, hem de birden fazla tacir yardımcısı kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde, ticari temsilci gibi fazlasıyla geniş yetkileri olan bir kurumu vafına uygun nitelikte sınırlı çerçevede tutarak tacir için tehlikeli bir durumun oluşmasının da önüne geçer⁸. Tacire bu anlamda yardımcılarından bir kısmının yetkilerini istediği gibi ayarlama imkanı tanınmalıdır. Açıklanan ihtiyaçları karşılamak üzere bir takım özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu özel düzenlemelerin oluşturduğu en önemli kurumlardan biri de şüphesiz ki ticari vekilliktir.

1- İlgili Mevzuat

Ticari vekil, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 551. maddesinde ve ticari işletme sahibini temsil yetkisine sahip oldukları nispette diğer tacir yardımcılarını konu edinen 552. maddesinde düzenlenmiştir⁹. Bağlı tacir yardımcılarının tümüne ve dolayısıyla ticari vekile uygulanacak rekabet yasağı ile temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin genel hükümler de TBK'nın 553 ve 554. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca daha sonra açıklayacağımız üzere ticari vekilin yetkisi, genel temsil yetkisinin özel bir çeşidi olduğu için temsile ilişkin TBK'nın 40 ve devamı (vd.) hükümleri ticare vekile ilişkin uyumsuzluklarda uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

5 Karahan 295.

6 Arkan 176.

7 Arslanlı 172.

8 Mineliler 1467.

9 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 453. maddesine göre ticari vekil tanımı ise şu şekildeydi: "Ticari vekil, ticari mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir."

2- Tanım

Ticari vekil, TBK'nın 551. maddesine göre, "bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişi"dir.

Gerekçede de belirtildiği üzere BK'dan farklı olarak "ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müessese" kavramları yerine öğretilerde genellikle anlaşıldığı şekilde¹⁰ ticari işletme kavramı¹¹ kullanılmıştır.

3- Unsurları

Ticari vekilin unsurları ticari işletme, işletmeyi sınırlı yönetim yetkisi ve taciri sınırlı temsil yetkisidir¹².

A. Ticari İşletme: Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticari vekilin sözkonusu olabilmesi için öncelikle bir ticari işletme sahibininin vekili yetkilendirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ticari vekilin ilk unsurunun bir ticari işletmenin varlığı olduğu söylenebilir. Ticari vekiller, ticari temsilcilerden farklı olarak sadece ticari işletmelere atanabilir¹³.

B. Sınırlı Yönetim Yetkisi: Ticari vekilin yönetim yetkisinin sınırları ticari temsilciye göre belirlenir. İşletmenin yalnız olağan işlerinde yetkili olan ticari vekilin olağan üstü işlemler yapması karşısında, ticari işletme sahibi tacirin buna ses çıkarmaması veya işlemleri sürekli olarak onaması halinde örtülü bir ticari temsilci ataması yapıldığı sonucuna varılır¹⁴. Bu bağlamda ticari vekilin varlığı için aranan ikinci unsur bilhassa ticari temsilciden daha sınırlı bir yönetim yetkisinin varlığıdır.

C.Sınırlı Temsil Yetkisi: Son unsur olarak ticari vekil, ticari işletme sahibini işletmenin olağan işlemlerinde sınırlı kalmak kaydıyla sınırlı bir temsil yetkisini haizdir. Bu temsil yetkisi ticari temsilcinin aksine soyut nitelikte değil somut niteliktedir¹⁵.

4. HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticari vekile ilişkin düzenlemelerde, ticari işletme sahibi tacir ile ticari vekil arasındaki ilişkiler değil, ticari vekil ve ticari işletme ile iş yapan üçüncü kişiler arasındaki ilişki düzenlenmektedir. Esasen bu kurum TBK m. 40 ve devamında düzenlenen, bir hukuki işlemi şahsen yapma

10 Arkan 176, İmregün 123.

11 Ticari işletme kavramına ilişkin geniş bilgi için bkz. Karahan 15 vd.

12 Karahan 309.

13 Arslanlı 172, Feyzioğlu 428, Karahan 309.

14 Poroy/Yasaman 190, Feyzioğlu 431.

15 Feyzioğlu 428.

imkanı olmayanlar için getirilen temsil hükümleri¹⁶ ile çözülebilecek bir kurumdur. Fakat ticari işletme ile iş yapan üçüncü kişilerin her seferinde tacir yardımcısının yetkisini araştırmak zorunluluğunda kalması tehlikesine karşın daha belirli ve kesin bir kurum olarak ticari vekillik düzenlenmiştir¹⁷. Bu bağlamda ticari vekalet ilişkisi, genel temsil ilişkisinin özel bir çeşididir¹⁸.

Ticari vekile ilişkin düzenlemelerin temsile ilişkin düzenlemelerden çok sonra yer alması, yasanın sistematığı açısından bir yanlışlık olarak algılanabilir. Fakat bu sistematik tercihinin temelinde ticari vekil ile ticari işletme sahibi arasındaki ilişkinin daha çok hizmet sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi olmasını aramak gerekir¹⁹. Kaldı ki TBK m. 554/1 hükümünde de bu ilişkinin hizmet, vekalet, ortaklık ve benzeri sözleşmelere dayanabileceğine değinilmiştir.

Ticari vekile ilişkin uyuşmazlıklarda “lex specialis ilkesi” gereği TBK m. 551 öncelikle uygulama alanı bulur. Fakat aynı şekilde kanunda boşluk bulunduğu müddetçe tamamlayıcı hükümler olan m. 40 vd. hükümleri uygulanır.

5. ÇEŞİTLERİ

Ticari vekiller, temsil yetkilerinin kapsamına göre genel yetkili ticari vekiller ve özel yetkili ticari vekiller olmak üzere ikiye ayrılırlar. Bu ayrım geriye kalan açıklamalarımızda özellikle temsil yetkisinin sınırlandırılmasında ve ayrıca rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerde özel bir önem arz edecektir.

A. Genel Yetkili Ticari Vekil

Ticari işletmenin tüm yönetimini ve işlerini yapmaya yetkili olan ticari vekil, genel yetkili ticari vekil olarak isimlendirilir²⁰. Genel yetkili ticari vekil, tıpkı ticari işletme sahibi veya ticari temsilcisi gibi ticari işletmenin bütün işlemlerini, fakat farklı olarak sadece olağan sayılanları yapmaya yetkilidir²¹. Uygulamada “genel müdür” ismi altında iş yapan hemen herkes bu anlamda en azından genel yetkili ticari vekildir. Söz gelimi bir fabrikanın genel müdürünü, en azından, genel yetkili ticari vekil saymamız gerekir²².

16 Temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz 223 vd., Antalya 361 vd

17 Fezyioğlu 409.

18 Edgü 167, Fezyioğlu 409-410, Mineliler 1469.

19 Fezyioğlu 410.

20 Fezyioğlu 428.

21 Fezyioğlu 430.

22 Arkan 177.

B. Özel Yetkili Ticari Vekil

Ticari işletmenin tüm işlerini değil, belirli sayıda ve nitelikteki işlerini yapma konusunda yetkisi olan ticari vekil, özel yetkili ticari vekil olarak isimlendirilir²³. Uygulamada doğrudan doğruya ticari işletme sahibinin yetkilendirmesiyle veya ticari temsilcisinin yahut genel yetkili ticari vekilinin yönetimi altında belirli bazı işler için idari sorumluluğu olan kimse, özel yetkili ticari vekildir. Bunun yanı sıra hiçbir idari sorumluluğu söz konusu olmadan direkt belirli bazı işler için yetkilendirilme hallerinde de özel yetkili ticari vekillikten bahsedilir. Yani söz gelimi hem bir fabrikanın genel müdürü yönetimi altında çalışan satın alma sorumlusu²⁴ hem de bir marketin kasiyeri, hukuki anlamda aynı şekilde özel yetkili ticari vekillerdir.

6. BENZER KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

Ticari vekili adi temsilciden ve diğer tacir yardımcılarından ayırmak her zaman kolay olmayabilir. Bunun için kurumlar arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların iyi etüt edilmesi gerekir.

A. Adi Temsilci ve Ticari Vekil

Adi temsilci, temsil olunanın adına ve hesabına hukuki işlemleri yapan kişidir. Bu anlamda temsil olunanın ticari işletmesi için hukuki işlem yapabileceği gibi herhangi bir ticari işletme olmasa dahi varlığı mümkündür.

Buna karşın ticari vekilin varlığı, sadece temsil ettiği şahsın ticari işletmesinin varlığı halinde ve doğal olarak da o işletme için yapılan işlemlerde mümkün olabilir²⁵.

Adi temsilcinin temsil yetkisi aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça temsil olunanın ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer (TBK m. 43/1). Bu hüküm tüzel kişiliklerin sona ermesinde de uygulanır (TBK m. 43/2).

Fakat buna karşın işletme sahibinin fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölmesi hallerinde ticari vekillik yetkisi sona ermez (TBK m. 554/2). Maddede sayılmasa da ticari işletme sahibinin gaipliği halinde de bu hüküm uygulanmalıdır²⁶. Bu istisnai hüküm, ticari işletmenin devamlılığını sağ-

23 Feyzioğlu 428.

24 Arkan 177.

25 Mineliler 1469.

26 Gaiplik halinin madde içerisinde neden yer almadığına dair gerekçede herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce temsil yetkisinin sona ermesini düzenleyen bu hükümlerde ifade birliği sağlanmalıydı.

lamaya ve işletme sahibinin, mirasçılarının ve hatta işletme ile iş yapan üçüncü kişilerin haklarını koruma amacına yöneliktir.

Adi temsilciye ilişkin herhangi bir rekabet yasağı düzenlemesi yoktur. Fakat ticari vekil için rekabet yasağı hükmü (TBK m. 553) uygulanır²⁷.

B. Ticari Temsilci ve Ticari Vekil

Ticari temsilci, ticari vekile kıyasen daha geniş ve daha üstün yetkileri olan, işletmeyi tıpkı işletmenin sahibi gibi yöneten bir tacir yardımcısıdır²⁸. Bu bağlamda latince terimiyle işletme sahibi için “alter ego” yani “bir başka kendisi”dir²⁹. Ticari vekil ise, ticari temsilci sıfatını taşımayan, doğal olarak onun yetkilerini haiz olmayan, işletmenin yalnız olağan işleri ve işlemleri için yetkili olan tacir yardımcısıdır³⁰. Dolayısıyla ticari temsilci, ticari vekil tayin edebilirken; ticari vekil, ticari temsilci tayin edemez.

Ticari temsilci, olağanüstü geniş yetkileri haiz olmasına rağmen ticari işletmenin taşınmazlarına ilişkin devir işlemlerini yapabilmesi veya hak kısıtlamalarına gidebilmesi ancak özel olarak yetkilendirilmesi halinde mümkündür (TBK m. 548/2). Ticari vekilde ise ödünç olarak para veya benzerlerini almak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, dava açmak veya açılmış davayı takip etmek de özel olarak yetkilendirilmeyi gerektirir. Ticari temsilciler için özel yetki aranan haller ticari vekillere evleviyetle uygulanır.

Ticari vekil de ticari temsilci gibi işletmenin alışılmış bütün işlemlerini yapabilmesine rağmen, ticari temsilciden farklı olarak işletmeye yabancı olmayan fakat olağanüstü sayılan işlemleri yapamaz. Söz gelimi bir kumaş fabrikasında yeni makineler satın alınması genel yetkili ticari vekil tarafından da yapılabilir. Fakat kumaş üretiminde teknolojik gelişmeyi sağlayacak makinelerle bütünü kapsayan bir değişiklik yapılması genel yetkili olsa dahi ticari vekilin yetkisini aşar³¹.

Hem ticari işletmelerin hem de bu sıfatı taşımasa dahi diğer işletmelerin ticari temsilcilerinin olması mümkündür. Buna karşın ticari vekiller sadece ticari işletmelerin varlığı halinde mümkündür (TBK m. 551). Ticari işletme sıfatını taşımayan bu işletmelerin vekilleri hakkında temsile ilişkin genel hükümler olan TBK m. 40 vd. hükümleri uygulanır³².

Ticari temsilcinin atanması sırasında olmasa da azlinde ticaret sici-

27 Mineliler 1469.

28 Feyzioğlu 429.

29 Feyzioğlu 429.

30 Feyzioğlu 429.

31 Arkan 178.

32 Mineliler 1470.

line tescil ve ilan edilmesi, kurucu bir unsurdur³³. Ticari vekilin ise ne atanması ne de azli sırasında tescil ve ilan kurucu bir fonksiyon taşımaz.

7. TİCARİ VEKİLİN ATANMASI

A. ATAYACAK KİŞİ

Ticari vekil, ticari işletme sahibi gerçek kişinin kendisi tarafından, tüzel kişi ise yetkili organı tarafından veya bunların iradi ya da yasal temsilcileri aracılığıyla atanır. Yani daha önce de belirttiğimiz gibi ticari temsilciler³⁴ ile veli, vasi, kayyım gibi iradi ve yasal temsilciler de ticari vekil atayabilir. Ticari vekilin atanması, ticari temsilci atanması gibi olağanüstü bir işlem olarak kabul edilemeyeceği için yasal temsilcilerin vesayet ve denetim makamlarının iznine ihtiyaçları yoktur³⁵. Kısıtlının menfaatlerinin kontrolü ve korunması gereken hallerde ise bu izin aranmalıdır.

B. ATANACAK KİŞİ

Hukukumuzda ticari vekilliğe atanacak kişilere ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için durumu gerçek ve tüzel kişilere ayırarak, ehliyet durumlarını da dikkate alarak incelemekte fayda vardır.

a. Gerçek Kişiler

Gerçek kişilerin ticari vekil olarak atanması ilk aşamada en doğal olanıdır. Fakat ticari vekilin ehliyet durumuna ilişkin hususlarda kimi zaman görüş farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Bu görüş farklılıkları ticari temsilci atanması esas alınarak ortaya konsa da konumuzla da doğrudan alakalıdır.

Tam ehliyetli kişiler, her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabilecekleri için ticari vekil olarak atanabilirler. Tam ehliyetsiz kişilerin ise hukuka uygun fiilleri kural olarak, yasal temsilcilerinin rızasıyla dahi, hukuki sonuç doğurmayacağı için³⁶ ticari vekil olarak atanamayacakları sonucuna varmamız gerekir.

Öğretide sınırlı ehliyetli kişiler olarak tanımlanan diğer grup, kural olarak her türlü işlemi serbestçe yapabilmekte fakat yasada sayılan sınırlı sayıdaki işlemi yaparken yasal danışmanın onayına ihtiyaç duymaktadır³⁷. Yasal danışmanın onayı aranan işlemler incelendiğinde özellikle

33 Karahan 306.

34 Mineliler 1470.

35 Ticari temsilcinin yasal temsilciler tarafından atanabilmesine ilişkin görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Karahan 298-299.

36 Helvacı 42.

37 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 429'da belirtilen bu işlemler; dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları

genel yetkili ticari vekilin de yapabileceği işlemlerin maddede sayıldığını görmekteyiz. Fakat bu hükmün esas itibarıyla ehliyeti kısıtlanan şahsı korumak amacıyla getirildiğini kabul ettiğimizde, sınırlı ehliyetlilerin de ticari vekil olarak atanabilmeleri gerektiğini söylemeliyiz.

Sınırlı ehliyetsizler olarak adlandırılan diğer kişiler ise ayırt etme gücü olan küçükler ile kısıtlılardan ibarettir³⁸. Bunlar sadece sınırlı sayıdaki durumlarda ehliyetli kabul edilmektedirler. Fakat bu grup için getirilmiş olan düzenlemelerin de aynı şekilde esasen küçük ve kısıtlıyı koruma amacını taşıdığını kabul edersek yine aynı sonuca varmamız ve ticari vekil olarak atanabileceklerini söylememiz gerekir³⁹.

b. Tüzel Kişiler

Öğretide tüzel kişilerin ticari vekil olup olamayacaklarına ilişkin iki görüş vardır. Bu görüşler de tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi ticari temsilcilik esas alınarak ortaya konmuştur. Konu dışına taşmadan bu görüşleri değerlendirmemiz gerekir.

Bir görüşe göre ticari temsilci atanabilmesi öncelikle ticari temsilci ile ticari işletme sahibi arasında sağlıklı bir güven ilişkisinin varlığına ihtiyaç duyar. Çünkü ticari temsilci, ticari işletme sahibine yaklaşan yetkileri ile tacir yardımcıları arasında çok önemli bir yere sahiptir. Niteliği gereği yönetimi ve üyeleri sürekli değişebilen tüzel kişiler ile böylesi bir güven ilişkisi kurulamayacağından ticari temsilci olarak atanmaları da mümkün olmamalıdır⁴⁰.

Diğer görüşe göre ise her geçen gün değişen ve gelişen ticari hayatta profesyonelleşmenin artması, her alanda uzmanlara ve tecrübesini ispat etmiş şirketlere ihtiyaç duyulması tüzel kişiliklerin de ticari temsilci olarak atanmasını gerektirebilir. Tüzel kişi ticari temsilcinin ileride değişen organları ile ticari işletme sahibi arasında güven ilişkisi kurulamaması halinde, bu ciddi bir sorun teşkil etse dahi, ticari işletme sahibinin azil yetkisi yeterli bir çözüm aracıdır⁴¹.

Kanaatimizce ticari temsilci atanmasında gerekli olan güven ilişkisi, tüzel kişiler ile ticari işletme sahibi arasında hiçbir şekilde kurulamaz. Aynı zamanda ticari işletme sahibi, ticari temsilcisinin yetkilerini diledi-

dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil olma olarak sıralanmıştır.

38 Helvacı 51.

39 Ticari temsilcinin tam ehliyetli olup olmaması gerektiği konusundaki tartışmalar için bkz. Karahan 300-301. Bize göre ise ticari temsilci gerçek kişinin de, her ne kadar işletme sahibinine çok yakın üstün yetkileri olsa da borçlar hukukunun genel prensipleri gereği başkalarını iradi temsilde tam ehliyetli olması gerekmemektedir.

40 Karahan 302.

41 Mineliler 1471.

ğince kısıtlayamayacağından⁴² ticari işletmesine ilişkin işlemlerde, güven duyamayacağı bir tüzel kişi karşısında etkisiz kalabilme tehlikesindedir. Bu düşünce doğrultusunda tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanması görüşüne katılıyoruz.

Fakat aynı durum ticari vekil için geçerli değildir. Öncelikle ticari vekil atanmasında ticari temsilci atanmasında olduğu kadar sağlam bir güven ilişkisi aranmaz. Ayrıca ticari işletme sahibi, ticari vekilin yetkilerini dilediğince kısıtlayabildiğinden tüzel kişiler karşısında böylesi bir güvensizlik ortamına kolayca düşmeyecektir. Açıklanan sebeplerle tüzel kişilerin ticari vekil olarak atanabileceği görüşündeyiz.

8. ATAMA YÖNTEMİ

Ticari vekil atanması herhangi bir şekle bağlı değildir. Yani açık veya örtülü, yahut yazılı veya sözlü yapılabilir⁴³. Açık atama gazeteye ilan vermek veya sirküler göndermek ile, örtülü atama ise kişiye işletme içerisinde iş vermekle olur⁴⁴. Örtülü atamada verilen yetkinin sınırı yapılan işin niteliğinden çıkarılır⁴⁵. İşletme sahibi gerçekte bir ticari vekil atamak istemese de hal ve hareketleri üçüncü kişilerde bu etkiyi uyandırıyor, bu yetkinin dış görünüşü sınırlarında ve doğal olarak iyiniyet ölçüsünde yapılan işlemlerden sorumlu olur⁴⁶.

İyiniyetin korunması açısından, işletme sahibinin temsilci kabul edecek kişi hakkında mutlaka bir eylemde bulunmasına dahi gerek yoktur. Hukuki görünüş açısından ticari işletme sahibi ile hiçbir ilişkisi olmasa da bazı kimseler ticari vekil olarak kabul edilebilirler. Söz gelimi, içeride hiç kimsenin bulunmadığı bir mağazada bekleyen A kişisi, hiçbir yetkisi bulunmadığı halde mağaza içerisinde bulunan malları üçüncü kişilere satabilir. Üçüncü kişilerin iyiniyeti sınırları içerisinde mağaza sahibi bu işlemlerle bağlıdır⁴⁷.

Ticari işletme sınırları dışarısında iş yapanlarla ticari işletme sahibi arasında bağlantı kurmak pek kolay olmadığından, bu vekiller çoğunlukla açık irade beyanı ile atanırlar⁴⁸. Fakat yine de işletme dışında yapılan işlerin, ticari işletme sahibince sürekli olarak ifa edilmesi örtülü bir ticari vekil atanması yapıldığını gösterir⁴⁹.

42 Bu sınırlamalar ancak bir şubenin işlemlerine özgülenmek veya birlikte temsil kaydı ile geçerlidir. (TBK m. 549)

43 Karahan 310, Domaniç/Ulusoy 372, Arkan 177, Mineliler 1471.

44 İmregün 123.

45 Arslanlı 173.

46 Feyzioğlu 431.

47 İmregün 124.

48 Feyzioğlu 431.

49 Burada ticari vekilin yetkilerini aşan işlemlerin ifa edilmesi halinde bu sefer örtülü bir ticari temsilci atanması yapıldığı sonucuna varılmak gerekir.

Ticari vekil, ticaret siciline tescil ve ilan edilmez. Fakat her nasılsa tescil edilen ticari vekilin yetkileri ve buna bağlanan sonuçlar hakkında öğretide bir fikir birliği yoktur. Çoğunluk görüşü⁵⁰ tescil ve ilan edilmenin herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı yönündedir. Bunun yanında azınlıkta kalan diğer görüş, yapılan tescilin sınırlanmasının da ancak tescil ve ilan yolu ile mümkün olabileceği yönündedir⁵¹.

Ticari temsilcinin atanmasında da tıpkı ticari vekilde olduğu gibi, ticaret siciline tescil ve ilan şartı aranmaması, aynı zamanda her ikisinin de hem açık hem de örtülü irade beyanlarıyla atanabiliyor olması, kimi zaman özellikle ticari temsilci ile genel yetkili ticari vekilin karıştırılması problemine yol açmaktadır⁵². Bu konuda yasada açık bir düzenlemenin olmaması işleri daha da zorlaştırmaktadır.

Öğretide belirtilen çözüm yollarına göre temsilci olan kişi, açıkça yetkilendirilmiş olmadan ödünç olarak para ve benzerlerini alıyorsa yahut kambiyo taahhüdü altına giriyorsa hukuki niteliği itibarıyla ticari temsilci-dir. Aradaki farkın böyle kolayca anlaşıldığı durumlar dışında temsilcinin niteliğini belirlemek için önce somut olayın bütün özellikleri incelenmeli, yine de açık bir fikir elde edilemiyorsa üçüncü kişileri korumak maksadıyla temsilci, ticari temsilci olarak nitelendirilmelidir⁵³.

Bu problemi çözmek için kanaatimizce ticari temsilcinin temsil yetkisinin ticaret siciline tescil ve ilanından sonra başlaması, ya da en azından öğretide de belirtildiği üzere ticari temsilcinin yalnız açık irade beyanıyla atanabilmesinin düzenlenmesi gerekir⁵⁴. Buna karşın TBK m. 547/1, öğretideki bu yönde görüşleri dikkate almadan eski uygulamayı devam ettirmiştir.

9. TİCARİ VEKİLİN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Ticari vekil, tanımda da belirttiğimiz üzere, ticari işletmeyi yönetme veya bazı işlerini yürütme yetkilerini haizdir (TBK 551/1). Ticari temsilci, aynı anda hem ticari işletme sahibini temsil yetkisine hem de ticari işletmeyi yürütme yetkisine sahip olmak zorunda iken⁵⁵, aynı zorunluluk ticari vekil için söz konusu olmaz.

Ticari vekilin temsil yetkisinin sınırları ise, öncelikle temsil olunan ticari işletme sahibinin iradesine göre, sonra bu yetki konusunda kanu-

50 Arslanlı 172, Domanıç/Ulusoy 372, Arkan 177, Mineliler 1472.

51 Edgü 169. Yazar ayrıca ticari vekilin ticaret siciline tescil ve ilan edilebileceğini, bunun üçüncü kişilerin emniyeti bakımından da olumlu olacağını düşünmektedir.

52 Bu kurumlar arasındaki farklar için bkz. yukarıda (yuk.) I, D, 2, a.

53 Karahan 309. Yazarın da belirttiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi aksi görüştedir.

54 Mineliler 1472.

55 Karahan 301.

nun koyduğu karinelere göre belirlenir. Gerçekten de ticari vekilin yetkisi, ticari temsilcinin aksine, ticari işletme sahibi tarafından dilediğince kısıtlanabilir (TBK m. 551/1). Bunun yanı sıra yasa, ticari vekilin yetkilerine ilişkin düzenleyici bazı hükümler getirmiştir (TBK m. 551/2). Bu hükümler de ticari vekilin genel yetkili veya özel yetkili olmasına göre değişiklik arz edecektir⁵⁶.

Ticari vekilin yetki aşımına sebep olan işlemleri sebebiyle ticari işletme sahibi ilk aşamada vekiline rücu edebilir. Rücu hakkının kullanılması, özellikle etkisiz kalacağı düşüncesiyle veya diğer herhangi bir sebeple tercih edilmiyorsa tacir ikinci aşama olarak, işlemi yapan üçüncü kişiye bu işlemle bağlı olmadığını bildirebilir veya oluşabilecek zararlarının miktarını isteyebilir⁵⁷. Fakat ikinci aşamadaki ihtimaller yalnızca sınırlamaları bilebilecek üçüncü kişiler için geçerlidir. Aksi halde iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin geçerliliğinin korunması esastır.

Bu bölümde ticari vekilin yetkileri ile buna bağlanan sınırları kapsam başlığı altında birlikte inceleyeceğiz.

10. TİCARİ İŞLETME SAHİBİNE GÖRE YETKİ KAPSAMI

Ticari vekilin yetki kapsamının belirlenmesinde ilk olarak ticari işletme sahibinin iradesi esas alınmaktadır. Ticari vekilin genel yetkili mi yoksa özel yetkili mi olduğunu da esasen temsil edilen gösterir⁵⁸.

Temsil edilen ticari işletme sahibi, ticari vekilinin yetkilerini üçüncü kişilere duyurmak koşuluyla dilediğince genişletip daraltabilir. Üçüncü kişilere duyurma aşamasında duyurunun yeterliliğini tespitinde 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralları dikkate alınır⁵⁹. Bu bağlamda yapılmak istenen sınırlamaların, ticari vekilin iş yapacağı kimselere bildirilmesi, yahut işlem yapılan bölgelerde tirajı yüksek gazetelerde ilan edilmesi dürüstlük kurallarınca yeterli görülmelidir⁶⁰.

11. YASAL KARİNELERE GÖRE YETKİ KAPSAMI

Ticari işletme sahibi tarafından ticari vekilin yetkisinin açıkça belirtilmediği ve ayrıca somut olayın şartları altında temsilci niteliğinin açıkça ortaya koyulamadığı hallerde yetki kapsamı, yasanın getirdiği karineler yoluyla tespit edilir⁶¹. Yasal karineler vekilin genel veya özel yetkili olmasına göre farklılık gösterir.

56 Fezyioğlu 432.

57 İmregün 174.

58 Fezyioğlu 432.

59 Fezyioğlu 432.

60 Karahan 310.

61 Mineliler 1473.

A. Genel Yetkili Ticari Vekile İlişkin Karineler

Yasanın genel yetkili ticari vekil için ortaya koyduğu ilk karineye göre bu yetkiler, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar (TBK m. 551/2). İşletmenin alışılmış işlemlerinin tespitinde öncelikle ticari hayatın gerekleri, işletmenin büyüklüğü, işletmenin türü, ticari ve yerel örf adet, ticari vekilin yeri ve durumu⁶² ile işlemin türü ve değeri dikkate alınır⁶³. Alışılmış işlemlere örnek olarak satış bedellerini tahsil etme, siparişler verme ve alma⁶⁴, malları teslim etme ve alma⁶⁵, emanet anlaşması yapma⁶⁶ veya işletmede çalışacak işçilerle hizmet sözleşmeleri yapma⁶⁷ verilebilir.

Yasanın ilk karineyi oluşturan lafzının karşıt anlamından (mefhum-ı muhalif, argumentum a contrario) çıkarabileceğimiz diğer karine ise ticari vekilin yetkilerinin işletmenin alışılmış dışında işlemleri kapsamayacağıdır. İşletmenin alışılmış dışındaki işlemlerine bir fabrika müdürünün mal çeşitlerinde veya üretim teknolojisinde değişiklik yapması⁶⁸, izlenen satış politikasını değiştirerek sadece belli bir bölgeye satış yapma kararı alması⁶⁹ yahut işletmede çalışan işçilere lokavt uygulaması örnek olarak verilebilir.

Bu iki karine dışında yasada özel olarak belirtilen bazı işlemlerde, alışılmış işlemler arasında sayılıp sayılmadığına bakılmaksızın açık yetki sınırlamaları getirilmiştir⁷⁰. Bu işlemler ödünç olarak para veya benzerlerini almak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, dava açmak ve açılmış davayı takip etmekten ibarettir. Ticari işletme sahibinin açıkça yetkilendirildiği hallerde bu işlemler de geçerli sayılır (TBK m. 551/2).

Son olarak yasada ifade edilmemiş olmasına karşın, daha geniş yetkileri olan ticari temsilcilerin dahi tek başlarına yapamayacağı işlemleri ticari vekilin de yapamayacağı işlemler arasına evleviyet ilkesince almamız gerekir. Bunlara örnek olarak, işletmenin sonlandırılmasına yönelik yapılan işlemler veya ticari işletmeyi işleten tacirin hukuki yapısını de-

62 Karahan 310.

63 Arkan 177.

64 Karahan 310.

65 "Ticari vekil, malları tesellüme yetkilidir." Yargıtay Ticaret Dairesi 7.4.1971, Esas 1182/Karar 2786 (Uygur VI 897).

66 "Acil tüp ihtiyacı nedeniyle yapılan emanet anlaşması o mağazanın mutad işlemleri arasında sayılacağından..." 11. Hukuk Dairesi 9.11.1985, Esas 5733/Karar 5989 (Uygur VI 901-902).

67 Arkan 177-178. Buna karşılık Mineliler aynı örneği olağanüstü işlemler arasında saymaktadır. Bunun için bkz. 1474. Kanaatimizce genel yetkili ticari vekiller için işçilerle hizmet sözleşmesi yapmak olağan işlemler arasında sayılmalıdır.

68 Karahan 310.

69 Arkan 178.

70 Mineliler 1474.

ğiştirecek işlemler verilebilir⁷¹. Ayrıca yasada belirtildiği üzere işletmenin taşınmazlarını devretmek veya haklarını kısıtlamak isteyen ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekir (TBK m. 548/2). Ticari vekil için de aynı sonuca varmalı ve özel olarak yetkilendirilmesi gerektiğini söylemeliyiz.

B. Özel Yetkili Ticari Vekile İlişkin Karineler

Özel yetkili ticari vekil olarak sayacağımız kişilerin çoğu TBK m. 552 içerisinde incelenmektedir⁷². Maddenin ilk fıkrasına göre toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, işletme sahibince ayrıca sınırlanmadıkça işletmenin alışılmış bütün satış işlemlerini yapabilir, bunlara ilişkin faturaları imzalayabilir, bunlardan doğan borçların ifa edilmesine ilişkin ihtar ve diğer açıklamaları yapabilir, özellikle alışılmış işlemler dolayısıyla teslim edilmiş mallara ilişkin ayıp bildirimlerini ticari işletme adına kabul edebilir.

İşletme sahibinin bu yetkileri sınırlamak istemesi halinde sınırlamaların geçerliliği öncelikle, objektif olarak üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilir olmaları halinde mümkündür. Söz gelimi kasa ve teslimat bölümleri ayrıca belirlenmiş ve dekore edilmiş bir mağazada satış elemanları satış bedeli alamaz, mal teslimi yapamaz⁷³. Aynı şekilde kasa elemanları da satış işlemine karışamayacakları gibi mal teslimi de yapamazlar. Satış bedeli almaya yetkili kılınan kasa elemanının, fatura kapatmaya veya makbuz vermeye de yetkili olduğunu söyleriz⁷⁴.

Bunun yanı sıra ticari işletmenin içerisinde görülebilecek şekilde asılan “Müessesemizde veresiye alışveriş yoktur.”, “Taksitli alımlarda vade farkı uygulanır.” tarzı ilanlar da aynı şekilde ticari işletme sahibi tarafından yapılan yetki sınırlamalarını belirtir⁷⁵. Bu duyurular yasanın ifadesiyle “müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolaylıkla okuyabilecekleri bir biçimde, yazıyla” yapılmalıdır. Burada ifade edilen yazılılık koşulunun esnek biçimde anlaşılması gerektiğini, yani yazılı olmadığı halde görsel olarak satışı, kasayı ve teslimatı belirten resimli panoların ve sair ifadelerin yeterli olduğu kanaatindeyiz⁷⁶.

71 Karahan 303.

72 Bu düzenleme 818 Sayılı BK'da 453. maddenin son hükmünü karşılamaktadır.

73 İmregün 123, Domaniç/Ulusoy 372.

74 Feyzioğlu 436.

75 Kayar 332.

76 Aslında en doğrusu yasada daha kapsayıcı ifadelerin yer almasıydı. Kanaatimizce belirtilen cümle “müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyup anlayabilecekleri bir biçimde, yazıyla veya görsel olarak” şeklinde kaleme alınsa daha kullanışlı olurdu.

Özel yetkili ticari vekile ilişkin son karineye göre ise, sayılan işletmelerdeki görevli veya hizmetliler, yazılı şekilde ayrıca yetkilendirilmedikçe işletme dışında satış bedeli isteyip alamazlar (TBK 552/2). Burada aranan yazılılık şartı 818 Sayılı yasa döneminde de öğretilde haklı olarak eleştirilmekte iken yasa koyucu 6098 Sayılı yasada herhangi bir hüküm değişikliğine gitmemiştir. Esasen yetkileri çok geniş olan ticari temsilci ve ticari vekil atamasının dahi yazılı olmasının gerekmemesi karşısında aranan bu koşulu açıklamak güçtür⁷⁷.

12. TİCARİ VEKİLİN REKABET YASAĞI

A. GENEL OLARAK

Ticari temsilciler ve ticari vekiller için rekabet yasağı, 6098 Sayılı TBK'nın 553. maddesinde düzenlenmiştir. Temsil edilen ile temsilci arasında varlığı zorunlu bir güven ilişkisinin varlığı ile temsilcinin, temsil edilenin sırlarına ve özel bilgilerine kolayca ulaşabilmesi düzenlemenin iki temel dayanacağını oluşturmaktadır⁷⁸.

Rekabet yasağını incelerken önce yasağın kapsamını tespit edecek daha sonra ise bu yasağa bağlanan sonuçları ele alacağız.

B. KAPSAMI

TBK'nın 553. Maddesinin birinci fıkrasına göre "Bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramazlar." Rekabet yasağının kapsamını tespit ederken de, hükmün getirdiği sistematığı takip ederek kişi ve konu ayırımı yapmakta, konuyu da bu şekilde incelemekte fayda vardır.

a. Kişi Bakımından

Rekabet yasağı kapsamına kişi bakımından, işletmenin bütünü yöneten ticari vekiller ile işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari vekiller dahildir. Yani rekabet yasağına işletmenin bütünü yürüten genel yetkili ticari vekiller ile genel veya özel yetkili olup olmadığına bakılmaksızın ticari işletme sahibi ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunan ticari vekiller dahildir⁷⁹.

Rekabet yasağı kapsamı tespit edilirken ilk aşamada, işletmenin bü-

77 Feyzioğlu 436, Mineliler 1479.

78 Feyzioğlu 438-439.

79 Mineliler 1480.

tününü yöneten denilerek temsilci ile üçüncü şahıslar arasındaki ilişki, sonrasında ise aradaki hizmet sözleşmesinin aranmasıyla temsil edilen ile temsilci arasında ilişki esas alınmıştır.

Buna göre vekalet sözleşmesiyle işletme sahibine bağlı olan ticari vekil işletmenin bütününe yönetmesi halinde rekabet yasağına dahil olurken, işletmeye ait bazı işleri yürütmesi halinde yasak kapsamı dışında kalacaktır⁸⁰. İşletmeye ait bazı işleri yürüten ticari vekilin ticari işletme sahibinin hizmet sözleşmesiyle çalıştırdığı bir kişi olması halinde ise tekrar rekabet yasağı kapsamına girdiğinden bahsederiz.

b. Konu Bakımından

Rekabet yasağı kapsamına konu bakımından, ticari vekillerin işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan veya dolaylı olarak⁸¹, kendileri ya da üçüncü kişilerin hesabına⁸² işletmenin faaliyet alanına giren bir iş yapmaları, yahut kendi hesaplarına bunu başkalarına yaptirmaları dahildir.

Ayrıca kapsam bakımından, söz konusu yasağın uygulama alanı bulunması için TTK m. 54 vd. hükümlerinde düzenlenen bir haksız rekabetin varlığı aranmaz. Ekonomik anlamda rekabet teşkil edecek her faaliyet rekabet yasağı kapsamı içerisindedir⁸³.

Rekabet yasağı kural olarak temsil yetkisi süresince devam eder, süresi sözleşme ile uzatılabilir⁸⁴. Süresi uzatılan sözleşmenin doğaldır ki TMK m. 2 ve TBK m. 27 hükümlerine aykırı olmaması gerekir.

Diğer yandan işletme sahibi rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemelere uymak zorunda değildir. Açık veya örtülü, yahut yazılı veya sözlü irade beyanıyla rekabet yasağına ilişkin hükümleri bertaraf edebilir⁸⁵.

13. AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

TBK'nın 553. maddesinin ikinci fıkrasına göre rekabet yasağına aykırı davranılırsa "işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine⁸⁶, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcı-

80 Feyzioğlu 439.

81 Bu ifade 818 Sayılı yasada yer almamaktaydı.

82 Üçüncü kişilerin hesabına işlem yapmaları bahsi de 818 Sayılı yasada yer almamakta fakat öğretilde haklı şekilde yasak kapsamına dahil görülmekteydi.

83 Mineliler 1481.

84 Feyzioğlu 439, Karahan 306.

85 Feyzioğlu 440.

86 818 Sayılı yasada "bunun yerine" ifadesi yerine yer alan "ve" bağlacı sebebiyle daha sonra açıklayacağımız tazminat talep hakkı ve yapılan işleri üzerine alma hakkı birlikte kullanılabilmekteydi. 6098 Sayılı yasada bu haklar işletme sahibine ait seçimlik haklar olarak düzenlenmiştir.

sının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir.”

Rekabet yasağının sonuçlarını incelerken de hükmün getirdiği sistematiki takip ederek ikili bir ayırım yapmakta ve konuyu bu şekilde incelemekte fayda vardır. İlgili hükme göre ticari işletme sahiplerine tazminat talep etme hakkı ve yapılan işleri kendi hesabına alma hakkı olmak üzere iki temel seçimlik hak tanınmıştır.

A. Tazminat Talep Etme Hakkı

Ticari işletme sahibi, rekabet yasağına aykırı faaliyetlerden doğan zararını talep etme hakkına sahiptir. Bu zarar esas itibariyle bir müspet zarardır çünkü zarar miktarı belirlenirken, ticari işletme sahibinin yasağı aykırı işlemi bizzat yapmış olması halinde elde edeceği kazanç miktarı esas alınmaktadır⁸⁷.

B. Yapılan İşleri Kendi Üzerine Alma Hakkı

Ticari işletme sahibi, rekabet yasağına aykırı olarak yapılmış işlemleri kendi hesabı üzerine de alabilir. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için yasağı aykırı işlemlerin ticari vekil hesabına yapılmış olması gerekmektedir. Sadece bu halde ticari vekile sağlanan bütün malvarlığı hakları ticari işletme sahibine geçirilebilecektir⁸⁸.

Eğer yasak konusu işlemler üçüncü kişi hesabına yapılmış ise ticari işletme sahibi bu sefer yapılan işlemleri kendi hesabı üzerine alamaz. Bunun yerine ilgili taleplerini yasağı aykırı faaliyetlerde bulunan ticari vekile karşı ileri sürebilir. Ticari vekil henüz bir kazanç sağlamamış ise tacir, mevcut alacakların kendi hesabına geçirilmesini talep edecektir⁸⁹. Ticari vekilin kazanç sağlamış olduğu ve ortada bir alacağın mevcut olmadığı hallerde bu sefer yalnızca tazminat talep etme yönüne gidilir.

Rekabet yasağına aykırılığa bağlanan diğer sonuçlar ise yasada yer almamaktadır. Fakat yine de ticari işletme sahibinin yasağı aykırılık teşkil eden faaliyetlerin durdurulmasını talep etme hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca söz konusu faaliyetler, ticari işletme sahibi ile ticari vekil arasındaki olası bir hizmet sözleşmesini sona erdirebilecek haklı nedenler mahiyetindedir⁹⁰.

87 Fezioğlu 441, Mineliler 1483.

88 Fezioğlu 440.

89 Mineliler 1482-1483.

90 Fezioğlu 441.

14. TİCARİ VEKİLLİĞİN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Ticari vekillikğin sona ermesi, ilk aşamada TBK'nın 554. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "işletme sahibi, ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerini, aralarındaki hizmet, vekalet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları saklı kalmak koşuluyla, her zaman geri alabilir." Maddenin devamındaki fıkraya göre de "işletme sahibinin fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölümü, ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkisini sona erdirmez."

Bu maddede sadece azil durumu ve temsil yetkisinin sona ermeyeceği bazı özel haller düzenlenmiş olmasına karşın TBK'nın genel temsil yetkisinin sona ermesi hallerini düzenleyen 42 ve 43. maddeleri de uygulama alanı bulacak, böylece ticari vekillikğin sona ermesi çok daha geniş kapsamlı incelenebilecektir.

15. SONA ERME SEBEPLERİ

TBK'nın 42, 43 ve 554. maddeleri birlikte incelendiğinde sona erme sebepleri azil, istifa, ölüm, gaiplik, fiil ehliyetinin kaybedilmesi, iflas, ticari işletmenin devir ve tasfiyesi şeklinde çeşitli başlıklar altında sıralanabilir.

A. Azil

İşletme sahibi, ticari vekilin temsil yetkisini her zaman geri alabilir, yani onu azledebilir (TBK m. 554/1). İşletme sahibi, bu azil hakkından önceden feragat edemez (TBK m. 42). Fakat her durumda taraflar arasındaki hizmet, vekalet, ortaklık veya benzeri sözleşmelerden doğabilecek haklar saklıdır (TBK m. 554/1). Söz gelimi ticari vekillikten azledilen bir A kişisi, ticari işletme sahibinden hizmet sözleşmesinden doğan ücret alacağını talep edebilir⁹¹. Ayrıca aksi kararlaştırılmadıkça bu iç ilişki, ticari vekillik ilişkisinden bağımsız olarak geçerliliğini sürdürür⁹².

Yasada azil için öngörülmüş herhangi bir şekil şartı yoktur. Bu sebeple tıpkı ticari vekilin atanmasında olduğu gibi açık veya örtülü, yahut yazılı veya sözlü bir şekilde gerçekleşebilir⁹³.

B. İstifa

Ticari vekil de istifa ederek her zaman temsil yetkisini sona erdirmeye hakkına sahiptir. Bu hakkından önceden feragat edemez⁹⁴. İstifa uygun

91 Karahan 306.

92 Feyzioğlu 442.

93 Mineliler 1484.

94 Karahan 306, Mineliler 1484.

olmayan bir zamanda yapılmış ve bu da ticari işletme sahibi için bir zarar meydana getirmişse ticari vekil, oluşan zararlardan sorumludur (TBK m. 512).

Yasada istifa için de öngörülmuş bir şekil şartı yoktur. Bu sebeple istifa da tıpkı ticari vekilin atanmasında ve azlinde olduğu gibi açık veya örtülü, yahut yazılı veya sözlü bir şekilde gerçekleşebilir.

C. Ölüm, Gaiplik ve Fiil Ehliyetinin Kaybedilmesi

Genel temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi yahut fiil ehliyetinin kaybedilmesi ile sona ererken yasa, bu kurala bağlı tacir yardımcılarını esas alarak bir istisna getirmiştir. Buna göre işletme sahibinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi hallerinde ticari vekilin temsil yetkisi sona ermez (TBK m. 554/2). Bu hükmün aksi taraflarca kararlaştırılarak genel kurala da dönüş yapılabilir. Ancak bu halde sona erme hali, usulünce duyurulmadığı müddetçe iyiniyetli üçüncü kişiler için hüküm doğurmaz⁹⁵.

Bu düzenleme esas itibariyle, işletmenin devamını sağlama ve ölüm yahut fiil ehliyetinin kaybı sebebiyle işletmenin mirasçılarının ve hatta işletme ile iş yapan üçüncü kişilerin zarara uğramasını engelleme amaçlarına yöneliktir⁹⁶.

Ticari vekilin ölümü veya fiil ehliyetinin kaybedilmesi halinde ise temsil yetkisi sona erer. Bir kimsenin ölümü halinde hak ve borçları kanuni temsilcisine geçmesine rağmen aynı husus ticari vekile ait borçlarda söz konusu olmaz, ölenin yasal mirasçıları ticari vekil sıfatını kazanmaz⁹⁷. Bunun sebebi temsilcilik ilişkisinin münhasıran şahsa bağlı bir ilişki olmasıdır⁹⁸.

10 .İflas

Ticari vekilliğin sona ermesinde iflas hali, işletme sahibinin iflası ve ticari vekilin istifası olmak üzere iki ayrı başlıkta incelenmelidir.

Ticari İşletme Sahibinin İflası: Ticari işletme sahibinin iflası halinde malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi iflas masasına geçer ve ticari vekilin de yetkisi bu nispette sona erer (TBK m. 43).

Ticari Vekilin İflası: Ticari vekilin iflası halinde ise temsil yetkisinin

95 Feyzioğlu 443.

96 Karahan 307.

97 Mineliler 1485.

98 Karahan 307

sona ermemesi gerekmektedir. Ticari vekil olarak atanmış kişinin kendi malvarlığı hakları üzerinde tasarruf yetkisinin sona ermesi bir başka kişinin ticari işletmesini yönetme veya işletmenin bazı işlerini yürütme yetkilerini sona erdirmemelidir⁹⁹.

11. İşletmenin Devir ve Tasfiyesi

Ticari işletmenin devri halinde devralan ile ticari vekil arasında herhangi bir güven ilişkisinin varlığı mevcut olamayacağından temsil yetkisi doğal olarak sona erer. Devralanın ve vekilin anlaşması halinde temsil yetkisi geçerliliğini korur. Bu anlaşma yeniden bir ticari vekil atanması şeklinde hayat bulur.

Ticari işletmenin tasfiyesi halinde ise ticari vekilin yetkisi tasfiye amacı ile bağlı kalacak şekilde sınırlanır. Bu durum, TBK m. 43 içerisinde belirtilen işin özelliğinden doğan bir istisna olarak ele alınmalıdır¹⁰⁰.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tacirin bağlı yardımcısı olan ticari vekil, TBK'nın 551 ve 552. maddelerinde düzenlenmiştir. Özellikle ticaret hukukunu ilgilendiren ticari vekilin, içinde bulunduğumuz yasa reformu döneminde Türk Ticaret Kanunu içerisinde yer alması gerekmektedir yasa koyucu eleştirileri¹⁰¹ dikkate alınmış ve ticari vekili 6098 Sayılı yasa içerisinde tekrar düzenlemiştir.

Ticari vekilin temsil yetkisi, borçlar hukukunda düzenlenen genel temsil yetkisinin yanında özel bir nitelik arz ettiğinden TBK m. 40 vd. hükümleri, uygun düştüğü ölçüde ticari vekillere de uygulanır.

Ticari vekilden bahsedebilmek için öncelikle üç temel unsurun varlığını tespit etmemiz gerekir. Bunlar bir ticari işletmenin varlığı, ticari işletmeyi sınırlı yönetim yetkisi ve ticari işletme sahibi taciri sınırlı temsil yetkisidir.

Yasaya göre ticari vekil ticari işletmenin tümünü yönetir veya bazı işlerini yürütür. İlk ihtimalde genel yetkili ticari vekilden, ikinci ihtimalde ise özel yetkili ticari vekilden bahsederiz. Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise 6098 Sayılı yasanın da açıklık getirdiği şekilde, ticari vekilin ticari temsilcilerin aksine yalnızca ticari işletmelere atanabiliyor olmasıdır.

Ticari vekilin atanmasında ve temsil yetkisinin sona ermesinde herhangi bir şekil şartı aranmamıştır. Her iki işlem de açık veya örtülü, yahut yazılı veya sözlü yapılabilir. Ticari vekilin yetkilerini sınırlandırmak

99 Feyzioğlu 427 dipnot 42, diğer görüşler için ayrıca bkz. Mineliler 1486.

100 Karahan 308.

101 Mineliler 1486.

isteyen tacir bu sınırlamaları, dürüstlük kuralları gereği, usulüne uygun şekilde duyurmak zorundadır.

Sonuç olarak, hukuk uygulamamızda çok önemli bir yeri olan ticari vekil kavramı, çalışmamızda özet şeklinde ele alınmış olsa da, çok daha geniş kapsamlı çalışmalarda ele alınmakla daha da derinlik kazanacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya, O.G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt (C.) 1, İstanbul 2012.
- Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009.
- Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- Domaniç, H./Ulusoy, E.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- Dönmez, O.: Acente Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- Edgü, E.: Ticaret Hukuku 1, Umumi Hükümler, Ankara 1964.
- Feyzioğlu, F. N.: Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.405-443.
- Helvacı, S.: Gerçek Kişiler, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- Hırş, E.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 3. Baskı, İstanbul 1948.
- İmregün, O.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 12. Baskı, İstanbul 2001.
- Karahan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Konya 2011.
- Kayar, İ.: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006.
- Kendigelen, A.: Hukuki Mütalaalar, C. VI: 2004, İstanbul 2006.
- Lowe, R.: Commercial Law. Sixth Edition, London 1983.
- Mineliler, Z.: Ticari Vekil, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, sayfa (s.) 1467-1488.
- Oğuzman, M.K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 9. Baskı, İstanbul 2011.
- Poroy, R.: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1983.
- Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2001.
- Uygur, T.: Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. VI, Ankara 1994.

MÜDAFİİ VE CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİİ İLE İLGİLİ KORUMA TEDBİRLERİ

Av. Çağatay UYGUN

GİRİŞ

Ceza muhakemesi; iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinden oluşan ortak bir çalışmadır. Bu çalışmanın sonunda bir "hüküm" beklenmektedir. Hükümün bilgi kaynaklarından ve bu anlamdaki dayanaklarından birisi ise, savunma yani müdafaadır. Savunma faaliyetini yasalara göre üzerine alan ve ceza soruşturmasını yürüten, resmi organlar önünde sanığı savunan, belli niteliklere sahip kişi ise "müdafii"dir¹.

Burada müdafii, kendi dalında uzman olduğu için, sanığın yabancı olduğu konularda kendisine destek olması ve yargılamada gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etmesi amaçlanmıştır². Bu hizmet esnasında ise, meslek sırrı önem arz etmektedir ve avukat ile müvekkili arasında sağlam bir bağ oluşmaktadır, çünkü artık burada müvekkilin güveneceği başka bir kimsenin olmadığı kanaatindeyim. Bunun dayanağı olarak da 2001 Tasarısı'nın 101.maddesi gerekçe gösterebilirim, zira burada *savunma hakkını sağlam tutmak* amaçlanmıştır.

Esasen 2001 Tasarısı'nın 101. madde gerekçesi, müdafii ile müvekkili arasındaki ilişkinin zedelenmemesi için, avukata yönelik ileride uygulanabilecek koruma tedbirleriyle *mesleğin icrasının* yapılamamasını önlemektir. 2001 Tasarısı'nın 101. madde gerekçesinde şöyle denmektedir: "Avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasının temel koşuludur"³.

Yazıda öncelikli olarak müdafilerin bürosunun aranması hususunu ele aldıktan sonra, arama sonucunda elde edilen delillere ve postada el-koyma hususuna değineceğiz. Son olarak da müdafilerin iletişimlerinin dinlenip dinlenemeyeceği konusunu tartışacağız.

1 CENTEL, Nur Başar; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii"; Kazancı Hukuk Yayınları: 29; İstanbul 1984, s. 1 vd.

2 YURTCAN, Erdener; "Ceza Yargılaması Hukuku"; Vedat Yayıncılık; 11. Baskı; İstanbul 2005; s. 171

3 2001 Tasarısı 101'inci madde gerekçesi; nak. ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan; "Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku"; Türkiye Barolar Birliği Yayınları; 1. Baskı; Ankara 2006; s. 156

A. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA, ELKOYMA VE POSTADA ELKOYMA

AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA

Bu başlık altında konuya girmeden önce, "Arama"nın ne anlama geldiğini ve hukuki niteliğini belirtmek gerekir. Arama, suçların işlenmesinin önlenmesi veya şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanması veya delil elde etmek amacıyla belli yerlerde, şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, eşyasında yapılan araştırma işlemidir⁴. Bu arama adli olabileceği gibi (CMK m. 116-122), PVSK m.9'da⁵ belirtilen hallerde idari arama şeklinde de olabilir; ancak bizim konumuzu da ilgilendirdiği alan bakımından adli arama, şimdilik ele alacağımız husustur.

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama, anayasal olarak güvence altına alınan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir koruma tedbiridir. Anayasamızda, aramaya dayanak teşkil eden düzenlemeler, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlığı altında sayılmış olan özel hayatın gizliliği (AY m. 20)⁶ ve konut dokunulmazlığı (AY m. 21)⁷ haklarının sınırlanması ve buna bağlı olarak, genel anlamda temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin esasları

4 HAKERİ, Hakan- ÜNVER, Yener; "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler"; Adalet Yayınevi; 1. Baskı; Ankara 2007; s. 201

5 PVSK m. 9: Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

6 AY m. 20: Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar.

7 AY m. 21: Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.

ortaya koyan AY m. 13⁸ bakımından karşımıza çıkar. Bu bakımdan, yasalarda hangi hallerde bunun yapılacağı özel olarak öngörülmektedir.

Müdafii bürosunun aranması hakkındaki hukuki düzenleme CMK'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında⁹ belirtilmiş ve özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. Avukat bürolarında arama işlemi, diğer arama işlemlerine nazaran ayrı ve özel hükümlere bağlanmıştır, çünkü diğer arama işlemleri farklı usullerle yapılmaktadır. Burada arama koruma tedbirinin uygulanması bakımından istisna getirildiği söylenebilir. Ancak söz konusu düzenlemenin avukatın müvekkiline ilişkin olarak yapılacak aramaya ilişkin olduğu söylenmelidir¹⁰.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile avukat bürolarında arama özel hükümlere tabi tutulmak suretiyle güvence altına alınmıştır. Buna göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

Benzer bir düzenleme, avukatların meslek sırrı yükümlülüğünün bulunması ve savunma hakkının bir gereği olarak, Avukatlık Kanununun 58'inci maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir¹¹. Avukatlık Kanunundan farklı olarak arama bakımından görevle bağlantılı olarak görev dolayısıyla veya görev sırasında şeklindeki bir ayırım, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülmemektedir. Bu nedenle, Yeni CMK'daki düzenleme, avukatların işledikleri görevle bağlantılı olmayan kişisel suçlar ile diğer kişilerin bu şekildeki suçları bakımından da uygulama alanına sahip olabilecektir¹².

8 AY m. 13: Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

9 CMK m. 130/1: Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

10 ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, M. Nihat- BACASIZ, Pınar- DOĞAN, Koray; "Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi"; Seçkin Yayınları; 1. Bası; Ankara 2007; s. 209

11 ÜNVER- HAKERİ; a.g.e. ; s. 157 vd.

12 GÜLŞEN, Recep; "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama" adlı makale; <http://hakanevcin.blogspot.com/2007/07/yeni-ceza-muhakemesi-kanununda-arama.html>; 14.01.2008, saat:10:26 ; s. 2

Avukat bürolarında aramanın özel koşullara bağlanması hususunda bir görüşe göre; avukat bürolarında arama yapılmasının özel koşullara bağlanması, TCK'nın 6. maddesinin yorumundan hareketle özel usullere bağlanmıştır¹³. Avukatlara neden ayrıcalık tanındığı sorusunun cevabının da problemin çözümünde işlevsel olduğunu düşünmekteyiz. Arama yasağı getirilmesi de makul ve anlaşılır sebeplere dayanmaktadır. Avukatlık Kanunu 1. madde uyarınca avukatlık kamu hizmetidir. Yine aynı kanunun 2. maddesince avukat yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir. Avukatlık Kanunu, avukatlık mesleğine kabul edilmeyi bir takım zor koşullara bağlamış; avukatlara bir çok sorumluluk ve ödev yüklemiştir. Yine Avukatlık Kanunu Madde 36'ya göre avukatların sır saklama yükümlülüğü vardır. Avukat müvekkil ilişkilerinin kapsamı düşünüldüğünde, avukatın çoğu zaman müvekkiline ait ailevi ve ticari sırlara vakıf olduğu, bu konulara ilişkin belge ve resim gibi ispata yönelik eşyalara sahip bulunduğu görülecektir. Bu bilgi ve belgelerin sır saklama yasağına rağmen el değiştirmesi, başkaları tarafından bilinir hale gelmesi avukatı mesleğini yapamaz hale getirecek, avukat müvekkil ilişkisinde güvensizliği hakim kılacaktır. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün etkin kullanılmasında en önemli işleve sahip olan avukatlık mesleğinin etkili sonuç doğurabilmesi için, avukat müvekkil ilişkisinde güvenin sağlanması, avukata verilen bilgi ve belgelerin her türlü müdahaleden uzak bir şekilde korunmasının sağlanması gerekmektedir. Avukat mesleğini icra ederken, kimi zaman yaşadığı kentin mülki erkânının veya onların kimi yakınlarının rahatsız olduğu davaları da takip edecektir. Belki açacağı dava bir hükümetin düşmesine; büyük menfaat gruplarının çökmesine yol açacaktır. Mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, avukatın üzerinin aranması imkânının kolluk kuvvetlerine tanınması, avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirmesini engelleyecektir. Yargının diğer kurucu unsurları olan Hâkim ve Savcılarının da üzerlerinin aranmaması aynı nedene dayanmaktadır¹⁴.

Bunun yanında meslek sırrının bir gereği olarak avukat, kaçak sanı-

13 bkz. ÖZTÜRK, Bahri- ERDEM, Mustafa Ruhan- SIRMA, Özge- SAYGILAR, Yasemin; "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler"; Turhan Kitabevi; 4. Bası; Ankara 2006; s. 412 ; "Herşeyden önce önemle belirtmekte yarar vardır ki, YCMK'da avukat bürolarının aranması konusunun özel olarak düzenlenmesi ve bunun ağır koşullara bağlanması ileri doğru atılmış önemli bir adımdır. Ancak, YTCK'nun 6'ncı maddesinde; "Yargı görevini yapan..." deyiminden, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet Savcısı ve Avukatlar anlaşılır denildiğine göre, savcının, hakimin bürosu nasıl aranıyorsa, avukatlarınınkinin de öyle aranması yani aranmaması gerekir. Bırakınız TCK'nun 6'ncı maddesinin düzenlemesini, sırf savunma hakkının korunması için bunun yapılması gerekirdi."

14 GÜLŞEN; a.g.m.; s. 7 vd.

ğin adresini bildirmek zorunda olmadığı için sanığın adresinin öğrenilmesi amacıyla büroda arama da yapılamaz. Avukat bürolarının aranmasına ilişkin bir diğer sorun da, hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan şahsın avukat bürosunda yakalanması amacıyla büroda arama yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. Bu mümkün olmakla birlikte, uygulanmamalıdır. Savunma özgürlüğü ve avukata olan güven düşünceleri buna engel olmalıdır¹⁵.

Bu konu kapsamında sadece müdafinin bürosunun aranması hususuna değil, aynı zamanda müdafinin kendisinin, aracının aranması hususuna da değinmekte yarar görüyoruz. Avukatların üstünün ve aracının aranması hakkında husus çok tartışmalıdır. Avukatlık Kanunu'na göre¹⁶; avukat, ancak ağır cezaı gerektiren suçüstü halinde aranabilir. Öğretide, avukatların işledikleri görevle bağlantılı olmayan kişisel suçlarla diğer kişilerin bu şekildeki suçları bakımından da uygulama alanına sahip olabileceği savunulsa da¹⁷; kanunun lafzından bu yorumu yapmanın yanlış olacağı ve avukatların gerek CMK, gerekse Av. K.'dan hareketle sadece görevle bağlantılı suçlarından dolayı bürolarının aranabileceğini düşünmekteyiz.

Burada, avukatın üzerinin, aracının, konutunun aranamamasında hukuki yararı korunan kişi avukat değil, müvekkilidir. Avukatın aranabilmesi, müvekkilin avukatına tam olarak güvenebilmesinin önüne geçecektir. Bu nedenle avukatın üzerinin aranamaması kişiye özel bir ayrıcalık değil, avukatın yapmakta olduğu kamu hizmetinin ve bağımsızlığının bir gereğidir.

Avukatların işyerlerinin aranması hakkında Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir kararda¹⁸, avukat bürolarının mesleki

15 ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, M. Nihat- BACASIZ, Pınar- DOĞAN, Koray; a.g.e. s. 210

16 AV. K. .m.58: "... Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezaı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz."

17 ÜNVER- HAKERİ; a.g.e. ; s. 158

18 nak. ÖZBEK, Veli Özer; "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı"; Seçkin Yayınevi; 1. Bası; Ankara 2005;s. 486 vd. ; Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı 16 Aralık 1992 yılında avukat bürolarının Sözleşmenin 8.maddesinin koruması altına girmediğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararında, avukat bürolarının aranıp aranamayacağı ve/veya hangi koşullarla aranabileceği sorununa açıklık getirmiştir. (Adalet Divanı'nın 16 Aralık 1992 tarih ve 72/1991/324/396 no.lu Almanya'ya Karşı Niemietz Kararı). Karara konu olan olay şudur: Alman vatandaşı Niemietz "Bunte Liste" adlı politik bir organizasyonun başkanlığını yapmış, bu organizasyonun kiliseye karşı etkinlik gösteren bir biriminde de çalışmış bir avukatır. İşçilerinden kestiği kilise vergisini ödemek istemeyen bir işverenin ceza davasının görüldüğü mahkemenin (Amtsgericht Freiburg) başkanı 9 Aralık 1986 tarihinde tehdit ve hakaret içeren bir mektup alır. Mektuba gönderici olarak uydurma olduğu belirlenen Klaus Wegener ismi ve davacı avukatın üye olduğu organizasyonun posta kutusu numarası yazılır. 13 Ocak 1986 tarihinde Münih 1 no.lu Eyalet Mahkemesi Başkanlığından hakareten dolayı kamu davası açılması talebinde bulunur. Münih Amtsgericht 8 Ağustos 1986 tarihinde söz konusu kişinin kimliğini tespit etmek

ilişkiler amacıyla aranmasını, arama emrinin genel ifadelerle geçiştirilmiş olmasını ve özel bir arama yöntemi öngörülmemiş olmasını hukuka aykırı kabul etmiştir. Bunun yanında ülkemizde de avukatın üzerinin aranması hususunda verilmiş bulunan bir Danıştay kararı bulunmaktadır¹⁹ ve

amacıyla ev araması kararı vermiştir. Bunun üzerine mahkeme (Amtsgericht München) asıl göndericiyi tespit amacıyla avukat Niemietz adlı avukata da dahil dört kişinin ev ve işyerlerinde arama kararı çıkarır. Davacı avukatın bürosu ve Freiburg savcılığı ve polisi tarafından 13 Kasım 1986 tarihinde aranmış, bu arama sırasında dosya dolapları, bazı dosyalar ve müvekkillerin isim ve adreslerinin bulunduğu çekmece incelenmiştir. Ancak şüpheli herhangi bir şeye rastlanmamıştır. Davacı avukat iç hukuk yollarından bir sonuç alamayınca Avrupa Adalet Divanına başvurmuş ve bürosunda yapılan aramanın Sözleşmenin 8.13 ve Ek Protokol'ün 1.maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Divan Sözleşmesinin 8.maddesine aykırı bulduğu kararda iki önemli sonuca ulaşmıştır: 1.Sözleşmenin 8.maddesi meslek ve buna yönelik ilişkilerin de yürütüldüğü mekanlardaki aramalarda da uygulanabilir. Bu tür aramalarda haberleşme niteliği taşıyan yazılı belgeler incelenemez. İncelense bu yasal değildir. 2.Bir avukat bürosunda arama yasal bir amaçla yapılmış olsa dahi, arama emri genel ifadelerle geçiştirilmiş, özel bir arama yöntemi öngörülmemiş ve meslek sırrına ağır bir saldırı oluşturuyorsa yasa dışı kabul edilmelidir. Divan bu sonuçlara ulaşırken şu gerekçelere dayanmıştır:

Özel hayat kişiyi dış dünyasından soyutlayacak şekilde dar yorumlanmamalıdır. Özel hayata saygı belli ölçüde kişinin diğer insanlarla ilişki kurması ve bu ilişkileri geliştirmesi hakkını da kapsamalıdır. Bu yönüyle meslek hayatı özellikle serbest meslek niteliğindeki uğraşlar içerisinde özel hayatın ne zaman başlayıp ne zaman bittiğini saptamak her zaman olanaklı değildir. Avukat ve müvekkilleri arasındaki güven ilişkisi de avukat bürosunda yapılan aramanın özel hayata ve meskene saldırı olarak kabul edilmesini gerektirir. Sözleşmenin 8.maddesinde yer alan İngilizce "home" (mesken) kelimesi Almanya'nın da aralarında bulunduğu pek çok ülke tarafından işyerlerini de kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Mesken ve özel hayat terimleri dar yorumlanmamalıdır. Bu terimlerin işi ilişkilerini ve iş lokallerini kapsayacak şekilde yorumlanması, 8.maddenin kişiyi resmi makamların keyfi saldırılarına karşı koruma amacına da uygundur. Olaya ilişkin arama kararının aramanın nasıl yapılacağına ilişkin daha açık belirleme ve sınırlamalara yer vermeksizin sadece "mektupta gönderici olarak gözüken uydurma ismi açıklığa kavuşturacak belgelere el konulması" biçimindeki bir formül 8. maddede öngörülen muhaberat niteliğindeki belgeleri de kapsayan bir aramaya neden olmuştur. Bir avukat bürosunun aranmasının özel bir prosedüre bağlı olmadığı bir ülkede gerçekleşmesi durumun önemini artırmaktadır. Avukat bürolarının "muhaberatı" 8. maddenin korunması altında olup, söz konusu arama sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen saldırı niteliğindedir. Resmi makamların müdahalesi demokratik toplum kurallarına aykırı olamaz. Bu bağlamda meslek sırrına saldırı ölçüsüne varan avukat bürosunun aranması savunma görevinin yerine getirilmesi ve 6.maddede öngörülen haklara etki edebilir. Bu tür bir müdahale avukatların meslek onurunu, müvekkilleri ve kamuoyu önündeki durumunu olumsuz yönde etkiler.

19 nak. GÜLŞEN; a.g.m.; s. 5 vd. ; Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen bir kararla, üzeri ve çantası aranan Avukat Kemal VURALDOĞAN'a İçişleri Bakanlığı tarafından 2.500.000.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesiyle, avukatların üzerinin aranıp aranmayacağı konusu tekrar gündeme gelmiş, karar avukatlar ve barolar nezdinde olumlu karşılanırken, kararı olumsuz bulduğunu ifade edenler de olmuştur. Çalışmamızda, Avukat VURALDOĞAN davası çerçevesinde, avukatların üst araması sorunu incelenecek ve avukatlara tanınan bu hakkın sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Özellikle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, konunun daha da önemli bir hale geleceğini düşünmekteyiz. 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek yeni Türk Ceza Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü ve eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir.

1 Mayıs 2004 günü Ankara Adliyesinden çıkan Avukat VURALDOĞAN, adliye çıkışındaki bulvarda 1 Mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği'nden aldıkları genel arama

izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kameraya alınmıştır. Avukat VURALDOĞAN, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara Valisi açısından gereğinin takdiri için dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ankara Valisi hakkında şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına kararı verilmiş, arama emrini veren polis memurları açısından gereğinin yapılması için dosya Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok imzalı kararda, Ankara Valiliği tarafından 1 Mayıs Mitingi nedeniyle kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla suç aletlerinin toplanmasının yapıldığı yer ve çevresine sokulmaması için toplantı mahal ve çevresine gelen kişilerin özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması konusunda Ankara Valiliğinin oluru ile genel arama izni verildiği, genel arama için verilmiş bulunan iznin 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun tanıdığı hakkı ortadan kaldıracı nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göre mülki amirin vereceği yazılı genel arama izniyle, avukatların üzerlerinin aranması mümkün değildir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili kamu görevlilerin soruşturulması izni verilmesi için Ankara Valiliği'ne başvurmuş, Ankara Valiliği tarafından soruşturma izni verilmemiştir. Karara Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi itirazı reddetmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararında avukatın üst araması konusuna değinilmediği için, Ankara Bölge idare Mahkemesi'nin avukatların üst araması konusunda ne düşündüğü konusunda açıklama yapamamaktayız. Avukat VURALDOĞAN'ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap verilmemesi üzerine, Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi'nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur. Davalı İçişleri Bakanlığı, bilirkişi olarak Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e başvurmuş, savunmasını büyük ölçüde YENİSEY'in görüşlerine dayandırmıştır. YENİSEY'e göre, Avukatlık Kanunu madde 58'de yer alan yasak, maddede geçen suç teriminde anlaşılması gerektiği üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Avukatın müdafaa görevini garanti altına hüküm, avukatın suç isnadı altında bulunduğu durumlarda geçerlidir. Resmi Gazetede, 24.5.2003 tarihinde yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, önleme araması ve adli arama ayrımı yapmıştır. Önleme araması yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan bir arama olup, tehlikeyi önleme aramalarında herkes aramaya tabidir.Yine İl İdare Kanunu'nun Ek 1. maddesi uyarınca, hava meydanlarına girişte yapılan aramalarda pilot dahil herkes aranacaktır. Avukatların üstünün aranmaması müdafaa görevinin serbestçe yerine getirilmesi için kabul edilen bir meslek ayrıcalığı olup, önleme aramalarında geçerlidir. Yine 5.2.2003'te yürürlüğe giren Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun 6. maddesindeki değişikliğin de gösterdiği gibi infaz kurumlarına giren herkes gibi avukatlar da aranacaktır. Avukatlık Kanunu madde 58 bu önleme aramasında da geçerli değildir. Avukat VURALDOĞAN olayında, vali emri ile Anayasa'nın 20. maddesine ve hukuka uygun olarak yapılan bir önleme araması vardır. Önleme aramasında herkesin aranmasına rağmen avukatların hariç tutulması hukuka aykırı olur.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.6.2004 tarihli kararıyla, davayı kabul etmiş Avukatın VURALDOĞAN'ın talebiyle bağlı kalarak 2.500.000.000 TL'nin Avukat VURALDOĞAN'a ödenmesine karar vermiştir. Tek hakimli olarak Hakim Vehbi KOZİK tarafından verilen kararın gerekçesinde, kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarına işaret edilmiş, anılan yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi durumunda idarenin hizmet kusuru oluşacağı ve bu kusur nedeniyle bir zarar verilmiş olması durumunda ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Hakim KOZİK, avukatların demokratik hukuk

bu kararda da avukatların üstlerinin aranmaması söz konusudur. Keza burada ceza ve hukuk mahkemeleri, bir avukatın "önleme amacı ile" miting alanında aranmasında hukuka aykırılık görmezken, Ankara 3. İdare Mahkemesi "hizmet kusuru" bulunduğunu kabul ederek tazminata hükmetmiştir²⁰.

Burada arama konusunda tartışılmaya açık bir konu da; avukatların yararlanabildikleri, daha doğrusu gerek CMK'nın, gerekse Av. K.'nin kendilerine sağladığı bu imkandan "stajyer avukatların" da yararlanıp yararlanamayacağı hususudur. Daha önce de bahsettiğim gibi; avukatlar, CMK ve Av. K. gereğince ve dahi yargı kararları neticesinde üstleri aranmaz veya konutu ve işyerleri ancak mahkeme kararı ile aranabilir. Stajyer avukatların da CMK'nun 46'ncı maddesinin birinci fıkrasının a bendi²¹ uyarınca "tanıklıktan çekinebilecek kimseler" arasında olması sebebiyle, stajyer avukatların da üstlerinin ve dahi arabalarının aranamayacağı kanaatindeyiz.

Arama konusu hakkında söyleyeceğim son husus da, arama sonucunda elde edilen delillerin hangi şartlar altında kullanılabilir kullanılmayacağıdır. Hukuka uygun bir arama yapılırken, yapılan bu aramanın amacı dışında kalan, yani aramanın nedeni olan tahkikat konusu suç veya suçlar ile ilgili bulunmayan bir suçun ispatına ilişkin delil ya da deliller bulunacak olursa, bu deliller hukuka aykırı elde edilmiş delil sayılmayacaktır²². Bunun yanında CMK'da belirtilen şartlara uyulmadığı takdirde yapılan aramanın hukuka aykırı olacağı kanatındeyiz.

2. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA SONUCUNDA ELDE EDİLEN DELİLLERE ELKOYMA VE POSTADA ELKOYMA

Yine bu başlık altında "Elkoyma"nın ne anlama geldiğini ve hukuki niteliğini belirtmekte fayda vardır. Elkoyma, kişinin rızası dışında maddi gerçeğe ulaşabilmek amacıyla delil teşkil edebilecek veya müsaderesine

devletin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçtiği, davacı avukatın vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği, adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Karara Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talebi reddedilmiştir. Davalının itirazının esası hakkında henüz bir karar verilmemiştir.

20 KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe; "Muhakeme Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku"; Beta Yayınları; 16. Bası; İstanbul 2008; s. 984 (17. Dipnot)

21 CMK m. 46/1.a: " Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler..."

22 ŞEN, Ersan; " Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu"; Beta Yayınları; 1. Bası; İstanbul 1998; s. 39

karar verilecek eşya üzerinde zilyetliğinin kaldırılması anlamına gelmektedir ki, keza rızası ile zilyetliğinin sona erdirmesi muhafaza altına almak anlamına gelmektedir.

Elkoyma işlemi, arama kararı sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde yapılabilmektedir, çünkü elkoyma, arama kararı sonucunda ilgili kişide eşyanın olduğu konusunda şüphe varsa ya da arama sonucunda el konulacak eşyaya ulaşmada zorluk olacağı düşünülüyorsa gerçekleşmektedir.

Anayasa'ya göre; özel yaşam dokunulmazdır. Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası²³ gereği elkoymaya, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden birini veya birkaçını gerçekleştirme amacıyla başvurulabilir²⁴. Dolayısıyla Anayasa ve CMK'nın bizlere sunduğu yasal düzenlemeler sonucu, aramada olduğu gibi elkoymanın da koruma tedbiri olarak sayılmasını kanunilik prensibi gereği yerinde buluyoruz.

Müdafiin bürosunun aranması sonucu elkoyma ve postada el koyma işlemleri hakkındaki hüküm, CMK'nın 130. maddesinin ikinci ve üçüncü²⁵ fıkralarında bizlere sunulmuştur. Bu hükümler çerçevesinde; elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde Sulh

23 AY m. 20/2: Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar.

24 CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide; "Ceza Muhakemesi Hukuku"; Beta Yayınları; 5. Bası; Ocak 2008; s. 400

25 CMK m. 130/2, 3: Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir. Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır

Ceza Hakimi'nden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim, elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirtilen tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir²⁶.

Bu konu başlığı altında "Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkonulması" hususunu da ele almakta yarar vardır. Bilgisayar, bilgisayar kütükleri, CD, disket, taşınabilir hafıza, hafıza kartları, memory kart gibi ürünler ceza soruşturmasının konusu olduğunda delil olmaları açısından büyük önem ifade etmektedir. Şöyle ki; yasamızda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. En kaba tanımı ile "her şey delil delil olabilir" sonucu çıkacaktır. Öyle ise bilgisayar ve bilgisayar kütükleri de delil olabilecektir²⁷. Bizim konumuzla da bağlantılı olarak, avukatların şahsi bilgisayarlarına ilişkin elkonulması CMK'nın ilgili maddesinde yer almamaktadır, ayırık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hüküm, CMK'nın 130'uncu maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, hükmün avukatların bürolarında yapılacak arama, elkoyma bakımından da uygulama alanı bulacağı yorumu yapılabilir²⁸.

B. MÜDAFİİN BÜROSU VE YERLEŞİM YERİNİN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Öncelikle iletişimin ne anlama geldiği ve nelerin iletişim aracı olarak kullanılabileceği hususu üzerinde durmamız gerekmektedir. İletişim, duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim anamlarına gelmektedir. Teknik anlam itibarıyla de; telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi demektir. Zaten kanunumuz da bu terimlere yabancı kalmayarak "koruma tedbiri" bölüm başlığı altında "telekomünikasyon" terimini kullanmış ve aynı zamanda da kanun metninden hareketle nelerin iletişim aracı olması gerektiği hususunda şunları belirtmiştir; "klasik posta dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, faks vs. dahil olmak üzere haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması"²⁹.

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin birinci bendinde Teleko-

26 Hakeri- Ünver; a.g.e.; s. 217

27 Sevimli, Güçlü; "Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkonulması ev Uygulamadaki Sorunlar"; İstanbul Barosu Dergisi; Cilt 81,Sayı 3; İstanbul 2007

28 Özbek, Veli Özer- Kanbur, M. Nihat- Bacasız, Pınar- Doğan, Koray; a.g.e. s. 232

29 Hakeri- Ünver; a.g.e. ; s. 229

münikasyon şöyle tanımlanmıştır: “Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder.”

Hukuki niteliği itibariyle de iletişimin denetlenmesi, haberleşme hürriyetini ve özel hayat hakkının ilgilendirir. Anayasamızın 22.maddesine göre; “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça,gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emir bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.”denmektedir³⁰. Bu nedenle de, delil elde etme amacıyla da olsa, telefon, faks, teleks gibi haberleşme araçlarının dinlenmesi, konuşma ve görüşmelerin kayda alınması yasada açıklık bulunmasına bağlıdır.

Öğretide bir görüşe göre; Ceza Muhakemesi Yasası'na göre “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” yani “ iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbir, belli suçlar için başvuru özel, gizli bir koruma tedbidir. Gizli terimi, açık teriminin karşıtıdır. Bu tedbirde, tedbirin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle muhatap kişiden bilgi edinilmesi söz konusudur. Muhatabın tedbirden haberdar olması, tedbiri anlamsız hale getirir. Bu nedenle tedbir gizli yürütülür³¹. İletişimin dinlenmesi yukarıda açıklandığı üzere özel bir Ceza Muhakemesi koruma tedbidir. Bu tedbirin Türk hukukundaki geçmişi çok da eskilere dayanmamaktadır. Bu tedbirin hukukumuzda girişi Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile olmuştur.

Bizim üzerinde duracağımız “müdafiin telekomünikasyon araçlarıyla iletişiminin dinlenmesi” hususunu CMK'nın 136. maddesi³² şu şekilde düzenlemiştir: “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde³³ hükmü uygulanmaz.”. Buradan anlaşılacağı üzere, mü-

30 Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun; “Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Özet Kitap); Arıkan Yayınları; 1. Basım; İstanbul 2005; s. 268

31 Centel- Zafer; a.g.e. ;s. 417

32 CMK m. 136: Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.

33 CMK M. 135: Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

dafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları, 136. madde uyarınca dinlenemez, saptanamaz ve kayda alınamaz. Yine bu maddenin yorumundan ve 135. maddenin dördüncü fıkrasından hareketle mobil telefonun yeri dahi tespit edilemez. Bunun nedeni, CMK'nın 136. maddesinin, CMK'nın 135. maddesindeki tüm uygulamaları yasaklamasıdır.

Bunun hukuki dayanağı, yani müdafiler hakkında iletişimin dinlenmesi koruma tedbirinin uygulanamamasının temel nedeni, avukatlar ve dahi stajyerlerinin “meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilme” olanağının bulunmasıdır. Zira CMK'nun 46. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde; “Avukatlar veya stajyerlerinin veya yardımcı-

Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştiikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur. Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 3. İşkence (madde 94, 95),
 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 7. Parada sahtecilik (madde 197),
 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),
 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
 11. Rüşvet (madde 252),
 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
- c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

larının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle...” tanıklıktan çekinebilecekleri belirtilmiştir.

Burada müdafilerin iletişimlerinin dinlenmesi ile üzerinde durulması gereken bir husus da şudur: maddede müdafii cep telefonu ile yaptığı görüşmelerin belirtilmemesi benim de katıldığım üzere, bir eksiklik olmakla beraber, 135’inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında müdafii de bulunduğundan, eksiklik bu hüküm ile karşılanmaktadır³⁴. Dolayısıyla da müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yeri dışındaki yerlerde mobil telekomünikasyon araçları bakımından bir sınırlama getirilmediğinden; maddenin mefhumu muhalifinden müdafilerin mobil telefonlarının dinlenmesinde bir yasak yoktur. Yani müdafii konutu, işyeri ve bürosunda olmak kaydıyla, mobil telekomünikasyon araçlarıyla iletişimi saptanabilecek, kayda alınabilecek ve dinlenebilecektir. Zaten burada akla gelebilecek tek sorun; ”günümüzde artık herkesin mobil telekomünikasyon araçları kullandığıdır”.

Burada yine tartışılması gereken bir husus da, müdafii bizzat şüpheli veya sanık olma durumudur. Eğer müdafii, kendisinin tek başına veya bir üçüncü şahısla veyahut müdafii olduğu kimse ile birlikte işlediği iddia olunan bir suç isnadına maruz kalmış ise, yani bizatihi şüpheli veya sanık ise CMK’nın 135. maddesindeki koşullar çerçevesinde kendisinin kullandığı veya bürosunda, işyerinde veyahut yerleşim yerindeki ve hatta mobil telefonu dahi dinlenebilir, tespit yapılabilir ve kayda alınabilir. Dikkat edilirse, burada müdafii bulunduğu kimseye ilişkin bir suç isnadı dolayısıyla değil, kendisinin suçlandığı bir suç dolayısıyla (ve bu suçun CMK’nın 135. maddesinin altıncı fıkrasındaki suçlardan birisi olması nedeniyle) dinlenmekte, saptanmakta ve kayda alınmaktadır³⁵.

Müdafii bürosunun dinlenmesi hususunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararında; avukatın kural olarak müvekkil ile olan bütün ilişkilerinin değil, sadece müdafii olarak savunmaya yönelik müvekkili olan ilişkilerinin korunmasını kabul etmiş ve yapılan dinlemenin sözleşmeye aykırı olduğunu kabul etmiştir³⁶. Avukatlık şirket-

34 Hakeri- Ünver; a.g.e. ; s. 235 vd.

35 Ünver- Hakeri; a.g.e. ; s. 199

36 nak. İçel, Kayıhan- Ünver, Yener; “Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku; Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- 3”; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2004; s. 99

Zürih’teki Avukatlık Bürosu Dr.Kopp& Partner, İsviçre Federal Savcılığının talebi ve Federal Mahkeme’nin İddia Bölümü’nün kararı üzerine 21.11.1989’dan 11.12.1989 tarihine kadar dinlenmiştir. Dinlemeye ilişkin tutanaklar, postanenin yönetici konumundaki bir görevlisi tarafından dinlenip, ceza hukuku bakımından önemsiz görüldükten sonra yok edilmiştir.

Kararda tartışılan husus, bir İsviçreli avukatın, şüpheli olmayan bir kişi olarak bir ceza kovuşturması telefon dinlemesine konu edilip edilemeyeceğidir. Savcılığın soruşturma faaliyeti çerçevesinde, Zürihli avukat Dr. Kopp’un bürosunun bütün telefonları hakim

ti gibi işyerlerine gelen ve giden telefon haberleşmelerinin, Sözleşmenin 8'inci maddesi birinci fıkrası anlamında “ özel hayat” ve “ haberleşme” kavramları içinde mütalaa olunması gerektiği kanaatindedir. Mahkeme bu durumu doğrudan doğruya müdahale saymış ve elde edilen bilgilerin kullanım şeklini ve ya hiç kullanılmadan imha edilmiş olmasını dikkate almamıştır.

Mahkemeye göre bu türden bir müdahale; “hukuka uygun”, “meşru amaçlar için”, “demokratik toplumda gereklilik” bulunmadıkça 8. maddenin ihlali sayılacaktır. Mahkemenin hukuka uygunlukla tanımlamak istediği; söz konusu rahatsız edici tedbirin iç hukukta dayanağı olması gereğidir. Dolayısıyla; Mahkeme hukuk kuralının ulaşılabilir ve öngörülebilir olması şartını aramaktadır. Ancak Mahkemeye göre; hukuk sistemi avukatların iletişiminin dinlenmesini kesin bir şekilde yasaklamış ise artık hukuka uygunluktan ve öngörülebilirlikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu karar doğrultusunda Türk Ceza Yargılaması Hukukunda avukatın (müdafinin) iletişiminin dinlenmesi CMK'nın 136. maddesi uyarınca hükmü uyarınca yasaklanmış olduğundan avukatın iş ve şahsi telefonunun dinlenmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. md 1. fıkrasının ihlali sonucunu doğuracaktır. Ancak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri müdafinin iletişiminin dinlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiştir. Kanaatimce bu husus yönetmeliğin eksik yönlerinden birisidir. Ancak yuka-

kararıyla dinlenmiştir. İsviçre Hukuku (Federal CMUK m. 66) işlemin yapıldığı sıradaki düzenlemesinde, şüpheli için veya şüpheliden mesajlar aldığını veya verdiğini kabule yönelik haklı sebep bulunması durumunda, şüpheli konumunda olmayan üçüncü kişilerin telefonlarının da dinlenebilmesine olanak tanımaktaydı. Ancak 66'ncı maddenin birinci fıkrasının son cümlesi açık bir şekilde 77'inci maddeye göre tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseleri, bizzat şüpheli değilse, dinlenebilecek kimseler grubundan hariç tutmaktadır.

Mahkeme önündeki olayda, İsviçre hükümeti, kendi kanunlarına uygun bir şekilde hareket edildiğini, zira Dr.Kopp'un bir avukat olarak dinlenmediğini ve ayrıca yapılan kayıtların önemsizliği dolayısıyla yok edildiğini ileri sürmüştür.

İsviçre'deki düzenlemeye benzer şekilde, Alman CMUK bir yandan 100a maddesinde dinleme yetkisi vermekte, öte yandan ise 53/1/Nr. 2'de de avukatların genel tanıklıktan çekinme yetkisini düzenlemektedir. İsviçre'de avukatların telefon dinlenmesinden korunmasının esası doğrudan tanıklıktan çekinme ayrıcalığına dayandırılırken, Almanya'da öğreti ve uygulama bu bağlantıyı ağırlıklı olarak reddetmektedir. Alman CMUK m. 148'e dayanılarak sadece müdafinin şüpheli ile konuşmaları bakımından bir değerlendirme yasağı çıkarılmaktadır. Genel olarak bütün avukatlar ve onların müvekkilleriyle olan konuşmaları bakımından bu yasağın geçerli olmadığı savunulmaktadır.

Bu karardan sonra, içerik olarak kınanması gereken husus, bir avukatın kural olarak müvekkil ile olan bütün ilişkilerinin değil, sadece müdafii olarak savunmaya yönelik müvekkili olan ilişkilerinin korunmasıdır. Mahkeme somut olayda, İsviçre Hukuku'nun buna ilişkin bir ayırım yapmamasını eleştirmekte ve bundan dolayı sözleşmeye aykırılık görmektedir. Bu durumda avukatın, müdafii ile şüpheli arasındaki iletişim dışındaki bütün mesleki faaliyetlerinin telefon dinlenmesinin konusu olabileceğine ilişkin Alman Hukuku'ndaki durum evleviyetle sözleşmeye aykırıdır

rıda da ifade edildiği üzere avukatın bizzat kendisi hakkında soruşturma söz konusu değilse savunmasını üstlendiği kişilere yönelik soruşturmalar sebebiyle dinlenememesi gerekir.

SONUÇ

Sonuç olarak savunma hakkının önemi dikkate alınarak avukat bürolarında söz konusu olan aramaların diğer adli aramalara göre güvenceli hale getirilmesinin, genel olarak güvenceli bir aramada bulunması gereken kriterleri karşıladığı kanaatindeyim. Bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine soruşturma aşamasında elkoyma süreci, uygulamada mevcut yasal mevzuata karşın kolluğun etkin olduğu bir şekilde cereyen etmektedir.

Son olarak, telekomünikasyon araçları iletişimin dinlenmesi hususunda da avukatlara CMK gereğince getirilen yenilikler çerçevesinde yerinde bulmakla birlikte, yönetmelikte boşlukların doldurulması gerektiğini düşünüyorum.

KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur; Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii; Kazancı Hukuk Yayınları; 29; İstanbul 1984
- CENTEL, Nur; Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınları; 5. Bası; İstanbul 2008
- GÜLŞEN, Recep; "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama" adlı makalesi
- HAKERİ, Hakan- ÜNVER, Yener; Ceza Muhakemesi Hukuku; Adalet Yayınları; 1. Bası; Ankara 2007
- İÇEL, Kayıhan- ÜNVER, Yener; Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku; Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- 3; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2004
- KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınları; 16. Bası; İstanbul 2008
- KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap; Arıkan Yayınları; 1. Bası; İstanbul 2005
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, M. Nihat- BACASIZ, Pınar- DOĞAN, Koray; Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi; Seçkin Yayınları; 1. Bası; Ankara 2007
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı; Seçkin Yayınevi; 1. Bası; Ankara 2005
- ÖZTÜRK, Bahri- ERDEM, Mustafa Ruhan- SIRMA, Özge- SAYGILAR, Yasemin; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler; Turhan Kitabevi; 4. Bası; Ankara 2006
- SEVİMLİ, Güçlü; Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkonulması ve Uygulamadaki Sorunlar; İstanbul Barosu Dergisi; Cilt 81, Sayı 3; İstanbul 2007
- ŞEN, Ersan; Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu; Beta Yayınları; 1. Bası; İstanbul 1998
- ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan; Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku; Türkiye Barolar Birliği Yayınları; 1. Baskı; Ankara 2006
- YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku; Vedat Yayıncılık; 11. Bası; İstanbul 2005

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA DAVA DİLEKÇESİ

Erol KARAASLAN¹

A) GENEL BİLGİ ve HUKUKİ ZEMİN

I-GENEL BİLGİ

Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir (ANY md.36). Bu düzenleme ile hakkının ihlal edildiğini düşünen gerçek veya tüzel kişilerin, yargı organlarında hukuki koruma isteyebilecekleri bildirilmiştir.

Bir hakkının korunması için kişinin, mahkemeden istemde bulunması zorunludur. 6100 Sayılı HMK'nın 24. maddesinde düzenlenmiş olan "tasarruf ilkesi", hakimin, iki taraftan birinin istemi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemeyeceğini ve karara bağlamayacağını düzenlemiştir.² Davacı, istemini "dava dilekçesi" ile mahkemeye bildirir.

Yine HMK'nın 118. maddesi uyarınca, dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır. Kısaca, dava bir dilekçe ile açılır.³ Benzer bir düzenleme, 1086 Sayılı HUMK'un 178. maddesinde de bulunmaktadır.

HMK, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olup (md.451), yasa hükümleri, yürürlük tarihinden sonra açılan davalarda uygulanacaktır.

1 Hatay İş Mahkemesi Hâkimi.

2 "HMK'nın 24. maddesi gereğince hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez. Dava dilekçesindeki başlıkta davacı Sıtkı Uluç yazılmış ise de, anılan kişinin dava dilekçesinde bizzat veya vekilinin imzası bulunmadığı gibi yargılama sırasında davada vekil aracılığıyla dahi temsil edilmemiştir. Sıtkı Uluç'un usulünce açtığı bir dava, yargılama esnasında davacı sıfatını gösterir bir işlemi de bulunmadığı halde, mahkemece anılan kişi taraf olarak kabulü ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 04.10.2011 T. 6428/11420) : "6100 Sayılı HMK'nın 24/1. maddesi hükmü uyarınca "Hakim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz". Davalı Mehmet Aydemir mirasçılarının 24/4512 payın murisleri adına tescili için usulünce açılmış bir davaları bulunmamaktadır. Birleştirilen davada Mehmet Aydemir hissesine ilişkin davanın reddine karar vermek gerekirken davalı konumunda buldukları ve bu yönde bir talepleri de bulunmadığı halde mahkemece muris Mehmet Aydemir lehine pay tesciline karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmektedir" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 08.05.2012 T. 5416/6511).

3 Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü (Usul), İstanbul 2001, C.II s.1571.

Ancak HMK md. 448 gereğince, yasanın, tamamlanmış işlemleri etkilemek kaydıyla, derhal uygulanacağı bildirildiğinden, derdest olan davalar bakımından da kural olarak henüz tamamlanmamış usuli işlemler bakımından uygulanacaktır.

Dava, taraflar ve mahkemece yapılan usuli işlemler bütünüdür.⁴ Bu çalışmada, davanın ilk adımı olan; dava dilekçesinin içeriği, dava dilekçesindeki eksiklikler ile bu eksikliklerin giderilmesi konularına HMK kapsamında değinilmeye çalışılacaktır. HMK kapsamında dava dilekçesi, HUMK'a göre daha özel bir öneme sahip olduğu için, hak kayıplarına mahal vermemek amacıyla konunun daha hassas biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir.

II-HUKUKİ ZEMİN

HMK md.119 dava dilekçesinin içeriğini düzenlemiştir. Bu konunun HMK'da, HUMK 179. maddesine göre ilave öğelerle birlikte daha geniş olarak düzenlendiği görülmektedir.

HUMK'un 179. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay bir kararında⁵ konuyla ilgili olarak, "*dava dilekçesinde, hangi hususların bulunması gerektiği HUMK'un 179. maddesinde sayılmıştır. Buna göre dava dilekçesinde, tarafların ad ve soyadları ile adresleri, davanın konusu (müddeabih), vakıalar (dava sebebi) hukuki sebepler, açık bir şekilde iddia ve savunma, cevap süresi ile davacının veya vekilinin imzasının bulunması gerekir. Dava dilekçesinde bulunması gereken bu kayıtlardan birisinin bulunmaması halinde kural olarak davalı HUMK 187/7. maddesi gereğince bunu ilk itiraz olarak ileri sürüp dava dilekçesinin iptalini isteyebilir. Burada hemen belirtmeliyiz ki, dava dilekçesinde bulunması gereken, hukuki sebepler ile cevap süresi zorunlu unsurlardan olmadığından bu noksanlık ilk itiraz olarak ileri sürülüp dava dilekçesinin iptali istenemez. Dava dilekçesinde kanuni noksanlık olduğu halde, davalı bunu ilk itiraz olarak ileri sürmediği durumlarda mahkemece davacı tarafa noksan ve müphem görülen hususlar açıklattırılıp tutanağa geçirilerek veya mehil verilmek suretiyle tamamlattırılmalıdır. Mahkemece davacı taraftan noksan ve belirsiz konularda açıklama yapması istenilmesine rağmen yapılmamış veya bu konuda verilen mehile rağmen açıklama yapıp noksanlık tamamlanmamış ise dava dilekçesinin iptali karar verilebilir*" şeklinde hüküm vermiştir.

Konuyu düzenleyen, HMK'nın "Dava dilekçesinin içeriği" başlıklı 119. maddesi şöyledir;

4 Çelikoğlu, C.T.: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava ve Cevap Dilekçesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2011, S.63, s. 48.

5 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 19.06.2003 T. 2768/8122.

“(1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı,
 - b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri,
 - c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,
 - ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri,
 - d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri,
 - e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri,
 - f) İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği,
 - g) Dayanılan hukuki sebepler,
 - ğ) Açık bir şekilde talep sonucu,
 - h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası,
- (2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.”

Yukarıda düzenlendiği gibi, dilekçede bulunması gereken zorunlu öğelerden bazıları, kamu düzenine ilişkin olduğu için, bunların mahkeme kendiliğinden gözetilmesi gerekmektedir.⁶

HUMK m. 187/7, dava dilekçesindeki eksiklikleri ilk itiraz olarak kabul etmekteydi. HMK m. 119/2 ile, hükümde sayılan hususlardaki eksiklik ilk itiraz olmaktan çıkartılmıştır. Çünkü, HMK m. 116’da gösterilen ilk itirazlar arasında “dava dilekçesindeki eksiklik” konusu sayılmış değildir.⁷ HMK’nın 119/2. maddesinde gösterilen eksiklerin bulunması halinde, bu eksiklikler hakimince vereceği bir haftalık kesin süre içinde tamamlanmazsa dava açılmamış sayılacaktır.

Çalışmanın bu kısmında dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar tek tek incelenecektir.

6 Kuru, B.: Usul, s.1571.

7 Yılmaz, E.: <http://www.aydinbarosu.org.tr/dosyalar/hmkyenilikler.pdf> (Erişim 30.05.2012) ; Özkes, M.: <http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/13.pdf> (Erişim 30.05.2012) ve <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/HMK-Brosur.pdf> (Erişim 03.08.2012) ; Sarısözen, M.S.: <http://www.karadayi.av.tr/images/hmktbb.pdf> (Erişim 30.05.2012) ve http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/6/files/assets/downloads/barodergisi_20116.pdf (Erişim 03.08.2012).

B) DAVA DİLEKÇESİNDE BULUNMASI GEREKLİ UNSURLAR

I- MAHKEMENİN ADI

Mahkemenin adının dava dilekçesinde gösterilmesi, 1086 Sayılı HUMK'un 179. maddesinde düzenlenmiş değildir. HMK ile mahkeme adı, dava dilekçesinde bulunması gereken öğelerden sayılmıştır.

HMK bakımından, mahkeme adının dava dilekçesinde bildirilmesi zorunlu içerik olarak nitelendirilmemiş (md.119/2) olmakla birlikte, uygulamada böyle bir dilekçenin kabul edilmesi olanaklı değildir.⁸ Bu durumda dilekçe hiçbir mahkemenin defterine kaydedilmiş ve açılmış olamaz.⁹ Ancak, davacı, dava dilekçesini mahkemeye vermekle, dilekçenin muhatabının verdiği mahkeme olduğunu açık bir şekilde göstermiş olur. İmza eksikliğinin dahi sonradan giderilebileceğine aşağıda değinilecek olup, bu durumda dahi davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceği göz önünde tutulduğunda, mahkeme isminin de sonradan tamamlanabileceği sonucuna varılmalıdır.¹⁰

Davacı, kendi kanısına göre görevli ve yetkili mahkemeyi dava dilekçesinde başlık olarak bildirmelidir.¹¹ Mahkemenin adının dava dilekçesinde gösterilmesiyle, davacının dilekçeyi vereceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş olmaktadır.¹² Ancak, davanın açıldığı mahkemenin yetkili ve görevli olmaması, dilekçenin geçerliliğine etki etmeyecektir.¹³

Dava dilekçesinin bir mahkemeye hitaben düzenlenmiş olması yeterlidir. Birden fazla aynı isimli mahkemenin bulunması durumunda, mahkeme başlığında bu durumun bildirilmesi gerekmez. "Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine" veya "Asliye Hukuk Mahkemesine" başlıkları yeterli olur. Esasen, bir yerdeki aynı isimli mahkemeler bir mahkeme olup, aralarındaki ilişki, iş paylaşımı olduğundan, aynı sonuca varılabilecektir. Aynı mahkemenin birden fazla dairesi varsa, tevzi ile hangi dairenin davaya bakacağı belirlenecektir.¹⁴

Dava başka bir yer mahkemesinde açılacaksa, dilekçe o yer mahke-

8 Çelikoğlu, C.T.: s.53.

9 Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Usul), Ankara 2011, s.348.

10 Umar, B.: s.361 ; Karşlı, A.: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s.415.

11 Kuru, B.: Usul, s.1572 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. baskı Ders Kitabı, Ankara 2011, s.290.

12 HMK md. 119 Gereği, s.176 ; Pekcantez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s.326.

13 Kılıç, H.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011, C.II s.1561; Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.492.

14 Konuyla ilgili olarak Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği md. 36.

mesine götürüleceği gibi, uygulamada daha çok görüldüğü üzere, bulunulan yerdeki aynı mahkeme veya dengi bir mahkeme aracılığıyla da o yer mahkemesine gönderilmek suretiyle dava açılabilir. Bu durumda; dava dilekçesinin başlığında her iki mahkemenin de gösterilmesi gerekir. Örneğin, “İzmir Nöbetçi İş Mahkemesi’ne gönderilmek üzere Hatay İş Mahkemesi’ne” gibi.

Dava dilekçesinde gösterilecek mahkemenin, hukuk sitemimizde yasal olarak mevcut bulunan bir mahkeme olması gerekir.¹⁵

Dava dilekçesi mahkeme adı olmaksızın, hâkim veya yazı işleri müdürü önüne gelmişse, bu eksikliğin giderilmesi için, dilekçenin reddine karar verilmesi gerekir. Her nasılsa bu şekildeki bir dilekçe ile dava açılmışsa, burada bir butlandan söz edilemeyeceğinden, bir usul işlemi yapılmadan eksikliğin giderilmesi doğru olacaktır.¹⁶

II- DAVACI İLE DAVALININ ADI, SOYADI ve ADRESLERİ

HMK, tıpkı HUMK md. 179/1’de düzenlendiği gibi, tarafların adı ve soyadları ile adreslerinin dava dilekçesinde bildirilmesini düzenlemiştir.

Maddedeki düzenlemenin davacı ve davalı taraflar açısından ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

1. Davacının Adı Soyadı ile Adresi

Dava dilekçesinde davacının ad ve soyadının açık, anlaşılır bir şekilde yazılması gerekir.¹⁷

Davacı taraf ismini yanlış yazmışsa veya hata yapmışsa, bu durum maddi hataların düzeltilmesine ilişkin HMK 183. maddesi kapsamında, karar verilmeye kadar düzeltilebilir. Yine, hâkim tarafından durumun fark edilmesi halinde, HMK 119/2 maddesi kapsamında, bir haftalık kesin süre içerisinde eksikliğin giderilmesi ve hatanın düzeltilmesi yoluna

15 Çelikoğlu, C.T.: s.53.

16 Umar, B.: Usul, s.348. Yazar, bu eksikliğin giderilmemesi durumunda “davanın açılmamış sayılmasına” dair karar verilemeyeceğini, çünkü ortada açılmış bir dava olmadığını, davacının eksikliği tamamlamaması durumunda, yanlışlıkla yapılan esas kaydının iptal edilmesi gerektiğini bildirmektedir (Umar, B.: Usul, s.348).

17 Kuru, B.: Usul, s.1573 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.327. “6100 Sayılı HMK 119/1-b maddesinde davalının adı soyadı ve adresi dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar arasında düzenlenmiştir. Maddenin devamında bu hususların eksik olması halinde davacıya tamamlaması için bir hafta süre verileceği, verilen kesin süreye rağmen davacının eksikliği tamamlamaması halinde ise mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Somut olayda da, davalının açık kimlik bilgileri ve adresi mahkemece verilen 15 günlük kesin süreye rağmen davacı tarafından bildirilmemiştir. HMK’nın 119/2. maddesine göre mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir” (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 30.01.2012 T. 15422/1060).

gidilebilir. Burada HMK'nın 124. maddesini de anımsamakta yarar bulunmaktadır. Tarafta iradi değişiklik başlıklı maddeye göre; bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür (md.124/1), ancak maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir (md.124/3). Dava dilekçesinde tarafların yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir (md.124/4).

Yukarıda değinildiği gibi, yazım hataları ile eksikliklerin giderilmesi istenebilir, yoksa davacının değiştirilebilmesi md. 124'de sayılan istisnalar dışında, mümkün değildir.¹⁸

Davacı bir kişi olabileceği gibi, zorunlu dava arkadaşlığında olduğu gibi birden fazla davacı taraf varsa, hepsinin de ad ve soyadının yazılması gerekir.¹⁹ Davacı dilekçesinde, "Ali ve Arkadaşları" ya da "Ali ve ortakları" veya "Ali mirasçıları" şeklinde taraf gösteremez.²⁰ Yine kendi adına asaleten ve çocukları adına velayeten dava açan velinin yanında çocuklarının da adlarının açıkça yazılması gereklidir.

Davacının dava dilekçesinde gerçek adını yazmamasına rağmen, davalının da bildiği lâkabını veya firma adını yazmış olması durumunda, davacının adının yazılma koşulunun yerine getirilmiş olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür.²¹

HMK md.114/1-d tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları gerektiğini düzenlemiştir. Dava dilekçesinde davacı gösterilen kişinin de taraf ve dava ehliyetine²² sahip olması gerekir. Aksi halde HMK md.115 uyarınca davanın usulden reddine dair karar verilecektir.

Yasal temsilci ile açılacak davalarda, davacı sıfatı, yasal temsilci değil,

18 Kuru, B.: Usul, s.1574 ; Çelikoğlu, C.T.: s.54 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.327

19 Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Usul), Ankara 2012, s.789

20 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.327

21 Umar, B.: Usul, s.348. Türkiye'de de yaygın olan, sanatçıların gerçek adları dışında herkesçe bilinen adlarını dava dilekçesinde kullanmaları buna tipik örnek olabilir. Özellikle bu kişilerle, yapımcı, menajer gibi kişilerle yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan davalarda, bilinen sahne adlarını kullanmaları halinde, davalının itirazı, hakkın kötüye kullanılması kapsamında düşünülebilir.

22 "Dava ehliyeti davada taraf olma ehliyetidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, taraf ehliyetini tanımlamamış, 38. maddesiyle Türk Medeni Kanununa yollamada bulunmakla yetinmiştir. Türk Medeni Kanunu ise, davada taraf olma ehliyetini, medeni haklardan yararlanma ehliyetinin bir parçası saymış 8, 28, 47 ve 48. maddeleriyle bu yönde hükümler getirerek, medeni haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olma yeteneğini taşıdığını, her gerçek kişinin sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren taraf ehliyetini kazanacağını ve yaşadığı süreçte taraf ehliyetinin devam edeceğini belirtmiştir" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 24.02.2012 T. 2011/15766 E. 2012/2528 K.).

temsil edilen kişiye ait olacağından, yasal temsilcinin kendi adına dava açması (davacı olarak yasal temsilcinin bildirilmesi) doğru değildir.²³

Davalının kendisine karşı açılmış bir davadan zamanında haberdar edilmesi ve bu şekilde adil yargılanma ve hukuki dinlenme hakkına riayet edilebilmesi için tebligatın usulüne uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Tebligatın hangi yöntemle yapılacağı konusu, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ile bu kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmeliğe göre belirlenecektir.

Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır (7201 Sayılı Tebligat Kanunu md 10).²⁴ Ön görüşme, eksiklik nedeniyle ihtar veya duruşma gününün bildirilmesi gibi nedenlerle tebligat yapılabilmesi için tarafların ve varsa vekillerinin adreslerinin bildirilmesi gerekir.

1086 Sayılı yasa bakımından dava dilekçesinde davacının adresinin bulunmaması nedeniyle, davalı HUMK 187/7. maddesi gereğince ilk itirazda bulunabilmekteydi.²⁵ Bu durumda mahkeme dava dilekçesinin iptaline karar verebiliyordu. Ancak davacı ek bir dilekçeyle bu eksikliği giderdiğinde artık dava dilekçesinin iptaline karar verilemiyordu.²⁶

HMK, davacı ile davalının adreslerinin bildirilmesini zorunlu saymıştır. HMK 119/2 maddesi, dava dilekçesinde davacının adresinin bildirilmemesi durumunda, hâkim tarafından davacıya verilecek bir haftalık kesim süre içerisinde eksikliğin giderilmesini, aksi halde, davanın açılmamış sayılacağını düzenlemiştir.

İlk akla gelen sorunlardan birisi, bir avukat hizmetinden yararlanılmadan açılan hukuk davasında, davacı adresini bildirmemişse eksikliğin ne şekilde giderileceğidir. Hâkim veya yazı işleri müdürü tarafından dilekçenin verilmesi anında durumum fark edilirse, bu husus dava dilekçesine yazılıp, davacı tarafından tamamlanabilir. Bu olasılıkta, henüz harç yatırılmadığı ve esasen dava da açılmadığından, bir haftalık süre işlemeyecektir. Ancak dava açılmış ve sonradan eksiklik mahkemece veya davalı ta-

23 Yılmaz, E.: Usul, s.790.

24 "Adreste tebligatın, gerçek veya tüzel kişinin bilinen en son adresinde yapılması gerekir. Burada kastedilen kişinin oturduğu veya çalıştığı yerdir. Asıl olan tebligatın, tebligat evrakında belirtilen adreste muhatabın kendisine yapılmasıdır" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 02.04.2012 T. 2010/546 E. 2012/10817 K.).

25 "HUMK 179. maddesinde yazılı olup dava dilekçesinde esaslı unsurların bulunmadığı nedeniyle HUMK 193/1. maddesi uyarınca iptaline karar verilebilmesi için bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi (HUMK md.187/7) gereklidir. Davalının yöntemine uygun ilk itirazı da bulunmadığından dilekçesinin iptaline karar verilmesi doğru değildir" (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 21.10.2002 T. 7974/8776).

26 Kuru, B.: Usul, s.1575.

rafın bildirmesiyle fark edilmişse, davacının 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan MERNİS adresine tebligat yapılıp, sonuca göre durumun değerlendirilmesi gerekir. Son bir olasılık ise, kişinin MERNİS adresinin bulunmamasıdır ki, bu durumda adres araştırması yapılıp Tebligat Kanunu'na göre işlem yapılması gerekir. Bunun mahkemeler açısından zaman kaybına yol açacağı görülmektedir. Kanımca, davacının adresini bildirmemesi ve MERNİS adresinin olmaması koşulunun birlikte varlığı halinde, HUMK md. 193'e göre işlem yapılabilmesine benzer bir hükmün HMK'da da yer alması daha yerinde olurdu. Benzer bir düzenleme 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 26/3. maddesinde "davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemde kaldırılır ve varsa yürütmelinin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir." düzenlemesi ile yer bulmuştur. Paralel bir düzenlemenin, HMK'da yer alması daha pratik sonuç doğuracaktır.

Diğer bir sorun ise, davanın bir avukat aracılığıyla takip edilmesinde, avukatın adresinin bildirilmesine rağmen, davacının adresinin dava dilekçesinde bildirilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Öğretide, bu durumun eksiklik olduğu ileri sürülmüştür.²⁷ Ancak Yargıtay, bir defasında; dava, davacı adına vekili tarafından açılmış ancak davacının adresi dilekçede yoksa dava dilekçesinin ekinde bulunan davacıya ait vekâletnamede davacının adresinin açıkça yazılı bulunmasına, dilekçede de vekilin adı ve soyadı ile adresinin gösterilmiş olmasına göre dava dilekçesinde davacının adresinin yazılı olmaması noksanlık sayılamaz şeklinde karar vermiştir.²⁸ Bildirilen nedenle, bir avukat hizmetinden yararlanılmakla açılmış olan davalarda, davacının adresinin dava dilekçesinde bildirilmemesi eksiklik sayılmamalıdır. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu mükerrer 257. maddesine dayalı olarak çıkarılan 197 Sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği²⁹ 1. maddesi gereğince, vekâletname veren ile vekâletname verilenin ad, soyad, unvan ve adreslerinin, vekâletnamede yer alması zorunludur. Buna dayalı olarak, dava dilekçesinde davacının adresinin yazılı olmamasına rağmen, vekâletnamede kişinin adresi bulunacağından, bu durum eksiklik sayılmamalıdır.

27 Kuru, B.: Usul, s.1575. Yazar, dava dilekçesinde vekilin adresinin bulunmasını yeterli görmemektedir. Ancak vekâletnamede davacının adresinin bulunması durumunda, konunun eksikli sayılamayacağını bildirmektedir.

28 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.01.1998 T. 1997/13344 E 1998/269 K; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.10.1978 T. 7225/7469 K. Aynı doğrultuda görüş için Bkz. Kılıç, H.: s.1561.

29 RG 31.08.1989 T. S.200268

Vekil ile takip edilen davalarda tebligatın vekile yapılması (Tebligat Kanunu md.11) esas olsa da, yemin veya isticvap davetiyesi gibi davetiyelerin doğrudan asıla gönderilmesi gerektiğinden, dava dilekçesinde vekilin adresinin yanında, davacının da adresinin gösterilmesi zorunluluğu vardır.³⁰ Ancak yukarıda değinildiği gibi Yargıtay bu konuya daha esnek bakmaktadır.

2. Davalının Adı Soyadı ile Adresi

Dava dilekçesinde, davacının ad soyadı ile birlikte, davalı tarafın da ad, soyad ve adresinin açıkça bildirilmesi gerekir. Özellikle köy gibi küçük yerleşim yerlerinde aynı ad ve soyada sahip birden çok kişi olabileceğinden, böyle bir durumda daha sağlıklı ve hızlı bir yargılama yapılabilmesi için, davalının anne, baba vb. ayırt edici özelliklerinin dava dilekçesinde belirtilmesi yararlı olacaktır.

Yukarıda davacı için değinilen konular davalı bakımından da geçerlidir. Ancak bir takım konulara değinmek yararlı olacaktır.

Dava dilekçesinde davalı yerine başka biri gösterilmişse ancak dava dosyasından, davalının kim olduğu anlaşılabilirseyse, bu bir eksiklik sayılmamalıdır.³¹

Davalı tüzel kişi ise ticaret unvanının tam olarak yazılması gerekir.

30 Yılmaz, E.: Usul, s.791

31 Umar, B.: Usul, s.349. "Dava dilekçesinde, maddi hata sonucu takip alacaklısı yerine başka bir kişinin davalı gösterilmesi, davanın gerçek takip alacaklısı huzurunda görülmesine engel değildir. Çünkü davacının amacı, dava konusu mala haciz koydurucu alacaklıyı dava etmektir. Maddi hataya dayalı yanlışlıkların HUMK 80. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkündür. Bu nedenle, dava dilekçesinde, gerçek takip alacaklısı yerine, maddi hata sonucu başka bir kişinin davalı gösterilmesi durumunda üçüncü kişiye gerçek takip alacaklısının davaya katılmasını sağlamak üzere uygun bir süre verilmesi ve taraf teşkili sağlandıktan sonra yargılamanın sürdürülmesi gerekir (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 13.06.2006 T. 4593/6416). "Dava dilekçesinde davacı hakkında ihraç işlemi yapan kooperatifin S.S. Basın ve Sanatçılar Arsa ve Konut Yapı Kooperatifi olduğu hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklanmış ve bunun delilleri dosyaya davacı vekilince ibraz edilmiş ancak maddi bir hata sonucu kooperatifin kimliği dava dilekçesinde yanlış yazılmış ve yanlışlık 7.2.1992 tarihli dilekçe ile hemen düzeltilmiş ve gerçek hasım olarak gösterilen kooperatif vekili vekâletname ibraz ederek davayı takip etmiştir. Yanlış yazılan davalı isminin dava dilekçesi içeriğine göre düzeltilmesi, HUMK 80 madde uyarınca hasım değiştirme olarak kabul edilemeyeceğinden mahkemece işin esasına girilerek davalı S.S. Basın ve Sanatçılar Arsa ve Konut Yapı Kooperatifi huzuru ile dava görülerek tarafların delilleri toplanmak ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir" (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.09.1994 T. 11-353/548).

Temsilcide yanılma söz konusu ise, mahkemenin bu eksikliği gidermesi gerekir.³²

1086 Sayılı Yasa bakımından ölü kişiler hakkında dava açılmayacağı kabul edilmekteydi. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir (md.124/4). Dava dilekçesinde gösterilen davalının, dava açılmadan önce, ölmüş olması ve bu durumun davacı tarafından bilinmemesinin kabul edilebilecek bir yanılığdan kaynaklanması durumunda, dava reddedilmemelidir.³³ Bu durumda, hâkim, karşı tarafın onayını aramaksızın, taraf değişikliği istemini kabul edebilir. Davalının uzun süredir yurt dışında yaşıyor olması bu konuda bir örnek olabilir.

Davalı birden fazlaysa, hepsinin ad ve soyadlarının ayrı ayrı yazılması gerekir.

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan birisi davalının adresidir. Adres, bir kimsenin kendisine tebliğ edilecek belgenin iletilmesi için arandığı

32 “Davacının asıl dava etmek istediği kişinin “Tapu Sicil Müdürlüğü” değil, “Hazine” olduğu belirgindir. Durum bu olunca, davanın davalı olarak salt tapu sicil müdürlüğüne yöneltildiğinden söz edilemez. Ortada belirgin biçimde temsilcide yanılma hali bulunmakta olup, bu durumun mahkemece resen gözetilmesi ve davanın usulünce gerçek hasma yöneltilebilmesi için davacı yana olanak sağlanması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.2.2010 T. 7-70/86 Sayılı kararı). Daha açık ifadeyle, mahkemece yapılacak iş; açıklanan hususlar ve dava dilekçesi içeriği de gözetilerek temsilcide hata halinin varlığının kabulü ile davacının davasını doğru hasma yöneltmesi için olanak sağlanmasıdır “(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.07.2010 T. 1-336/396) ; “Bakanlıklara bağlı ve ayrı tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların taraf ehliyeti yoktur. Sağlık müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı teşkilatı idare kademelerinden biri olup, tüzel kişiliği ve müdürün bakanı temsil yetkisi yoktur. Bu nedenle husumetin tüzel kişiliği haiz bakanlığa tevcih edilmesi lazımdır. Nitekim, davacının amacı Devleti dava etmek ve ondan hak istemektir. Böyle olunca, davacının davanın bakanlığı mı, yoksa müdürlüğünü mü ilgilendirdiği yolundaki yanılması; daha acık bir ifade ile olayın niteliği yönünden bu davada Devleti hangi tüzel kişinin temsil edeceği konusundaki yanılığası, tarafta değil, temsilcide yanılma niteliğindedir. O halde, bu durumda mahkemece yapılacak iş; dava dilekçesi ve duruşma gününün gerçek hasım olan Sağlık Bakanlığı'na tebliğ ettirilip onun temsilcisinin huzuru ile davaya devam etmek ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 14.12.2005 T. 13002/18564).

33 “Davalı Halil Dardan'ın dava tarihinden önce öldüğü gözetilerek, kural olarak taraf ehliyeti bulunmadığından davanın reddi gerekir ise de 6100 Sayılı HMK'nın 124. maddesinin 3. ve 4. bentleri ile “tarafta iradi değişiklik” başlığı altında yapılan yeni düzenlemeye göre; “Ancak maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edilir. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hakim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir...” O halde mahkemece davalı Halil Dardan'a ait dosya içerisindeki veraset ilamı gözetilerek tüm mirasçılara dava dilekçesinin usulüne uygun biçimde tebliği ile taraf teşkili sağlandıktan sonra davanın esası hakkında bir karar verilmelidir” (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 24.02.2012 T. 2011/15766 E. 2012/2528 K.).

zaman bulunabileceği yerdir.³⁴ Davalının adresinin dava dilekçesinde yazılması gerekir. Ancak kimi durumlarda, davalının adresi bilinmez.³⁵ Davanın açılması sırasında, davalının adresinin gösterilmesinin mutlak zorunluluk olarak aranması, adalete erişimi engelleyebilir. Davalı adresinin gösterilmesi HUMK uygulamasında olduğu gibi, HMK bakımından da zorunlu içeriğe dâhil olarak yorumlanmamalıdır.³⁶ Aksi durumun kabulü, davacıya dilekçesinde hiç olmazsa yanlış veya uydurma bir adres göstermesi yolunu açacaktır. Davalının adresinin bilinmemesi halinde, MERNİS adresine tebligat, bunun da olmaması durumunda adres araştırmasından sonra son çare olarak, ilan tebligat ile gerekli tebligatlar yapılabilecektir.

Davacı, bilerek davalının adresini yanlış bildirmişse, bu durum yargılamanın iadesi sebebi olabilir.³⁷ Bu olasılık, özellikle davalının MERNİS adresinin veya UYAP adresinin olmaması halinde akla daha yatkındır. Şöyle ki, davalının sistemde kayıtlı bir adresinin olmaması durumunda mahkeme, adres araştırması yapacaktır. Kurumların adres araştırması konusunda yapmış oldukları protokoller nedeniyle devlet kurumlarının birçoğu müzekkerelere ilgili protokolü hatırlatarak adres araştırması yapmaksızın olumsuz yanıt verecektir. Eğer davalının, GSM operatörlerinde de kayıtlı bir adresi yoksa ilan tebligat ile dava dilekçesi ve duruşma günü davalıya tebliğ edilecektir. Daha sonra, davacı tarafından davalının adresinin bilerek yanlış gösterildiğinin anlaşılması halinde, bu durumun, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması uygundur.³⁸

III. DAVACININ TÜRKİYE CUMHURİYETİ KİMLİK NUMARASI

HMK, dava dilekçesinde davacının TC kimlik numarasının yazılmasını zorunlu öğelerden saymıştır.³⁹

Kimlik numarası, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kişilerin kaydına ulaşmak ve kamu kuruluşlarında tutulan kayıtlar arasında ilişki sağlamak amacını taşıyan bir numara sistemidir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası kişiye bir defa verilir ve değiştirilemez (5490 Sayılı yasa md. 46/1). Bu düzenleme uyarınca TC vatandaşı her gerçek kişi davacının TC kimlik numarasının dava dilekçesinde bulunması zorunludur.

TC kimlik numarasının dava dilekçesinde gösterilmesinin önemi, özellikle

34 Umar, B.: Usul, s.351.

35 Davalının adresinin bilinmiyor (meçhul) ise, davacı dava dilekçesinde, davalının adresini yazamaz (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.291).

36 Çelikoğlu, C.T.: s.54.

37 Kuru, B.: Usul, s.1585.

38 Krş. HMK md. 375/1-h.

39 Ermenek, İ.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu Ankara 2011, Badur E. Editör s.75 ; Işıktaç, N.C.: <http://www.isiktac.av.tr/files/Dilek%C3%A7eler%20De%C4%9F1%C5%9Fimi%20ve%20C3%96n%20inceleme%20-%20N.Can%20Isiktac.pdf> (Erişim 03.08.2012).

aynı ad ve soyada sahip kişilerin birbirinden ayrılması ve e-devlet uygulamaları bakımından kendini gösterecektir.⁴⁰

TC kimlik numarası dava dilekçesinde gösterilmemişse HMK md. 119/2 uyarınca davacıya veya vekiline bir hafta süre verilmesi bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu yaptırımın ağır olduğu konusunda eleştiri bulunmaktadır.⁴¹

Davalının TC kimlik numarasının bildirilmesine gerek yoktur.⁴² Ancak davalının TC kimlik numarasının bilinmesi halinde, dava dilekçesinde bunun bildirilmesi, özellikle, MERNİS adresinin tespiti ve aynı isimli kişilerin karıştırılmaması yönünden yararlı olacaktır.

IV. TARAFLARIN KANUNİ TEMSİLCİLERİNİN VE DAVACI VEKİLİNİN

ADI, SOYADI VE ADRESLERİ

HMK'ya göre, var olması durumunda, dava dilekçesinde, kanuni temsilcileri ile davacı vekilinin ad, soyad ile adreslerinin bildirilmesi gerekir.

Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan kişi, davada taraf ehliyetine de sahiptir (md. 50). Dava ehliyeti de medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenecektir (md. 51). Dava ehliyeti olmayan küçük veya kısıtlıya karşı açılacak davalarda, dava dilekçesinde bu kişilerin davalı olarak gösterilmesi, aynı zamanda, kanuni temsilcilerinin de ad, soyad ve adreslerinin yazılması gerekir.

HMK md. 52 uyarınca, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanlar davada kanuni temsilcileri, tüzel kişiler ise yetkili organları tarafından temsil edilir. Tüzel kişiler, dava ehliyetini yetkili organları aracılığıyla kullanabilirler.

Tüzel kişiler, dava ehliyetini organları vasıtasıyla kullandıklarında ve bir vekille de temsil edilmedikleri hallerde, yetkili organ üyenin, dava dilekçesinde kanuni temsilci olarak belirtilmesi gerekir.⁴³

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca "kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu

40 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.327.

41 Karşlı, A.: s.422.

42 Kuru/Arslan/Yılmaz, s.291 ; Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: s.492

43 Çelikoğlu, C.T.: s.54.

işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir”. Davada, davacı kendisini bir vekille temsil ettirmekteyse, avukatın da ad, soyad ve adresinin,⁴⁴ dava dilekçesinde yer alması gerekir.

Davalının bir vekili varsa dava dilekçesinde, bu avukatın adının yazılmaması gerekir.⁴⁵ Çoğunlukla, davacı tarafından davalının avukatı bilinemez. Ayrıca avukat, bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder (Av K. md.1). Bu bağımsızlık, aynı zamanda müvekkiline karşı da ileri sürülebilir. Birçok davada davalıyı temsil eden vekilin, bundan sonraki davalarda davalıyı temsil etmesi şeklinde bir zorunluluk söz konusu değildir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında; “vekilin genel vekâletname ile yetkilendirilmesi, müvekkilin talimatı olmadan tüm davaları takip etme yetki ve zorunluluğunu ona yüklemeyiz. Örneğin, hakkında icra takibi yapılan borçlu, vekili aracılığıyla takibe itiraz etmiş olsa dahi, alacaklımın açtığı “itirazın iptali davası” bakımından, borçlunun takibe itiraz aşamasında atadığı vekilin, bu davada da yetkili bulunup bulunmadığı, davanın açılması sırasında belli olmadığından, dava dilekçesinin vekil yerine asıla tebliği gerekir. Aksi takdirde, usulüne uygun taraf teşkili sağlanmış olmaz” şeklinde hüküm vermiştir.⁴⁶

Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması (md.114/1-d) ile vekil aracılığıyla takip edilen davalarda vekilin devaya vekâlet ehliyetine sahip olması (md.114/1-f) dava şartıdır. Mahkemece veya taraflarca bu koşulların denetlenebilmesi için, kanuni temsilci ve vekilin ad ve soyadı ile adresinin dilekçede bildirilmiş olması zorunludur.

Tarafların kanuni temsilcileri ile davacı vekilinin ad ve soyadının dilekçede bildirilme yükümlülüğüne uyulmaması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır. Doktrinde bu yaptırımın da ağır olduğu bildirilmiştir.⁴⁷

V. DAVANIN KONUSU VE MALVARLIĞI HAKLARINA İLİŞKİN DAVALARDA, DAVA KONUSUNUN DEĞERİ

1086 Sayılı yasada dava konusunun (müddeabih) yeterli açıklıkta yazılması gerekmektedir (md. 179/2). Ayrıca mamelek hukukundan doğan

44 Vekil adresinin, basılı antette değil de dilekçede yer alması gerektiği görüşü için Bkz. Çelik, Ç.A.: Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012, s.89.

45 Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.327 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.292 ; Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: s.493.

46 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 02.04.2012 T. 2010/546 E. 2012/10817 K.

47 Karşlı, A.: s.422.

davalarda, dava değerinin de dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluydu.⁴⁸ HMK da 119/1-d maddesinde, dava dilekçesinde dava konusu ve bunun yanında, malvarlığına ilişkin davalarda, dava değerinin gösterilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Dava konusu açık ve belirgin olmalı, soyut ifadelerle yetinilmemelidir.⁴⁹ Örneğin iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenecekse, dava konusu olarak; davacıların destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat miktarı ile hangi tarihten itibaren faiz istendiği, tazminatın müştereken ve müteselsilen istenip istenmediği, hatta yargılama gideri ve vekalet ücreti istemlerinin de dava dilekçesinde yer alması gerekir.⁵⁰

Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değerinin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunlu bir unsur mudur? Öğretide dava dilekçesinde davanın konusunun ve malvarlığına ilişkin davalarda, dava konusunun parasal değerinin, açıkça belirtilmesi gerektiği ve bunun dava dilekçesinin zorunlu unsurlardan olduğu belirtilmiştir.⁵¹ Diğer bir görüş, dava dilekçesinin standart içeriğine dahil olmakla birlikte, dava konusu ve değerinin dilekçenin zorunlu unsuru niteliğinde olmadığını ileri sürmüştür.⁵² HMK 119/2. maddesi de bu ikinci görüşü desteklemektedir. Dava konusunun ne olduğu, talep sonucunda da açıkça yazılacağından, dava dilekçesinde ayrıca dava konusunun yazılmaması bir eksiklik oluşturmaz.⁵³ Ancak, Harçlar Kanunu 16/3. maddesi “değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tespit ettirilir. Tespitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz” hükmünü içermektedir. Bu nedenle dava dilekçesinde harç miktarının belirlenebilmesi için malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

Dava dilekçesinde dava değerinin bildirilmemesinin yaptırımını, 119/2. maddesinde gösterilmemiştir. Eksikliğin yaptırımını, dava değerinin gösterilmemesi nedeniyle harcın alınamaması ve davanın açılmamasıdır.⁵⁴ Ancak, davanın açılması sırasında her nasılsa, bu eksikliğin giderilmesi atlanılmış ve maktu harç ile dava açılmışsa, HMK açısından bakıldığında

48 Kuru, B.: Usul, s.1586. Bu zorunluluk HUMK'ta yer almamakta, ancak 492 Sayılı Harçlar Kanunu 16/3 maddesindeki düzenleme nedeniyle kabul edilmekteydi.

49 Çelik, Ç.A.: s.89.

50 Dava konusuna örnekler hakkında daha fazla için Bkz. Çelik, Ç.A.: s.89 vd.

51 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.329 ; Ermenek, İ.: s.75 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.292.

52 Çelikoğlu, C.T.: s.54. HMK 119 madde gerekçesinde “Mal varlığı haklarına ilişkin ve konusu para alacağı olmayan davalarda, harca esas miktarın belirlenebilmesi bakımından, dava konusunun değerinin gösterilmesi esası da dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri hâline getirilmiştir” denmektedir.

53 Kuru, B.: Usul, s.1586

54 Umar, B.: Usul, s.351.

süreye bağlı olmaksızın eksikliğin giderilmesi istenebilecektir. Ancak bu durumda Harçlar Kanunu'nun 30. maddesinin göz önünde tutulması gerekir. Öğretide bu konuda da görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre; davacı, dava dilekçesinde dava konusunun değerini göstermemişse, mahkemece eksikliğin giderilmesi için davacıya bir haftalık kesin süre verileceği, eksikliğin giderilmemesi durumunda ise davanın açılmamış sayılacağı ileri sürülmüştür.⁵⁵ Ancak, HMK'nın 119/2. maddesine bakıldığında, konusun düzenlendiği (d) bendi bakımından, bu yaptırımın düzenlenmediği görülmektedir.

Öğretide, dava değerinin gösterilmemiş olması durumunda, yazı işlerinin harcı hesaplayamayacağı, buna bağlı olarak harç ödenemeyeceği ve davanın da açılmayacağı bildirilmiş ve bunun davacının başına bir iş açmasının olanaksız olduğu görüşü ileri sürülmüştür.⁵⁶ Görüş kısmen doğrudur, bilindiği gibi uygulamada haçlandırma ile ilgili bir sorun veya çekimsizlik söz konusu olduğunda, ilgili memur tarafından maktu harç alınmakta ve dava açılmış olmaktadır. Böylelikle, yukarıda değinildiği üzere, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanabilirliği akla gelmektedir.⁵⁷

55 Pekcamtez/Atalay/Özekes, s.328. Eksik harcın tamamlanması için davacıya, sonraki celseye kadar süre verileceği, bu sürede tamamlanmaz ise davanın düşeceği görüşü için Bkz. Gönen, R.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Layihalar Teatisine Getirdiği Yenilikler ve Ön İnceleme Hükümleri, İstanbul BD, Mart-Nisan 2012, İstanbul s.164. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu durumda, HMK md. 150 ve Harçlar Kanunu göz önüne alınarak dosyanın işlemde kaldırılmasına karar vermek gerekir. Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında "peşin alınması gereken karar ve ilam harcı tamamlanıncaya kadar dosya işlemde kaldırılır (Harçlar Kanunu m. 16/1 V, md. 30; HUMK md. 409). Davacı işlemde kaldırma tarihinden sonra 1 ay içerisinde eksik karar ve ilam harcını tamamlar ise davaya devam edilir. Buna karşılık, davacı, dosyanın işlemde kaldırılması tarihinden 1 ay geçtikten sonra noksan karar ve ilam harcını tamamlamak isterse, bu halde davaya devam olunabilmesi için davacının hem noksan harcı yatırması, hem de mahkemece belirlenen yeni değer üzerinden yeniden karar ve ilam harcının tamamını, başvurma harcı ile birlikte ödemesi gerekir. Davacı, davanın işlemde kaldırıldığı tarihten sonra 3 ay içerisinde yukarıda açıklandığı şekilde işlem yapmadığı takdirde HUMK'un 409/5. maddesi hükmü gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilir" içtihadında bulunmuştur (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 19.03.2009 T. 2008/6559 E.2009/1177 K).

56 Umar, B.: s.361. Karşıya göre dava dilekçesinde davanın konusu ve müddeabihin miktarı belli değilse, böyle bir dilekçe üzerinde işlem yapılması, harç alınması mümkün değildir. Bu sebeple dilekçe müracaat anında "dava konusu ve harca tâbi değer belirtilmelidir" gerekçesiyle reddedilmelidir, herhangi bir süre verilmesi de gerekmez (Karşı, A.: s.422).

57 "Dava, eksik peşin harç ödenerek açılmıştır. 492 Sayılı Harçlar Kanununun 30. maddesi gereğince, yargılama sırasında ortaya çıkan değer davanın dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğunun anlaşılması halinde, yalnız o celse için yargılamaya devam olunur. Takip eden celseye kadar, noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça, davaya devam olunamaz. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 150 inci maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması, noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 23.01.2012 T. 2011/15989 E. 2012/651 K.).

VI. DAVACININ İDDİASININ DAYANAĞI OLAN BÜTÜN VAKIALARIN SIRA NUMARASI ALTINDA AÇIK ÖZETLERİ

Davacının, dava dilekçesinde talep sonucunu elde etmek açısından, iddiasını kanıtlamak için gerekli tüm vakıaları, sıra numarası altında, açık özetleriyle bildirmesi gerekir. HUMK'un 179/3. maddesinde de buna benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak, uygulamada, bu yükümlüğe pek de uyulmamaktaydı.

Vakıalar, dava sebebidir.⁵⁸ Vakıalar, maddi bir eylem olduğu gibi (trafik veya iş kazası gibi), bir hukuki işlem (satış sözleşmesi, hizmet sözleşmesi) de olabilir.⁵⁹

Karşı taraf ve mahkeme hâkiminin rahatlıkla dava dilekçesini inceleyip değerlendirebilmesi için, mümkün olduğunca, eski tarihli işlem veya vakıadan başlayarak, sıra numarası verilmek suretiyle, dava dilekçesinde vakıaların açık özetlerinin dilekçesinde bulunması gerekir.⁶⁰

Dava dilekçesinde vakıaların sıra numarası ve koyulaştırılmış konu başlıkları, davaya bakan hâkimin dilekçeyi rahatça okuyup anlamasını sağlayacaktır.⁶¹

Vakıaların tam ve doğru olarak gösterilmesi oldukça önemlidir.⁶² Çünkü mahkeme, davacının dilekçesinde göstermediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez,⁶³ hatta bunları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz.⁶⁴ Hâkim olsa olsa çelişkili ve belirsiz olan vakıalar bakımından davacıdan açıklama yapılmasını isteyebilecektir.⁶⁵

4721 Sayılı TMK md.6 "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." hükmünü içermektedir. Ayrıca, İspat yükü başlıklı, HMK 190/1. maddesi "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir" demektedir. Davacı, dava dilekçesiyle mahkemeden bir hu-

58 Yılmaz, E.: Usul, s.792.

59 Kuru, B.: Usul, s.1587.

60 İnal, N.: Hukuk Yargılama Usulü Yasası, Ankara 2003, s.1001.

61 Çelik, Ç.A.: s.90.

62 Vakıaların tam ve doğru gösterilmesi, bütün vakıaların ayrıntılı olarak gösterilmesini gerektirmez. Dava dilekçesinde vakıaların özet olarak verilmesi yeterlidir. Dava dilekçesi, ilgilileri içeren, ilgisizleri dışlayan (efradını câmi, ayyarını mâni) bir dilekçe olmalıdır (Yılmaz, E.: Usul, s.793). Benzer görüşte Kuru/Arslan/Yılmaz, s.292. Aksi yönde görüş için Bkz. Kılıç, H.: s.1563.

63 Kılıç, H.: s.1562.

64 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.328-329.

65 Ancak bu açıklama isteme, sadece dava dilekçesinde bildirilmiş olan vakıalar için söz konusudur. Dava dilekçesinde bildirilmeyen bir vakıa, izahat isteme bahanesi ile ve davalının rızası olmadan, sonradan ileri sürülemez (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.294).

kuki durumun tespitini veya edasını istemektedir. Bu nedenle, davacı istemlerini kanıtlayacak, vakıaları bildirmek ve ispatlamak yükümlülüğündedir. Yine isabetli bir şekilde, HMK'da düzenlenmiş yargılamaya hakim olan ilkelerden olan, taraflarca getirilme ilkesi gereğince de bu sonuca ulaşılmaktadır.

Davacının, dilekçesinde belirttiği vakıaları, HMK'ya uygun olarak yönetime ispatlayabilmesi gerekir. İspatlanan ve hukuka uygun olan talep sonucunun mahkemece haklı görülmesi halinde davanın kabulüne, aksi halde davanın reddine karar verilmesi gerekecektir.

Burada, iddianın genişletilmesi yasağına değinmekte yarar bulunmaktadır. HUMK, dava dilekçesiyle bu yasağı başlatmaktaydı (md.179/3). HMK, basit yargılama usulüne tâbi davalarda, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının, davanın açılmasıyla başlayacağını (md.319/1), yazılı yargılamaya tâbi davalarda ise cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile tarafların iddia veya savunmalarını genişletip değiştirebileceklerini düzenlemiştir (md.141/1). Özellikle basit yargılama usulüne tâbi davalarda, dava dilekçesinin söz konusu yasak düşünülerek hazırlanması yerinde olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki HMK md. 141/ (2) gereğince, ıslah ve karşı tarafın açık onayı, kuralın ayırık durumunu düzenlemektedir.⁶⁶

Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır (md.194). Bu nedenle, davacı somutlaştırma yükümlülüğü nedeniyle, vakıa beyanlarını zaman, yer, kişiler ve olgular bakımından açık bir şekilde yapmalıdır.⁶⁷

Dava dilekçesinde talep dayanağı vakıaların gösterilmemesinin yaptırımını ne olacaktır? HMK 119/2. maddesinde, aynı maddenin birinci fıkrasının (e) bendini, eksiklik olması durumunda bir haftalık süre ve davanın açılmamış sayılmasına dair yaptırımdan ayrı tutmuştur. Davacı ön inceleme duruşmasına kadar bu eksikliği tamamlamalıdır. Bu nedenle, dava dilekçesinde, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini bildirmemiş olması, usuli anlamda bir eksiklik değildir.⁶⁸ Ancak, davacının, dava dilekçesinde, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları bildirmemiş olması, kendi aleyhine bir durum ortaya çıkarabilecek ve davanın esastan reddine dair bir kararla karşı karşıya kalmasını sağlayabilecektir.

66 Davacı, savasının dayanağı olan bütün vakıaları dava dilekçesinde bildirmekle yükümlüdür. Davacının dilekçeler aşamasından sonra dilekçesinde bildirmediği yeni vakıalar ileri sürmesi, davayı değiştirme olup, ancak davalının onayı veya ıslah yoluyla mümkündür (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.293).

67 Çelikoğlu, C.T.: s.56.

68 Aksi yöndeki görüş için Bkz. Gönen, R.: s.164.

VII. İDDİA EDİLEN HER BİR VAKIANIN HANGİ DELİLLERLE İSPAT EDİLECEĞİ

HMK'nın dava dilekçesinde getirdiği bir yenilik de, davacı tarafından iddia edilen her bir vakianın, hangi delillerle ispat edileceğinin bildirilmesidir.

Bilindiği gibi, HUMK, vakıaların mümkünse sıra numarası altında bildirilmesini yeterli görmekte idi. HMK ise, öne sürülen her bir vakianın, hangi delillerle ispat edileceğinin de dava dilekçesinde bildirilmesini istemiştir.

Delil, ileri sürülen vakianın doğruluğunu kanıtlamaya yarar. Mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalar ile bağlantısı kurularak mahkemeye sunulması gerekir.⁶⁹

Dava dilekçesinde davacı, iddialarını hangi delillerle ispat edeceğini belirtecektir (md. 119/1-f). Belgelerin dilekçelerle birlikte verilmesi zorunlu ise de (md. 121) mahkemenin ön inceleme aşamasında da yazılı delillerin sunulması için kesin süre vereceği öngörülmüştür (md. 140/5).⁷⁰

Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli sayılmayıp; davacı, dilekçesinde hangi delillere dayandığını açıkça yazmalıdır. Bu düzenleme HMK'da kabul edilen somutlaştırma yükümlülüğünün de bir sonucu olarak kendini göstermektedir.⁷¹

Bu düzenleme, her ne kadar özellikle davacı vekili için bir zorluk anlamına gelse de, hâkim ve davalı taraf için yararlı bir düzenlemedir.

Davacı, tanık deliline dayanmışsa dava dilekçesinde yalnızca bunu belirtmesi yeterlidir. Tanıkların adlarının dava dilekçesinde belirtilmesi zorunlu değildir. Tanık listesi daha sonra, tanıkların dinlenilmesi aşamasında mahkemeye verilebilir.⁷²

Davacının genel ifadelerle delillerini bildirmesi yeterli olmayıp, HMK

69 Koca, G.: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile Usul Hukukumuzda Yapılan Değişiklikler ve Uygulamadaki Sorunlara Getirilen Çözümler, İstanbul BD, Mart-Nisan 2011, İstanbul s.140.

70 Kuru, B./Budak, A.C.: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/5/files/assets/downloads/publication.pdf> (Erişim 30.05.2012) ; Bilen, T.: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul BD, Mart-Nisan 2012, İstanbul s.140. ; Gönen, R.: s.165.

71 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.329 ; Çelik, Ç.A.: s.91-92. Mahkemece gerekli görüldüğünde, keşif, bilirkişi ve re'sen yemin deliline kendiliğinden başvurulabilecektir. Bunların dışında tarafların bildirmedeği ve dosyadan da anlaşılmayan delillere mahkemece başvurulamaz. Bu kuralın istisnası, kamu düzenine ilişkin davalardır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.329 dp.5).

72 Umar, B.: s.354 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.329 ; Kılıç, H.: s.1564 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.295 ; Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: s.493.

194. madde çerçevesinde somutlaştırma yükümlülüğü bağlamında, hangi delillere dayandığının dava dilekçesinden anlaşılması gerekmektedir.⁷³

1086 Sayılı yasa dönemindeki uygulamada; dava dilekçesinin deliller kısmında, sıklıkla “vs. deliller, diğer yasal deliller” şeklinde delil gösterildiği görülmekteydi. Burada eleştirilmesi gereken bir diğer mesele de, Yargıtay’ın da bu duruma geçerlilik tanmasıydı.⁷⁴ HMK ile bu durumun önüne geçilmesinin arzulandığı görülmektedir. Ancak, dava dilekçesinde gösterilmemiş olsa dahi gerek görülmesi halinde bilirkişi ve keşif deliline hakim re’sen başvurulabilecektir.

Davacı kural olarak, dava dilekçesindeki delillerini hasretmiş olur. Böylelikle, davacı yemin dâhil tüm delillerinin neden ibaret olduğunu dava dilekçesinde gösterir. Dava dilekçesinde “sair kanuni delil” denmesinin bir anlamı olmayacaktır. Davacı açıkça yemin deliline dayandığını bildirmemişse, davalıya yemin teklif edemeyecek ve mahkeme de davacıya yemin teklifine hakkı olduğunu hatırlatamayacaktır.⁷⁵ Uygulamada eski alışkanlığın devam ettiği dava dilekçelerinden anlaşılmaktadır. Davacının hâlâ “sair delil, vs. deliller” gibi delillere dayandığı görülmektedir. Bu alışkanlığın yeni yasanın ruhuna uygun Yargıtay kararları ile sona ereceği beklenebilir.

Öğretide, yetersiz delil sunulması durumunda, HMK md. 31 gereğince hâkimin yeterli delillerin sunulmasını talep etmek durumunda olduğu, hiç delil sunulmaması durumunda dahi hâkimin davayı hemen reddetmeyip davacıya delillerini sunması için süre vermesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.⁷⁶

Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur (HMK md. 121). Bu madde kapsamındaki deliller, davacının elinde bulunan ve yazılı olan delillerdir.

Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka

73 Kılıç, H.: s.1564.

74 “Davacı vekili duruşmadaki beyanı ile başka delilleri olmadığını bildirmiş ise de; dava dilekçesinde “vs. deliller” demek suretiyle yemin deliline de dayanmış olduğundan, ispat yönünden, davacı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunun hatırlatılmaması doğru görülmemiştir” (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 06.07.2010 T. 9599/12216).

75 Kuru/Arslan/Yılmaz, s.295.

76 Umar, B.: s.362 ; Karşlı, A.: s.426.

yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanılmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir (HMK md. 140/5).

VIII. DAYANILAN HUKUKİ SEBEPLER

HMK da HUMK'a benzer biçimde, zorunlu öge niteliğinde olmaksızın hukuki sebeplerin dava dilekçesinde gösterilmesini istemektedir.

Hukuki sebepler, davacının talep sonucunu haklı göstermek için bildirmiş olduğu vakıaların hukuki niteliğidir.⁷⁷ Davacının, dava dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıalar ile istediği talep sonucu arasında hukuki bir ilişki kurması gerekir ki, bu düzenlemeler, dayanılan hukuki sebepleri oluşturacaktır.

Hâkim, Türk hukukunu resen uygular (md.33). Dava dilekçesinde dayanılan vakıalara uygulanacak normatif düzenlemeleri uygulamak, hâkimin yasal görevidir.⁷⁸ Bu nedenle, dava dilekçesinde dayanılan hukuki nedenlerin bildirilmemiş olması, eksik veya yanlış bildirilmiş olması⁷⁹ tek başına bir anlam ifade etmeyecektir.⁸⁰ Hâkim, davacının gösterdiği hukuki sebeplerle de bağlı değildir.⁸¹ Ancak, taraflarca getirilme ilkesi (md.25) ve yargulamaya yardımcı olarak yargılamanın hızlandırması amacı⁸² göz önüne alındığında, dava dilekçesinde dayanılan hukuki sebeplerin bildirilmesi yerinde olur. Bu durum özellikle yabancı hukukun uygulanacağı

77 Kuru, B.: Usul, s.1591 ; Kılıç, H.: s.1564.

78 "6100 Sayılı HMK 33. maddesi gereğince talebin hukuki nitelendirilmesi hâkime aittir" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.12.2011 T. 51407/48941) ; "Tarafların tavsifleriyle bağlı olmayan hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta kanun hükümlerini doğrudan uygulayarak bir sonuca ulaşması gerekir" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 07.02.2012 T. 1053/1579).

79 "Her ne kadar ilişki, davacı tarafından kefalet ilişkisi olarak nitelendirilmiş ise de, 6100 Sayılı HMK'nın 30. maddesi gereğince bu nitelendirme Türk Hukukunu resen uygulamakla görevli hâkimi bağlamaz. Çünkü olaya uygulanacak yasa kurallarının bulup uygulamak taraflara değil, hâkime ait bir görevdir" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 21.02.2012 T. 787/2356).

80 Umar, B.: s.355 ; Gönen, R.: s.165.

81 Karşlı, A.: s.422 ; Kılıç, H.: s.1564 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.296 ; Yargıtay İBK 04.06.1958 T. 15/6 ; "04.06.1958 tarih ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinde belirtildiği üzere hakim bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve netice-i taleplerle bağlı olup, dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların tavsifleriyle bağlı değildir. Bunun doğal sonucu olarak hakim, önüne çekişme biçiminde getirilen uyuşmazlığa uygulayacağı yasa hükümlerini bulup uygulamak zorundadır. Belirtilen bu kural, 6100 Sayılı HMK'nın 33. maddesinde de "hâkim, Türk Hukukunu re'sen uygular" şeklinde hükme bağlanmıştır" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 30.04.2012 T. 5185/6129).

82 Çelik, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine de atıfta bulunarak, avukatların, birbirinden oldukça farklı dava çeşidine bakmak zorunda kalan ve uzmanlaşmalarına fırsat verilemeyen hâkim meslektaşlarına yardımcı olmak gibi soylu bir görev üstlenmiş olacağını bildirmiştir (Çelik, Ç.A.: s.95).

davalarda önemli bir kolaylık sağlayacaktır. Bir de, avukat ile takip edilen bir davada, dava dilekçesinde hukuki sebeplerin gösterilmesi beklentisi hiç de haksız bir beklenti olmayacaktır. Çünkü Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde de ifade edildiği üzere, avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve *hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını* her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, dava dilekçelerinin çoğunda kanun isimlerinin bildirilmesi yöntemi ile ilgili kısmın geçiştirildiği gözlenmekteydi. "Sair deliller" ibaresi gibi, "ilgili mevzuat" kalıbının çokça kullanıldığı bilinen bir gerçektir.

Dava dilekçesinde dayanan hukuki sebeplerin bildirilmesi HMK'ya göre, zorunlu bir unsur olmamakla birlikte, HUMK'a göre düzenlemenin daha kuvvetli bir ifadeyle anlam bulduğu görülmektedir.⁸³ Yine de dava dilekçesinde, dayanan hukuki sebeplerin bildirilmemesi HMK 119/2. maddesi gereğince, bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda, hâkim tarafından davacıya eksikliğin tamamlanması için süre verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Her nasılsa dava dilekçesinde dayanan hukuki sebebin gösterilmemiş olması nedeniyle, davacıya, hâkim tarafından bir hafta süre verilmesi ve bu eksikliğin giderilmemiş olması halinde, davanın açılmamış sayılmasına dair karar verilmişse, bu karar hukuka aykırı olacaktır.

IX. AÇIK BİR ŞEKİLDE TALEP SONUCU

Talep sonucu, HUMK döneminde netice-i talep olarak adlandırılan ve davacının, mahkemeden dava sonunda hüküm altına alınmasını istediğini açıkça belirttiği kısımdır.

Davacı, talep sonucu ile davalı aleyhine ve kendi lehine olmak üzere, mahkemeden karar verilmesini ister. Davacı, açmış olduğu davada, başkası lehine karar verilmesini isteyemez.⁸⁴

Davacı talep sonucunda, asıl talebini ve varsa faiz, icra tazminatları gibi yan taleplerini de açıkça bildirmelidir. Ancak, yargılama gideri ve bunun içinde olan avukatlık ücretinin⁸⁵ talep sonucunda bildirilmemesi durumunda da mahkeme kendiliğinden konu hakkında karar verecektir.⁸⁶

Davacı, dava dilekçesinde talep sonucunu açıkça yazmamışsa, bu eksiklik hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabileceği gibi, davalının

83 Çelikoğlu, C.T.: s.58.

84 Kuru, B.: Usul, s.1603.

85 Yargıtay İBK 17.11.1948 T.1942/5 E 1948/8 K.

86 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.331 ; Kılıç, H.: s.1564 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.299.

da eksikliği ileri sürmesi her zaman mümkündür.⁸⁷

Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (md.26/1). Taleple bağlılık ilkesi olarak adlandırılan bu düzenleme nedeniyle, davacının, dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunu bildirmesi gerekir.⁸⁸ HMK 297/2. maddesine göre, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Mahkemece talep sonucunun hangi ölçüde kabul veya red edildiğinin hüküm fıkrasında değerlendirilebilmesi için dava dilekçesinde talep sonucu açıkça bildirilmelidir.

Uygulamada karşılaşılan bir sorun, davacının kimi kez isteklerinin tümünü talep sonucunda yazmaması, bunu dava dilekçesinin diğer kısımlarında belirtmesidir. Davacının, mahkemeden neleri hüküm altına alınması istemini dava dilekçesinin talep sonucunda bildirmesi gerekli ise de, bunu talep sonucunda bildirmeyip “davanın konusu” bölümünde açıkça bildirmiş olması da yeterlidir.⁸⁹ Kanımca, dava dilekçesinin bütünü okunduğunda, talep sonucu açıkça belli ise artık bunun bir eksiklik sayılmaması gerekir.⁹⁰ Burada talep sonucunun yorumlanması konusu akla gelmelidir. Talep sonucu açık değilse, davacıya konu açıklattırılabilceği gibi, onun dava dilekçesinin diğer bölümlerinde yazılanlar dikkate alınarak, davacının eldeki davada neyi hüküm altına alınmasını istediği de tespit edilmelidir.⁹¹

Talep sonucu, kesin hüküm ve derdestlik açısından da önemlidir ve onun kapsamını belirlediğinden dolayı da davanın esaslı unsurudur. Mahkemenin istemden başkasına hükmedememesi⁹² ve isteme bağlı kalınarak istemden daha fazlasına hükmedilememesi⁹³ ilkeleri ile davalının

87 Çil, Ş./Kar, B.: 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yasasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, s.15.

88 “Dava dilekçesinde talep sonucunun mutlaka açık bir şekilde belli edilmesi gerekir. Talep sonucu belli olmayan dilekçenin dava dilekçesi olarak kabulü mümkün değildir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 27.03.2003 T. 1162/3620)

89 Kuru, B.: s.1607.

90 Benzer görüş için Bkz. Umar, B.: s.358.

91 Kuru, B.: s.1608 ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.299

92 “Kural olarak hâkimin istemden başka bir şeye karar vermesi yasaktır” (Yargıtay HGK. 02.10.2002 T. 16-764/769).

93 “HUMK 74 ve 75 ve 6100 Sayılı HMK 26 ve 31. maddeleri uyarınca hakim, tarafların talep sonuçları ile bağlıdır, ondan fazlasına veya başka şeye karar veremez” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 02.04.2012 T. 2011/40733 E. 2012/10920 ; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24.10.2011 T. 45863/39073 ; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24.10.2011 T. 2009/23395 E. 2011/39227 K.). Aynı doğrultuda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.03.2012 T. 2011/3012 E. 2012/1777 K, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 03.10.2011 T. 10563/11305.

savunmasını yapabilmesi için de talep sonucunun açıkça⁹⁴ dava dilekçesinde yer alması gereklidir.⁹⁵

HMK 105-113 maddeleri arasında dava çeşitleri sayılmıştır. Talep sonucu ile davacı tarafından açılan davanın türü de belirlenmiş olur. Dava türlerine göre, talep sonuçlarının gerekli şekilde dava dilekçesinde yer alması gerekir.

Burada kısaca dava çeşitleri ve olması gereken talep sonucuna değinmekte yarar bulunmaktadır.

Eda davası yoluyla mahkemedен, davalının, bir şeyi vermeye⁹⁶ veya yapmaya⁹⁷ yahut yapmamaya⁹⁸ mahkûm edilmesi talep edilir (HMK md.105). Eda davası hakkında hüküm verecek mahkeme öncelikle hakkı tespit etmesi gerekecek, bu tespitten sonra o hakka ilişkin edimi yerine getirmek için borçluyu (davalıyı) zorlayacak ya da kaçınmaya mahkûm edecektir.⁹⁹

Eda davasının sonunda mahkeme, davanın kabulüne veya reddine dair bir hüküm kuracaktır.¹⁰⁰ Eğer davanın reddine dair karar verilmişse, mahkemece, davacının istediği hakkın mevcut olmadığı tespit edilmiş olur. İstem kabulüne karar verilmesi halinde ise verilen hüküm bir tespit yanı sıra, davalının, bir şeyi vermesine veya yapmasına yahut yapmasına dair bir emir de içerir.

Tespit davası yoluyla, mahkemedен, bir hakkın¹⁰¹ veya hukuki ilişkinin varlığının¹⁰² ya da yokluğunun¹⁰³ yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir (HMK md.106). Bu dava türü ile olumlu

94 "Oysa somut olayda; dava dilekçesindeki açıklamalara göre birbirinden farklı talepler bulunmakta olup, talep sonucu açık değildir. Böyle durumlarda hâkim isteğin ne olduğunu kesinlikle saptayabilmek için HUMK'un 75/11. madde hükmü uyarınca açıklama isteyebilir. Bu sadece hâkime tanınan bir yetki olmayıp aynı zamanda bir görevdir" (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 17.09.2009 T. 3133/4228).

95 Çelikoğlu, C.T.: s.57.

96 Örneğin "Davalıların müştereken ve müteselsilen, 61.257,38 TL maddi tazminatı, 20.02.2008 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödemelerine".

97 Örneğin "Davalı lehine konulan 600.000 TL tutarındaki ipoteğin bedelin tamamen ödenmiş olması nedeniyle terkinine".

98 Örneğin "Davalının, davaya konu Kocaeli Körfez Kalburcu Köyü 100 ada 8000 parselé yönelik olarak gerçekleştirdiği elatmanın önlenmesine".

99 Büyükkılıç, G.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Şartları, İlk İtirazlar ve Dava Çeşitlerine İlişkin Hükümlerinin İş Hukuku Çerçevesinde İncelenmesi, Legal HD, 2012 C10, s.157 ; Çil, Ş./Kar, B.: s.13. "Eda davasının yapılan yargılaması sonunda tespiti de içerecek şekilde eda hükmü kurulmak zorundadır" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 23.11.2011 T. 2009/26242 E. 2011/45423 K.).

100 Çil, Ş./Kar, B.: s.13.

101 Örneğin "Davacının 01.01.1995-31.12.2001 tarihleri arasında Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine".

102 Örneğin "Davacı ile davalı arasında kira sözleşmesinin uzatılmış olduğunun tespitine".

103 Örneğin "Davacının 12.12.2012 tarih ve 121212 Sayılı işlem nedeniyle davalı SGK'ya 12.323,00 TL borcu olmadığının tespitine."

veya olumsuz bir tespit yapılarak uyuşmazlığın büyümeden en az giderle ve çabuk çözümlenmesi amaçlanmaktadır.¹⁰⁴ Eda davasından farkı ise davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesidir.

Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (HMK md.107).¹⁰⁵ Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için; davanın açıldığı tarihte, davaya konu değerın veya alacağın tam kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenememesi gerekir. Eğer miktar veya değer belirli ise belirsiz alacak davası açılmaz.

İnşâî dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması¹⁰⁶ veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi¹⁰⁷ yahut onun ortadan kaldırılması¹⁰⁸ talep edilir (HMK md.108). Bilindiği gibi inşâî hak, hak sahibine tek yanlı irade bildirim ile, hukuki durumunda kurucu, bozucu ve değiştirici yenilik getirme gücü veren bir haktır. Karşı tarafın rızası ve katkısı olmadan hak sahibinin irade bildirim ile arzulan inşâî sonuç hasıl olur. Eğer irade açıklaması bir süreye tabi tutulmuşsa hakkın mutlaka bu hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. Ancak bazı hallerde inşâî sonucun elde edilmesi için tek yanlı irade bildirim yetmeyebilir ve dava açılmak suretiyle mahkemeden hukuki himaye istenmesi zorunlu olabilir. Bu takdirde inşâî hak dava yoluyla kullanılmış olur ki, bu davalara inşâî dava ve sonunda davanın kabulüne dair kurulan hükme

104 Büyükkılıç, G.: s.157

105 Örneğin "Trafik kazasında yaralanan davacının HMK 107. maddesine göre bedensel zararı ile tarafların kusur oranlarının tespiti ile şimdilik 15.000 TL olarak belirttiğimiz, güç kaybı tazminatının hesaplanarak, olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte, davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya ödenmesine."

106 TMK. md. 713'e göre açılan olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmazın mülkiyetinin tescili istemiyle açılan bir dava veya babalık davası.

107 Cezaî şartın indirilmesine ilişkin davalar, daha önceden mahkeme kararıyla belirlenmiş aylık nafaka miktarının artırılmasına ilişkin davalar (değişiklik davası). Kira tespit davası da aslında bir inşâî davadır (Bkz. Yargıtay İBK. 12.11.1979 T. 1/3). Bu karara göre "...kiranın tespiti kararları diğer tespit davalarında olduğu gibi bir hukuki münasebeti tespit etmez. Onun amacı sadece kira sözleşmesinin yeni dönemde belli olmayan ücret unsurunu belirli bir hale getirmekten ibarettir. Gerçekten kiranın tespitinde hukuki sonuç ancak hakimin kararı ile doğmaktadır. Gerçi, yeni dönemde kiranın belli olması için mutlaka bir mahkeme kararı alınması şart değildir. Çünkü taraftar anlaşılırsa mahkeme kararına gerek kalmadan hukuki sonuç doğar. Tarafların ancak anlaşamaması halinde bu hukuki sonucun doğması için dava açmaları gerekir. Böylece kira tespiti kararları eda davaları sonunda verilen mahkûmiyet kararlarına değil, inşâî davalar sonunda verilen kararlara yakın bir nitelik göstermektedirler".

108 Boşanma davası, vakıf veya derneğin feshi gibi davalar, soybağının reddi davası.

de inşaî hüküm denir. Dava reddedilirse bu hüküm irade açıklamasının doğru olmadığına tespitine ilişkin bir tespit hükmü olur.¹⁰⁹ İnşaî davalar hâkimin hükmü ile sonuç meydana getirirler.¹¹⁰

Talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir¹¹¹ (HMK md.109). Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir.¹¹²

HMK md. 109 uyarınca kısmi dava açılabilmesi için;

1. Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması,
2. Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir. Talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılmayacaktır.¹¹³

HUMK döneminden farklı olarak, HMK ile kısmi davada davacının fazlaya dair haklarını saklı tuttuğunu bildirmesi gerekmez.¹¹⁴

Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir.¹¹⁵ Bunun için, birlikte

109 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.10.1989 T. 362/551.

110 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 02.05.1974 T. 2221/2692.

111 Örneğin “ Davalının şimdilik 3.200,00 TL kıdem tazminatını, akdin fesih tarihi olan 01.02.2012 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine”.

112 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.02.2012 T. 1757/5742.

113 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.02.2012 T. 1757/5742. “Diğer taraftan mahkemece dava konusu alacağın belli olduğu, kısmi dava açılmasında davacının hukuki yararının olmadığı kabul edilmiştir. Dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için HMK'nın 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken, Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.02.2012 T. 1757/5742).

114 Aksi yönde görüş için Bkz. Kılıç, H.: s.1566. Ancak, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez (HMK 109/3) hükmü karşısında bu görüşe katılmak olanaklı görülmemektedir.

115 Örneğin “1-Davanın kabulüne karar verilerek, 2-Davacının toplam brüt 1.762,54 TL yıllık izin ücret alacağına dava tarihi olan 21.12.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsil edilerek davacıya ödenmesine. 3-Davacının toplam brüt 4.349,10 TL kıdem tazminatı alacağının akdin fesih tarihi olan 21.11.2010 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte davalıdan

dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır (HMK md. 110). Bu dava türüyle davacı, tek bir dava dilekçesiyle birden çok talepte bulunmaktadır. Aslında, kural olarak talep sayısınca, dava bulunmaktadır. Davacının her talebi için dava dilekçesinde vakıaları ayrı ayrı bildirmesi ve delillendirmesi gerekir. Yargılama sonunda mahkemece, her bir talep hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir.¹¹⁶

Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir.¹¹⁷ Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır (HMK md. 110). Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.

Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde, alacaklı seçimlik dava açabilir (HMK md.112). Burada seçim hakkının borçluya veya üçüncü kişiye ait olması halinde bu davadan söz edilebilir.¹¹⁸ Alacaklı davacı, açtığı davayla, seçimli olarak istemde bulunmak zorundadır.¹¹⁹ Seçimlik borçlarda mahkeme de seçimlik olarak karar verir. Ancak, alacaklı bu ilamı icraya koyarken, seçimlik hakkını kullanmalı ve istemini sınırlamalıdır. Buna rağmen borçlu, takip sonuna kadar, diğer edimi yerine getirirse, borçtan kurtulabilecektir.¹²⁰

Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir (HMK md.113). 2821 Sayılı Sendikalar Kanu-

tahsil edilerek davacıya ödenmesine, 4-Davacının toplam brüt 1.147,70 TL ihbar tazminatının 21.12.2010 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsil edilerek davacıya ödenmesine, 5-Davacı lehine yargılama gideri ve avukatlık ücretine hükmedilmesine”.

116 Çil, Ş./Kar, B.: s.25.

117 Örneğin “1-Davanın kabulüne karar verilerek, 2-Davacının 15.04.1994-14.04.2004 tarihleri arasındaki çalışma süresinin zorunlu Bağ-Kur sigorta kapsamında olduğunun tespitine, 3-Mahkemece, davacının bildirilen dönemdeki çalışmasının zorunlu Bağ-Kur sigortası kapsamında olmadığına dair karar verilecekse, davacının 15.04.1994-14.04.2004 tarihleri arasındaki çalışmasının isteğe bağlı Bağ-Kur sigorta kapsamında olduğunun tespitine”.

118 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu md.87 gereğince, “seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir”.

119 Örneğin “Davalının, A marka 2001 model otomobili veya B marka 2004 model otomobilinden birini davacıya vermesinin hüküm altına alınmasına”.

120 Kuru, B.: Usul, s.1495

nu 32/3 maddesi uyarınca, ilgili sendika; çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olabilmektedir.

Davacının, yukarıda bildirilen dava çeşitlerindeki asıl olan istemlerinin yanında fer'i (yardımcı) nitelikte olan istemlerini de yeterli açıklıkta dava dilekçesinde belirtmesi gerekir. Burada akla ilk gelen faiz olmalıdır. Yine boşanma davasında, davacı dilekçesinde, boşanmanın yanında maddi ve manevi tazminat (TMK md.174) ile iştirak (TMK md.148), yoksulluk (TMK md.144) ve tedbir (TMK md.137) nafakalarını da isteyebilir. Dava dilekçesinde bu fer'i nitelikli istemlerin açıkça bildirilmesi gerekir. Bu konuda, yargılama giderine değinmekte yarar bulunmaktadır. Davacı dilekçesinde yargılama gideri ve bu gider kaleminden olan vekâlet ücretini istememiş olsa dahi, mahkemece kendiliğinden (re'sen) konu hakkında karar verilmesi gerekir.¹²¹ Yeter ki davacı konu hakkında açıkça vazgeçme beyanını dilekçesinde veya yargılama sırasında dile getirmemiş olsun.

Yardımcı nitelikteki talepler bakımından son olarak şuna değinmek gerekir; dilekçenin içeriğinde fer'i nitelikli bir istem bildirilmiş olup da talep sonucunda bu istemin bildirilmemiş olması bir önem arz etmez. Örneğin dilekçenin üst kısımlarında faiz istenmiş olup talep sonucunda faiz istemi bildirilmemiş olsa dahi hükümde faiz konusunun da değerlendirilmesi gerekir.

Kanununun 119. maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış ve açık bir şekilde talep sonucunun da bulunacağı belirtilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında ise talep sonucunun açık olmaması halinde hâkimin davacıya talebini açıkça belirlemesi için süre vermesi gerektiği belirtilmiştir.¹²² HMK md. 31'e göre hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.¹²³ Gerek HMK

121 Yargıtay İBK 17.11.1948 T. 1942/5 E. 1948/8 K. İnal, N.: s.1002.

122 "Talep sonucunun açık olmadığı kabul edilse dahi 119/2 maddesi uyarınca dava dilekçesindeki bu eksikliğin tamamlanması için süre verilmesi gerekirken bu kurala da uyulmamıştır" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.02.2012 T. 1757/5742).

123 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24.10.2011 T. 45863/39073; "Anılan madde gerekçesinde de açıklandığı üzere; bununla hakim, olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve geçerli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir" (Yargıtay 14. Hukuk

md. 115 ve gerekse md. 119'da öngörülen kesin süre bir haftadır.¹²⁴ Eksikliğin giderilmemesi durumunda, davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.¹²⁵

Dava dilekçesinde talep sonucunun eksik olması durumunda, dilekçenin yasaya uygun hale getirilmesi için davacı tarafa süre verilmeyip de ıslah etmesi yönünden mahkemece süre verilmesi doğru değildir.¹²⁶ Bu durum, davacının aleyhine bir durum olacaktır. Çünkü, yasal olarak eksikliği giderme hakkı olan davacıya bu yönde bir zorlamada bulunulması, bir davada bir kez ıslah yapılabilir ilkesi uyarınca yok yere bu hakkın kullanılması anlamına gelecektir.

X. DAVACININ, VARSA KANUNİ TEMSİLCİSİNİN VEYA VEKİLİNİN İMZASI

Dava dilekçesinde, davacının imzasının olması zorunludur. Eğer, davacının varsa kanuni temsilcisi veya vekilinin imzasının dilekçede yer alması yeterli olup, bu durumda küçük, kısıtlı ya da asılın dilekçeyi imzalamasına gerek yoktur.¹²⁷

İmzanın 818 Sayılı Borçlar Kanunu 14 ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 15. maddesi uyarınca el yazısı ile olması gerekir. Ancak güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Özellikle, UYAP üzerinden davanın açılması durumunda yalnızca güvenli elektronik imza yeterli olacaktır.

İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır (HMK md. 206). Bu nedenle, HMK md. 206 kapsamında imza atamayan davacının bu yükümlülüğe uyması gerekir.

Dairesi 13.02.2012 T. 1071/1830) ; "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 31. maddesi "Hakimin davayı aydınlatma ödevi" başlığını taşımakta olup bununla hakim, olayın ve hukuki uyumsuzluğun olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek ve çözüme kavuşturacaktır" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 07.05.2012 T. 5425/6462).

124 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.02.2012 T.1757/5742.

125 Süreye rağmen, eksikliğin giderilmemesi halinde, talep belli olmadığı için hüküm verilemeyeceği görüşü için Bkz. Karslı, A.: s.427. Ancak bu görüşe katılmak mümkün görülmemektedir. Yazar, bu durumda mahkemenin eldeki dosyayı ne yapacağı konusunu belirtmemektedir. Yine talep sonucu olmayan bir dilekçenin, dava dilekçesi olarak kabul edilemeyeceği, mahkemece verilen süreye rağmen eksikliğin giderilmemesi halinde davanın reddedileceği görüşü ileri sürülmüştür (Yılmaz, E.: Usul, s.794). Kanımca verilen süreye rağmen bu eksikliğin giderilmemesi halinde verilmesi gereken karar davanın reddine dair bir karar olmayıp, davanın açılmamış sayılmasına dair karar olmalıdır. Her iki kararın sonuçları farklıdır.

126 Yılmaz, E.: Usul, s.795.

127 Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: s.495.

Zorunlu unsurlardan olan imzanın, eksik olması halinde hâkim eksikliğin bir haftalık kesin süre içerisinde giderilmesini davacı veya varsa kanuni temsilci ya da vekilinden isteyecektir. Anılan eksiklik süresinde giderilmezse davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. Uygulamada daha çok özellikle havale aşamasında eksikliğin giderildiği görülmektedir.

Davacı, dava dilekçesindeki imzanın kendisine ait olduğunu kabul ettiği halde, davalı imzanın davacıya ait olmadığını ileri süremez ve mahkeme, davalının bu iddiası üzerine imza incelemesi yoluna gidemez.¹²⁸

Konuyla ilgili bir olasılık da davacının, dava dilekçesindeki imzayı inkâr etmesidir. Bu olasılıkta mahkemenin, imzanın davacıya ait olup olmadığını incelemesi gerekir. İmza davacıya ait değilse, davanın açılmamış sayılmasına karar verilecek ve hiçbir taraf aleyhine yargılama giderine hükmedilmeyecektir.¹²⁹

Dava dilekçesinde imzanın olması zorunlu unsurdur. Eğer bunun eksikliği hâkim tarafından fark edilirse davacıya bir hafta süre verilerek eksikliğin giderilmesinin isteneceği yukarıda bildirilmişti. Peki, gerek hâkimin ve gerekse davalının bu eksikliği fark etmemiş olmaları ve yargılamanın ileri aşamalarında durumun ortaya çıkması halinde ne olacaktır? Umar haklı olarak, davanın herhangi bir aşamasında eksikliğin fark edilmesiyle ve hatta yasa yolu sürecinde HMK'nın 119. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması gerektiği görüşündedir. Yazar ikinci fıkranın uygulanmasını, dava sürecinin herhangi bir aşamasıyla sınırlandırılmış olmadığını bildirmiş ancak hüküm kesinleşmesinden sonra davalı tarafından imza eksikliği nedeniyle yok hükmünde olduğu itirazının ileri sürülemeyeceğini, haklı olarak, dile getirmiştir.¹³⁰

C) SONUÇ

Hukuki himaye talep eden kişinin mahkemeden istemde bulunması zorunludur. Davanın ilk adımı olan dava dilekçesinin içeriği, dava dilekçesindeki eksiklikler ile bu eksikliklerin giderilmesi konuları HMK md. 119 kapsamında ele alınmıştır. Konu, HMK kapsamında HUMK'a göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulduğu için, hak kayıplarına mahal vermemek için daha hassas bir biçimde değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre, dava, dilekçeyle kazanılır veya kaybedilir.¹³¹ Dava dilekçesi davanın anahtarıdır. Dava dilekçesinin kanunun aradığı koşulları taşıması da tek başına yeterli olmayacaktır. Yalın ve güzel bir Türkçe ile

128 Kuru, B.: s.1621; Kılıç, H.: s.1567.

129 Kuru, B.: s.1623.

130 Umar, B.: s.360.

131 Kılıç, H.: s.1561.

kaleme alınması gerekir. Kısa cümlelerle birbiriyle uyumlu hukuki sebepler ve vakıalar belirtilmeli, talep açık ve anlaşılır olmalıdır.¹³²

HUMK'un 179. maddesine göre dava dilekçesinde, tarafların ad ve soyadları ile adresleri, davanın konusu (müddeabih), vakıalar (dava sebebi) hukuki sebepler, açık bir şekilde iddia ve savunma, cevap süresi ile davacının veya vekilinin imzasının bulunması gerekmektedir. Dava dilekçesinde bulunması gereken bu kayıtlardan birisinin bulunmaması halinde kural olarak davalı HUMK 187/7. maddesi gereğince bunu ilk itiraz olarak ileri sürüp dava dilekçesinin iptalini isteyebilirdi. HMK 119 maddesinde dava dilekçesinde bulunması gerekli unsurlar daha ayrıntılı olarak sayılmıştır. Buna göre, mahkemenin adı, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebepler, açık bir şekilde talep sonucu, davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası, dava dilekçesinde yer almalıdır. Ancak madde incelendiğinde yasa yapıcının, dava dilekçesinde bulunması gerekip de bulunmayan ögeler konusunda ikili bir ayrımı benimsediği görülmektedir. İlk grupta yer alan, mahkemenin adı, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebeplerin eksik olması halinde kanun bir düzenleme bulunmamış bunları zorunlu olmayan ögeler olarak düzenlemiştir. Oysa ikinci grupta yer alan, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, açık bir şekilde talep sonucu, davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzasının eksik olması hâlinde, hâkim tarafından, davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık¹³³ kesin süre verileceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde davanın açılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. İşte bu son gruptakiler dava dilekçesinin zorunlu ögeleridir.

Maddeye yapılabilecek bir eleştiri, ikinci fıkranın "Birinci fıkranın (a),

132 Kılıçoğlu, M.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s.629.

133 Bir haftalık kesin süre, hak düşürücü süredir. Bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır. Açılmamış sayılmasına karar verilen davanın, yeniden açılmasını engelleyen bir durum yoktur, çünkü karar usule ilişkindir (Kılıçoğlu, M.: s.630).

(d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir” şeklinde olumsuz düzenlemede bulunmasıdır. Kanımca, maddenin “Birinci fıkranın (b), (c), (ç), (d), (f), (ğ) ve (h) bentlerinde belirtilen hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir” şeklinde olması takip ve anlama konusunda daha yararlı olabilecekti. Ancak her şeye rağmen düzenlemenin, 1086 Sayılı yasanın 179. maddesine göre, sistematik ve içerik olarak daha iyi bir düzenleme olduğu söylenmelidir.

KAYNAKÇA

- Bilen, T.: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul BD, Mart-Nisan 2012, İstanbul
- Büyükkılıç, G.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Şartları, İlk İtirazlar ve Dava Çeşitlerine İlişkin Hükümlerinin İş Hukuku Çerçevesinde İncelenmesi, Legal HD.2012 C10
- Çelik, Ç.A.: Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012
- Çelikoğlu, C.T.: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava ve Cevap Dilekçesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2011
- Çil, Ş./Kar, B.: 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yasasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012
- Ermenek, İ.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu Ankara 2011, Badur E. Editör
- Gönen, R.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Layihalar Teatisine Getirdiği Yenilikler ve Ön İnceleme Hükümleri, İstanbul BD, Mart-Nisan 2012, İstanbul
- Işıktaç, N.C.: <http://www.isiktac.av.tr/files/Dilek%C3%A7eler%20De%C4%9Fi%C5%9Fimi%20ve%20%C3%96ninceleme%20-%20N.Can%20Isiktac.pdf> (Erişim 03.08.2012)
- İnal, N.: Hukuk Yargılama Usulü Yasası, Ankara 2003
- Karahacıoğlu, A.H./Parlar, A.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012
- Karşlı, A.: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011
- Kılıç, H.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011
- Kılıçoğlu, M.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012
- Koca, G.: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile Usul Hukukumuzda Yapılan Değişiklikler ve Uygulamadaki Sorunlara Getirilen Çözümler, İstanbul BD, Mart-Nisan 2011, İstanbul
- Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001
- Kuru, B./Budak, A.C.: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/5/files/assets/downloads/publication.pdf> (Erişim 30.05.2012)
- Kuru/Arslan/Yılmaz,.: Medeni Usul Hukuku, 22. baskı Ders Kitabı, Ankara 2011

- Özekes, M.:<http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/13.pdf> (Erişim 30.05.2012) ve [http://www.izmirbarosu.org.tr /IzmirBaro/pdf/yayinlar/HMK-Brosur.pdf](http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/HMK-Brosur.pdf) (Erişim 03.08.2012)
- Pekcanitez/Atalay/Özekes, : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011
- Sarısözen, M.S.:<http://www.karadayi.av.tr/images/hmktbb.pdf> (Erişim30.05.2012) ve http://www.isatnbulbarosu.org.tr/proje/dergi/6/files/assets/downloads/barodergisi_20116.pdf (Erişim 03.08.2012)
- Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi
- Yılmaz, E.: <http://www.aydinbarosu.org.tr/dosyalar/hmkyenilikler.pdf> (Erişim 30.05.2012)
- Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012

LIMITED ŞİRKETTE ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİ

Av. Ramazan GÖNEN¹

A. Giriş

6102 sayılı TTK, anonim şirket hükümlerinde olduğu gibi limited şirket hükümlerinde de esaslı değişikliğe giderek limited şirketi yeniden düzenlemiştir.² 6762 sayılı eTTK' da Limited şirket 54 maddede düzenlenirken, TTK' da ise 72 maddede düzenlenmiştir. Limited şirketleri düzenleyen madde sayılarından da anlaşılacağı üzere TTK, eTTK' yı tadil etmenin ötesinde limited şirketleri yeniden düzenlemiştir.

Bu çalışmada, yeni limited şirket sisteminde sermaye payının devri işlenecektir. Ancak konunun daha iyi işlenebilmesi için öncelikle limited şirketin sermaye yapısına ilişkin yapılan değişikliklere kısaca değinilecek ardından eTTK' da sermaye payının devri hatırlatılacaktır. Yeri geldikçe de özellik arz eden hususlar ortaya konacaktır.

B. Sermaye Payına İlişkin Yenilikler

Limited şirket, sermaye ortaklığı olmasına rağmen şahıs şirketi niteliklerini de içermesi nedeniyle "karma" nitelikte bir şirket türüdür.³ Ancak yeni TTK' nın, limited şirketi anonim şirkete yaklaştırdığı söylenebilir.⁴ Zira anonim şirketlere ilişkin birçok hüküm ya doğrudan atıf yolu ile ya da anonim şirket hükümlerine paralel düzenlemeler yapmak suretiyle limited şirketler için de uygulanabilir hale gelmiştir.

Özellikle limited şirketin sermaye yapısında önemli değişiklikler yapılmıştır. Yeni kanun ile "bir ortak bir sermaye payı" ilkesi terkedilerek bir ortağın birden çok esas sermaye payına sahip olması mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla payın devredilebilmesi için artık bölünmesine gerek yoktur. Ayrıca ek ödeme ile yan edim yükümlülüğünün bir ya da birkaç paya özgülenmesi mümkündür.

1 İstanbul Barosu.

2 Bu değişikliklerden bazıları; tek kişilik limited şirket kurma imkanı getirilmesi, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin düzenlenmesi, sermaye paylarına ilişkin nama yazılı senet çıkarma imkanı getirilmesi ve özden yönetim ilkesi yerine seçilmiş yönetim ilkesinin benimsenmesidir.

3 Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı TTK' ya Göre Şirketler Hukuku Şerhi, s. 2025, n.1.

4 Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011, s. 333, no 18-01.

Belirtmek gerekir ki anonim şirketlerde, sermaye eşit paylara bölünebilirken limited şirketlerde ise sermaye payları eşit olmak zorunda değildir.

Yeni kanun, esas sermaye payının senede bağlanması imkânını da getirmiştir. Senede bağlama, ispat aracı⁵ şeklinde olabileceği gibi nama yazılı senede bağlama şeklinde de olabilir.

C. eTTK' ya Göre Sermaye Payının Devri

eTTK m. 520' ye göre, limited şirket sermaye payının devri için;

- Devir sözleşmesinin yazılı olması ve imzaların noterde onaylanması,
 - Ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bu ortakların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması,
- gerekmekteydi.

Bu şartlar kurucu nitelikte olup devre ilişkin şartların ağırlaştırılması mümkün iken kolaylaştırılması mümkün değildi. Eski kanunda, payın devrinin pay defterine kaydedilmesi ve devrin ticaret siciline tescil edilmesi gerekirdi ancak bu zorunluluk devir bakımından değildi.

Pay devrinin oylanması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Oy nisabında hem ortak hem de payın esas alınması devri zorlaştırmaktaydı.

Yine eTTK, ortağın şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye payının ayn türünde olması halinde, ortağın payını kuruluşun itibaren üç yıl boyunca devretmesini yasaklamaktaydı. Ancak eski kanunda da, devrin gerçekleşmesi için esas sözleşme değişikliğine gerek yoktu.⁶

D. 6100 Sayılı TTK' ya Göre Sermaye Payının Devri

- TTK' nın 595. maddesine göre; esas sermaye payının devri için;
- Yazılı şekil ve tarafların imzalarının noterce onaylanması,
- Ortaklar genel kurulunun devre salt çoğunluk ile onay vermesi,
- Devrin ticaret siciline tescili

gerekmektedir.

Yukarıdaki şartlardan yazılı şekil ve noterde imza onayı ile genel kurulun onayı zorunludur. Ancak ortaklar genel kurulunun onayı esas sözleşme hükmü ile zorunlu olmaktan çıkarılabilir. Ticaret siciline tescil ve pay defterine kayıt ise bildirici niteliktedir. Esas sözleşme ile devir şartlarının kolaylaştırılması ve zorlaştırılması da mümkündür.

Pay devrinde, devir ve onay işleminin sırası da sonucu etkilemektedir. Zira sermaye payının devir işlemindeki noter onayı, nisbi harca tabidir ve

⁵ Anonim şirket uygulamasındaki ilmühaber ile aynı işlevi görür.

⁶ İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 2004, s.1419.

devir sözleşmesinin genel kurulda onaylanmaması halinde harcın iadesi mümkün değildir. Bu nedenle, devir sözleşmesi imzalanmadan önce genel kuruldan ön izin almak suretiyle genel kurul onayının önceden alınmasının taraflar açısından pratik faydası bulunmaktadır. Nitekim eTTK döneminde, konu Yargıtay tarafından tartışılmış ve Yargıtay ilk kararlarında⁷ işlem sırasının emredici olduğuna hükmederken, sonraki kararlarında⁸ sıralama hükümlerinin emredici olmadığına karar vermiştir. Yeni kanunda, işlem sırasına ilişkin bir değişiklik yoktur. Ancak teoride işlem sırasının emredici olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur.⁹

1. Esas Sermaye Payının Devredilebilir Olması Ve Sınırlandırılması

Yeni TTK'nın limited şirkete ilişkin hükümleri genel olarak emredicidir. Yalnızca kanunun izin verdiği hallerde kanundan ayrılma imkânı vardır. Ancak limited şirket sermaye payının devrini düzenleyen 595. madde ise emredici değildir.

TTK m. 595' e göre; limited şirket sermaye payı devredilebilir niteliktedir. Ancak şirket sözleşmesi ile sermaye payının devri yasaklanabilir¹⁰ veya devir şartları ağırlaştırılabilir. Bunun gibi pay defterine kaydın da devir için zorunlu olduğu kararlaştırılabilir.

Kural olarak sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayı gerekmektedir. Ancak yasal bağlam olarak nitelendirilen¹¹ bu hüküm aksi yani devir için ortaklar genel kurulu onayının gerekmeyeceği esas sözleşmede düzenlenebilir. Yasal bağlam ile limited şirketin şahıs şirketi özelliği ve limited şirket paylarının ticaret konusu olmaktan korunmak istenmiştir.

2. Payın Devrine İlişkin Şartlar

2.1 Devrin Şekli

a. Yazılı Şekil

TTK m. 595, esas sermaye payının devri ile devir borcu doğuran işlemlerin yazılı şekle bağlı olduğunu düzenlemiştir. Devir borcunu doğuran işlemler ibaresi ile devir vaadi, ön sözleşme yada taahhütname gibi ön işlemler ile her türlü borçlandırıcı işlem kastedilmektedir.¹²

Uygulamada borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi çoğunlukla tek bir işlemle yapılmaktadır. Ancak sermaye payının devri sürecinde, hem borçlandırıcı işlem yapmayı zorunlu kılan ön sözleşme hem borçlandırıcı

7 Yargıtay 11. HD. 24.10.1980, E. 4627/K.4930.

8 Yargıtay 11. HD. 07.03.1981, E. 3080/K.1567.

9 Pulaşlı, s. 2041, no 50.

10 Devrin esas sözleşme ile yasaklanması halinde ortağın haklı sebeplerle şirketten çıkma hakkı bulunmaktadır. (md. 595/5)

11 Pulaşlı, s. 2033, no 28.

12 Bkz. Gerekçe, m. 595.

işlem hem de tasarruf işlemi yapılmış olabilir. İşte kanunun öngördüğü yazılı şekil, tüm bu aşamalarda var olmalıdır. Ancak borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin ayrı ayrı yapılması halinde tasarruf işleminin yazılı yapılmasının yeterli olacağı teoride kabul edilmektedir.¹³

Yazılı şekil kurucu niteliktedir. Bu nedenle şekle aykırılık halinde devir işlemi geçersizdir. Ortakların devre onay vermesi de sonucu değiştirmemektedir.

b. Noterin İmza Onayı

Sermaye payının devri için yazılı şekil yeterli değildir. Ayrıca devir sözleşmesindeki imzaların da noterde onaylanması gerekir. Mevzuat BK da ise, devir için yazılı şekil yeterli görülmemiş ve noterde imza onayı öngörülmemiştir. İmza onayı ile hem ispat kolaylığı ve güvenlik sağlamak hem de tarafları, devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yöneltmek amaçlanmıştır.¹⁴

eTTK m.520/5, “*payın devri ve devir vaadi hakkındaki mukavele yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterlikçe tasdik ettirilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmez*” hükmünü getirerek noter onayının geçerlik şartı olduğunu düzenlemekteydi.¹⁵ Ancak yeni kanunda yazılı şekil ve imza onayı belirtilmesine rağmen, şekle aykırılık halinde işlemin taraflar arasında geçerli olmayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Yazılı şekil ile birlikte imzaların noterde onaylanmasının geçerlilik koşulu olduğu,¹⁶ kanunu hazırlayan bilim komisyonunun başkanı olan Tekinalp tarafından ileri sürülmektedir.¹⁷ Ancak noter onayının bir geçerlilik şartı olmayacağı da ileri sürülmektedir.¹⁸

Ortada geçerli bir devir sözleşmesinin olması halinde ve aksi esas sözleşmede öngörülmemişse devrin ortaklar genel kurulunda onaylanması, pay defterine kaydedilmesi ve ticaret siciline tescil edilmesi için taraflar üzerinde hak ve borç doğmuş olur. Devir sözleşmesinin onaylanmaması yada devrin geçersiz olması nedeniyle tescil edilememesi halinde ise sebpsiz zenginleşme hükümlerine göre işlem yapılır.

13 Pulaşlı, s. 2034, no 32.

14 Bkz. Gerekçe, m. 595.

15 Doğanay, s. 1419.

16 Tekinalp, s. 372, no 21-17.

17 Abuzer Kendigelen ise, ticari işletmenin yazılı şekil ile devri mümkün kılınmış iken (TTK m. 11/3) devir sözleşmesindeki imzalar için noter onayı öngörülmesini tutarsız bulmaktadır. (Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk tespitler, İstanbul 2012, s. 502.)

18 Pulaşlı, s. 2036, n. 38, 39.

c. Sözleşmeye Eklenmesi Gereken Diğer kayıtlar

Devir sözleşmelerinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri, ağır-laştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmiş rekabet yasağı, ayrıca önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım, alım hakları ile cezai şarta ilişkin koşullar da yer almalıdır.

Bu kayıtların devir sözleşmesinde yer alma gerekçesi, tarafların sözleşmesel borçları düşünmeye sevk etmektir.

Devir sözleşmesinde söz konusu kayıtların yer almaması devir işlemini geçersiz kılmaz. Ancak devreden ve noter sorumluluğuna sebep olabilir.

2.2 Ortaklar Genel Kurulunun Devre Onay Vermesi

Esas sözleşmede aksi öngörülmemişse pay devrinin ortaklar genel kurulunda onaylanması gerekir. Onayın öngörüldüğü hallerde, devir sözleşmesinin tarafları, ortaklar genel kurulunun onayı için şirkete başvurması gerekir. Başvuru üzerine şirket müdürü, ortaklar genel kurulunu toplantıya çağırır. Bununla birlikte herhangi bir ortağın sözlü görüşme talebinin olmaması halinde, m. 617/4' e göre toplantı yapılmaksızın ortakların yazılı oy vermesi suretiyle payın devri önerisi karara bağlanabilir. Payını devreden ortak da devrin oylanacağı genel kurula katılabilir.

Şirket müdürünün genel kurulu toplantıya çağırması halinde, payını devreden ortak, esas sermayenin 1/10' una sahip olması durumunda anonim şirketlere ilişkin m. 414 vd. hükümlerine göre ortaklar genel kurulunu toplantıya çağırabilir.

Ancak her halde şirkete başvuru tarihinde itibaren üç ay içinde, genel kurul tarafından sermaye payının devri reddedilmez ise devre onay verilmiş sayılır. Bu hüküm ile onay talebine sessiz kalmak sureti ile onay sürecinin sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.¹⁹

Esas sözleşmede daha ağır bir nisabın öngörülmemesi halinde esas sermaye payının devrine onay verilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyu yeterlidir. Çünkü esas sermaye payının devri, esas sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelmediği gibi önemli sayılabilecek bir karar da değildir.²⁰

Esas sermaye payının kanuni geçişi olarak kabul edilen miras, mal rejimi ve icra yoluyla devri halinde, kanuni devir işlemi reddedilmeyen yeni pay sahibi, ortaklar genel kuruluna katılabilir. Zira TTK m. 596' ya göre, kanuni geçiş halinde, payın devri genel kurul onayı olmadan otomatik olarak geçer. Ancak şirketin kanuni geçiş halini öğrenmesinden itibaren üç ay içinde devri reddetme imkânı vardır. Ret halinde ise devir işlemi

19 Bkz. Gerekçe, m. 595.

20 Pulaşlı, s. 2040, no 47. Tekinalp, s. 373, no 21-19.

baştan itibaren geçersizdir. Ancak ret işlemine kadar geçen sürede alınan genel kurul kararları geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla kanuni devir işlemi reddedilen ortağın, ret tarihinden önce katıldığı genel kurullarda verdiği oylar geçerlidir.

Belirtmek gerekir ki, ortaklar genel kurulunun devre onay yetkisi, genel kurulunun devredilemeyen yetkilerindedir.

Ortaklar genel kurulun devri onaylama zorunluluğu yoktur. Ancak ortakların dürüstlük kuralına aykırı hareket etmemesi gerekir.²¹

Esas sermaye payının devri, ortaklar genel kurulunca reddedilmesi halinde, payını devreden ortak haklı sebeplerle şirketten çıkma talebinde bulunabilir.²² Hatta şartların oluşması halinde ortaklığın feshi dahi söz konusu olabilir.

2.3 Ticaret Siciline Tescil

Esas sermaye payının devri, ortaklar genel kurulunca onaylanırsa devir işlemi, şirket müdürü tarafından ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Ancak tescil işlemi kurucu değil bildirici niteliktedir.²³ Devir işleminin tescili, özellikle ortağın şirketin kamu borçlarından kaynaklanan sorumluluğu bakımından önemlidir. Zira 6183 Sayılı Kanun uyarınca, kamu alacaklarının şirketten ve şirket yöneticilerinden tahsil edilemediği hallerde limited şirket ortaklarının sermaye payı oranında sorumludur. Ancak Danıştay, ortağın sorumluluğunun bitiş tarihini, devir işleminin gerçekleştiği tarih değil ticaret siciline tescil edildiği tarih olarak kabul etmektedir.²⁴

Eğer şirket müdürü tarafından devir işlemi ticaret siciline 30 gün içinde bildirilmez ise payı devreden ortak adının sicilden terkini için, ticaret siciline başvurabilir. Bu halde ticaret sicili, şirkete, payın yeni malikinin ismini bildirmesi için süre verir. Ticaret sicilin talebine rağmen yeni pay sahibinin şirketçe bildirilmemesi halinde, genel hükümler uygulanır ve TTK m. 27 uyarınca tescil yapılabilir. Zira sicile tescili düzenleyen 598. madde, ihtarla rağmen gerekli bilgi ve belgelerin verilmemesi halinde ne gibi bir işlem yapılacağını düzenlememiştir. Ayrıca m. 33' e göre şirket müdürü hakkında idari para cezası uygulanır.

3. Pay Devrinin Esas Sözleşmeye Etkisi

eTTK, ortaklık payının devrinin esas sözleşme üzerindeki etkisini açıkça düzenlememekte ve bu konu tartışmalı idi. Ancak pay devri halin-

21 Pulaşlı, s. 2044, no 58.

22 Ret işleminin ortaklıktan çıkma hakkı vermesi, kötüye kullanılabilir niteliktedir. Zira esas sözleşmede devir yasağı öngörülmüş ise bu yolla yasağın delinme tehlikesi vardır.

23 Tekinalp, s. 373, no 21-21.

24 Bkz. Danıştay YDDK' nın 19.06.2009 tarih ve 2008/651 Esas 2009/312 Sayılı kararı.

de, esas sözleşme değişikliğine gerek olmadığı kabul edilmekteydi.²⁵ Yeni TTK da ise ticaret siciline tescil ve pay defterine kayıt için esas sözleşme değişikliğine gerek yoktur. Yalnızca devir işleminin ticaret siciline bildirilmesi ve devreden ortağın sicilden terkini yeterlidir.

4. Nama Yazılı Pay Senedi Çıkarılması Halinde Payın Devri

Yeni kanunda limited şirkete nama yazılı pay senedi çıkarma imkânı verilmiştir. Ancak yeni kanun, devir sözleşmesindeki imzanın noterde onaylanmasını zorunlu kıldığı için, nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfı olmayacaktır.^{26 27} Bu nedenle, nama yazılı pay senedi çıkarılmasının devir kolaylığı sağlaması mümkün değildir.

Bu hüküm teoride eleştirilmektedir. Zira mehz İsviçre BK' da yapılan 2008 değişikliği ile limited şirketlere nama yazılı pay senedi çıkarma imkânı getirilmiş ve pay devri için imzaların noterde onay şartı kaldırılmıştır. Böylece nama yazılı pay senedi, kıymetli evrak vasfı kazanmış ve ciro + teslim yoluyla limited şirket esas sermaye payının devri mümkün hale gelmiştir. TTK' da ise nama yazılı pay senedi ibaresi kullanılmasına rağmen imzaların noterde onay şartı kaldırılmadığı için, limited şirketin nama yazılı pay senedi, kıymetli evrak niteliğinde değildir. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde de ifade edilmiştir. Ancak nama yazılı pay senedinin anonim şirketlerde olduğu gibi kıymetli evrak niteliğinde olmadığı ve esas sermaye payının senet üzerinden devrinin mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir.

Ancak nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfında olduğu ve esas sözleşme hükmü ile genel kurul onayının kaldırılması halinde, ciro ve teslim ile esas sermaye payının devrinin mümkün olduğunu ileri sürerler de vardır.²⁸

5. Devrin Pay Defterine Kaydı

Limited şirket, TTK m. 594 gereği şirketin esas sermaye payını gösteren bir pay defteri tutmak zorundadır. Pay defterinde, ortaklara ve paylara ilişkin bilgiler ile pay geçişlerinin yazılması zorunludur. Pay defterini ortakların inceleyebileceği yeni kanun ile kabul edilmiştir.

Ancak pay devrinin gerçekleşebilmesi için devir işleminin pay defterine kaydı zorunlu değildir. Bu nedenle pay defterine kayıt kurucu değil bildiricidir. Zira pay devrini düzenleyen 595. madde, pay devrinin gerçekleşmesi için pay defterine kaydı aramamaktadır.

25 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2004, no 1665.

26 Pulaşlı, s. 2028, no 13.

27 Kendigelen, s. 499.

28 Tekinalp, s. 370, no 21-11.

Pay devrinin deftere kaydı, pay üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması için gereklidir. Zira pay üzerindeki rehin ve intifa hakları ile hak sahiplerine ilişkin bilgiler, pay defterine yazılmalıdır.

Pay defterine kayıt işlemini, şirket müdürünün re'sen yapması gerekir. Ancak yapmaması halinde, payı devredenle birlikte devralan, kaydın yapılmasını şirketten isteyebilir. Devir işlemine taraf olmayan ortakların kaydın yapılmasını talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş, diğer ortakların talep hakkının olmadığını ileri sürerken²⁹ aksi görüş ise diğer ortakların da talep hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Şirketin ortaklık durumuna ilişkin tartışmalar hem şirketi hem de diğer ortakları etkileyebilecektir. Ayrıca pay devrine onay vermiş olan ortakların, genel kurul kararının pay defterine kaydını talep etme hakları olması gerekir.

TTK m. 64/4 gereği, pay defteri de ticari defter olup açılış kapanış işlemlerine tabidir. Ayrıca TTK m. 65 gereği de elektronik ortamda tutulmaları mümkündür.

6. Limited Şirketin Kendi Paylarını İktisabı

Anonim şirketlere ilişkin hükümlere paralel olarak, limited şirketlerin belirli şartlarda kendi paylarını iktisap edebilmesi öngörülmüştür. Kural olarak şirket, serbestçe kullanabileceği öz kaynağa³⁰ sahip olması halinde esas sermayesinin %10' unu iktisap edebilir. Ancak bir ortağın çıkma ya da çıkarılması durumunda bu oran %20' ye çıkabilir.

Limited şirketlerin, kendi sermaye paylarını iktisap etmesi özel bir durumdur. Bu halde de, payın devri klasik usulde yapılmalı yani m. 595 şartlarına uyulmalıdır. Devir sözleşmesini ise şirket adına müdürlerin imzalaması gerekir. Pay devri için genel kurul onayı öngörülmüşse, genel kurulun onayı gerekir. Şirket, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda müdüre yetki verebilir. Ancak onay işlemi genel kurulun yapması gerekir. Devir işlemi pay defterine kaydedilerek ticaret siciline tescil edilir.

F. Sonuç

Sonuç olarak yeni TTK, limited şirket sistemini yeniden düzenlemiş ve sermaye payının geçiş işlemlerini önemli ölçüde değiştirmiştir.

Yeni TTK, anonim ve limited şirketlerde sözleşme serbestisini kaldırmıştır. Ancak kanun, limited şirketlerde yedek hükümlere fazla yer vererek şirket ortaklarına esneklik tanımak istemiştir. Esas sözleşme ile

29 ulaşlı, s. 2043, no 57.

30 Tekinalp, "Serbestçe kullanılacak öz kaynak" teriminden; hiçbir amaca özgülenmemiş, dağıtılmamış karlar ile genel kanuni yedek akçenin serbestçe kullanılacak kısmının anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Tekinalp, s. 376, no 21-30.

devrin kolaylaştırılması ve zorlaştırılması da bu kapsamda yer almaktadır. Bu durumun, limited şirketin kısmen şahıs şirketi özelliklerini haiz olmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TTK' nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinin mehazi, 2008 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun limited şirketlere ilişkin hükümleridir.³¹ Ancak gerek mehoz İsviçre BK' dan gerek eTTK' dan aynen alındığı ileri sürülen hükümlerde küçük değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ise, mehoz ve eTTK' dan farklı hükümler doğmasına sebep olmuştur.³² Ayrıca nama yazılı pay senedinin yetersiz iktisap nedeniyle karmaşaya yol açtığını vurgulamak gerekir.

KAYNAKÇA

- Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk tespitler, İstanbul 2012
- Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011
- İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 2004
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 2012
- Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2004
- Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011

31 Bkz. Genel gerekçe m. 144.

32 Örneğin, m. 594' ün gerekçesinde, eTTK m. 519' un tekrarı olduğu belirtilmiş ancak hem eski hükmün iki ve üç nolu fıkraları yeni metne alınmadığı gibi pay defteri hakkındaki birinci fıkraya bazı ekler yapılmış ve tamamen yeni bir düzenleme olan ikinci fıkra eklenmiştir.

MİRAS BIRAKANIN VERDİĞİ PARA İLE MAL KAZANDIRMA HALİNDE DENKLEŞTİRİCİ ADALET KURULLARINA GÖRE YAPILAN HESAPLAMA UYGULAMASINDAN YARGITAY'IN GERİ DÖNMESİ NEDENİYLE OLUŞAN DAVACI ZARARLARI NASIL GİDERİLECEKTİR?

Erdoğan GÖKÇE ¹

Dergimizin 6/2012 numaralı sayısında yayımlan yazımda¹. Hukuk Dairesinin verdiği 24.05.2011 gün ve 2011/148 – 6.103 Sayılı kararı ile (Miras bırakanın verdiği para ile mal kazandırma halinde kazandırılan malın, kazandırılma günündeki rayiç değerinin keşfen tespiti ile miras bırakanın ölüm gününe denkleştirici adalet kurallarına göre yapılacak hesaplarla taşınması uygulamasından dönülerek Medeni Kanun'un koyduğu ana kurala uygun olarak,bütün değerlendirme ve hesaplamaların ölüm günündeki rayiç değerlere göre yapılacağı) uygulaması getirildi.

Ancak bu uygulama ile ortaya bir başka önemli problem çıkmaktadır: Bilindiği gibi tenkis davaları davada uygulanan teferruatlı kurallar nedeniyle uzamaktadır.Bilirkişi olduğum davalarda şunu görüyorum : 30 yıl önce açılan davada ölüm günündeki değerler üzerinden hesap yapıldı.Davada 20 kadartaşınmaz kazandırıldığından yargılama uzamıştı.Yargıtay kararı 2006 yılında denkleştirici adalet kurallarına göre hesap yapılması gerektiği gerekçesi ile bozdu.Mahkeme bozmaya uydu.2006 yılından bu yana denkleştirici adalet kurallarına göre hesapları yapmaya çalışırken bu kere 1.Hukuk Dairesi doğruya döndü.

Bu kez ortaya önemli bir problem çıktı. Doğru olan, ölüm günündeki değerlere göre yapılan ilk hesaplamadan sonra seçimlik hak kullanılmış ve saklı paya el atıldığı belirlenip seçimlik hak 10 yıl önce kullanılmış ve seçimlik hakkın kullanılma gününe göre kazandırılan malların yeniden rayiç değerleri belirlenmiş ve bu değerlere göre karar verilmişti. Yargıtay kararı bozunca her şey başa dönmüştü. Bu kere yeni karara göre Mahkeme nasıl gidilecektir ?

¹ Fatih Emekli Hukuk Hakimi

İlk hesaplama ölüm günündeki değerlere göre, ikinci hesaplama seçimlik hakkın kullanılma gününe göre yapılmıştı. Bozma kararı ile başa dönüldü. Bozmaya uygun olarak tam karar verilecek iken, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin doğruya dönen kararı ile karşılaşıldı.

İlk karar 8 yıl önce verilmişti. Ancak seçimlik hak 10 yıl önce kaldırılmıştı. Aradan geçen 10 yıl içinde devam eden enflasyon nedeniyle kazandırılan malların değerleri artmıştı. Mahkeme 10 yıl önceki değerlere göre yapılan hesap sonucunda bulunan tutarın ödetilmesine karar verirse, mirastan dışlanan davacıların büyük zarara uğrayacakları açıktır.

Bu takdirde ne yapılmalıdır sorusu akla gelmektedir. Bana göre, 11.11.1994 gün ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ruhuna uygun olacağını düşündüğüm, seçimlik hak yeniden kullandırılmadan (seçimlik hak doğru zamanda kullandırılığında) Mahkemenin vereceği bir ara kararı ile (bu ara kararının verildiği tarihe göre, davalı tarafa kazandırılan malların değerlerini yeniden tespit ettirmesi ve bu değerlere göre karar vermesinin uygun olacağıdır.

Bilindiği gibi 11.11.1994 gün ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının amacı uzayan tenkis davalarında davacıları enflasyonun negatif etkilerinden korumak olduğu, bu kararda gerekçe olarak, yer almıştır.

Hukukumuzda böyle bir olayla ilk kere karşılaşmaktayız. Önerdiğim çözümün Medeni Kanun'un 1/2. maddesinde yer alan (Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, Hakimkendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir) kuralına uygun olacağı düşünüyoruz.

Bir dava Yeni Medeni Kanun'un yürürlük gününden önce açıldığında, Yeni M.K.'nın 464/2. maddesine göre (ödenek paranın karar tarihine taşıma hesabı) yapılamayacaktır. Bu da uygulamadaki değişiklikler nedeniyle zarara uğrayacağı muhakkak olan davacıların zararları, bir miktar da olsa karşılanabilecektir. Takdir önce Hakimlerimizin ve sonra Yargıtayındır.

YENİ TEŞVİK SİSTEMİ

Av. Hakan KARAKURT¹

GİRİŞ

Ekonomiye katkı sağlamak ve ticareti geliştirmek amacıyla çeşitli teşvik sistemleri düzenlenmektedir. Temmuz 2009-Mart 2012 tarihleri arasındaki Eski Teşvik Sistemi'nde Yeni Teşvik Sistemi'nden farklı olarak Stratejik Yatırımlar yoktu ve ayrıca yatırımlarda bölgeler dörde ayrılmıştı. Yeni Teşvik Sistemi'nde ise bölgeler altıya ayrılmıştır. Ayrıca Eski Teşvik Sistemi'nde destek unsurlarından sadece 4.bölgeye kadar olan bölgeler faydalanabiliyordu. Yatırım desteklerinin, üretimin, destek unsurlarının artması, bölgesel olarak daha fazla desteğe ihtiyaç duyulması, ticaretin ve ekonominin gelişmesi gibi nedenlerden dolayı yeni bir teşvik sistemine geçilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır.

2012/3305 Sayılı ve 19 Haziran 2012 Resmi Gazete Tarihli Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Karar ve 20 Haziran 2012 Resmi Gazete Tarihli Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Tebliği (Tebliğ No:2012/1) yeni teşvik sisteminin nasıl işleyeceğini belirtmiştir. Yeni teşvik sisteminde amaç istihdam ve üretimin artırılması, ekonomi ve ticaretin daha da geliştirilmesi, uluslararası rekabet gücünün artırılmasıdır. Bu nedenlerden dolayı yatırımcıya “**Yatırım Teşvik Belgesi**” verilmektedir.

Bu makalede, yürürlükteki mevzuatlar çerçevesinde teşvik kapsamında olan ve olmayan yatırımların neler olduğunu, teşvikten yararlanmak için gerekli olan şartları, teşvik sistemindeki destek unsurlarını, teşvikten yararlanmak için yapılan müracaat sürecini ve teşvik belgesinin kapatılmasını anlatacağım.

1. Teşvik Sisteminin Kapsamı ve Gerekli Şartlar

2012/3305 Sayılı Karar'a göre teşvik sistemi; bölgesel, büyük ölçekli ve stratejik yatırımların teşviki uygulamalarından oluşur.

A. BÜYÜK ÖLÇEKLİ YATIRIMLAR

Büyük ölçekli yatırımlarda yatırım konuları ve asgari sabit yatırım tutarları bellidir. Söz konusu yatırım konuları ve asgari sabit yatırım tu-

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

tarları dışında kalan yatırımlar büyük ölçekli yatırım olarak değerlendirilemez. Büyük ölçekli yatırımların neler olduğu ve gerekli olan asgari yatırım tutarları aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

BÜYÜK ÖLÇEKLİ YATIRIM KONULARI

Sıra No	Yatırım Konuları	Asgari Sabit Yatırım Tutarları (Milyon TL)
1	Rafine Edilmiş Petrol Ürünleri İmalatı	1000
2	Kimyasal Madde ve Ürünlerin İmalatı	200
3	Liman ve Liman Hizmetleri Yatırımları	200
4	Motorlu Kara Taşıtlarının İmalatı Yatırımları:	
	a) Motorlu Kara Taşıtları Ana Sanayi Yatırımları	200
	b) Motorlu Kara Taşıtları Yan Sanayi Yatırımları	50
5	Demiryolu ve Tramvay Lokomotifleri ve/veya Vagon İmalatı Yatırımları	50
6	Transit Boru Hattıyla Taşımacılık Hizmetleri Yatırımları	
7	Elektronik Sanayi Yatırımları	
8	Tıbbi Alet, Hassas ve Optik Aletler İmalatı Yatırımları	
9	İlaç Üretimi Yatırımları	
10	Hava ve Uzay Taşıtları ve/veya Parçaları İmalatı Yatırımları	
11	Makine (Elektrikli Makine ve Cihazlar Dahil) İmalatı Yatırımları	
12	Metal Üretimine Yönelik Yatırımlar: [Maden Kanununda belirtilen IV/c grubu metalik madenlerin cevher ve/veya konsantresinden nihai metal üretime yönelik yatırımlar (bu tesislere entegre madencilik yatırımları dahil)]	

B. BÖLGESEL YATIRIMLAR

Eski teşvik sisteminde bölgeler dörde ayrılmışken, yeni teşvik sisteminde yatırım bölgeleri altıya ayrılmıştır. Bölgeler aşağıdaki tabloda düzenlenmiştir.

YATIRIM TEŞVİK UYGULAMALARINDA BÖLGELER²

1. Bölge	2. Bölge	3. Bölge	4. Bölge	5. Bölge	6. Bölge
Ankara	Adana	Balıkesir	A.Karahisar	Adıyaman	Ağrı
Antalya	Aydın	Bilecik	Amasya	Aksaray	Ardahan
Bursa	Bolu	Burdur	Artvin	Bayburt	Batman
Eskişehir	Çanakkale (Bozcaada ve Gökçeada İlçeleri Hariç)	Gaziantep	Bartın	Çankırı	Bingöl
İstanbul	Denizli	Karabük	Çorum	Erzurum	Bitlis
İzmir	Edirne	Karaman	Düzce	Giresun	Diyarbakır
Kocaeli	Isparta	Manisa	Elazığ	Gümüşhane	Hakkari
Muğla	Kayseri	Mersin	Erzincan	K.Maraş	Iğdır
	Kırklareli	Samsun	Hatay	Kilis	Kars
	Konya	Trabzon	Kastamonu	Niğde	Mardin
	Sakarya	Uşak	Kırıkkale	Ordu	Muş
	Tekirdağ	Zonguldak	Kırşehir	Osmaniye	Siirt
	Yalova		Kütahya	Sinop	Şanlıurfa

2 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120619-1.htm> EK-1

			Malatya	Tokat	Şırnak
			Nevşehir	Tunceli	Van
			Rize	Yozgat	Bozcaada ve Gökçeada İlçeleri
			Sivas		

C. STRATEJİK YATIRIMLAR

2012/3305 Sayılı Karar'ın 8.maddesine göre bir yatırımın stratejik yatırım olarak sayılabilmesi için **asgari yatırım tutarının 50 Milyon TL'nin üstünde olması, asgari %40 katma değer üretmesi, yatırım konusu ürünün toplam üretim kapasitesinin ithalattan az olması, yatırım konusu ürün üzerinde son 1 yılda gerçekleşen toplam ithalat tutarının 50 Milyon Amerikan Dolarının üstünde olması gereklidir.**

2. Teşviki Belirli Şartlara Bağlı veya Teşvik Edilmeyecek Yatırım Konuları

Bazı yatırım konuları vardır ki söz konusu yatırım konularının teşviki belirli şartlara bağlıdır veya teşvike konu olamayacak yatırımlardır.

A. TEŞVİKİ BELİRLİ ŞARTLARA BAĞLI YATIRIM KONULARI ³

I. TARIM VE TARIMSAL SANAYİ

Bu alanda süt yönlü, et yönlü ve et/süt yönlü büyükbaş entegre yatırımlarında asgari 150 büyükbaş hayvan; kanatlı entegre yatırımlarında 100.000 küçükbaş hayvan; süt ve et yönlü küçükbaş entegre yatırımlarında ise 1.000 küçükbaş hayvan şartı aranır.

II. İMALAT SANAYİ

İmalat sanayi alanında; düz örme konusunda yapılacak yatırımlarda toplam makine sayısının asgari 60 olması şartı, hazır beton yatırımlarında ise asgari 100 metre³/saat şartı aranmaktadır.

III. HİZMETLER SEKTÖRÜ

Boru hattıyla taşımacılık, petrol ve doğalgaz ürünleri, dolmuş ve depolama tesisleri yatırımlarında dağıtım araçları ve tüpler hariç, sadece sabit tesise yönelik harcama şartı aranmaktadır. Kültür ve turizm belgesine haiz konaklama içermeyen yatırımlar için teşvik belgesi düzenlenebilir.

3 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120619-1.htm> EK-4

Kültür veya turizm belgesine haiz fuar, kongre, sergi ve gösteri merkezleri için 5000 metre² alan, kongre merkezleri için asgari 1000 koltuk sayısı, gösteri merkezleri için ise asgari 2500 koltuk sayısı şartı aranmaktadır. Spor tesisi yatırımlarında asgari 10 Milyon TL, çamaşır yıkama ve kurutma yatırımlarında ise asgari 2 Milyon TL sabit yatırım şartı aranmaktadır. Havayolu ve kargo taşımacılığında ise uçaklarda birim başına asgari 50 koltuk, kargo uçaklarında ise asgari 30.000 kg kargo kapasitesi şartı aranmaktadır. Vinç hizmetleri için vinç başına 100 ton kaldırma kapasitesi şartı aranırken, yat inşaa yatırımlarında ise yat boyunun asgari 24 metre olması şartı aranır.

B. TEŞVİK EDİLMEMEYEN YATIRIMLAR ⁴

I. TARIM VE TARIMSAL SANAYİ

- Un, irmik, nişasta ve nişasta bazlı şeker, küp şeker yatırımı,
- Dışarıya yemek hizmeti sunan işletmeler, (hazır yemek)
- 5 dekarın altındaki seracılık yatırımları,
- Bitkisel üretim, (5 dekar ve üstü seracılık yatırımları, kültür mantarı yetiştiriciliği ve entegre hayvancılık yatırımları içerisindeki yem bitkileri yetiştiriciliği hariç)
- Bölgesel uygulamalar kapsamında teşvik edilecek entegre hayvancılık yatırımları ve şartlı desteklenecek hayvancılık yatırımları dışındaki hayvancılık yatırımları,
- 5 ton/gün ve altında üretim kapasitesine sahip süt işleme yatırımları.

II. İMALAT, ENERJİ VE MADENCİLİK YATIRIMLARI

- Tuğla ve kiremit üretimine yönelik modernizasyon cinsi dışındaki yatırımlar ve pamuk işleme yatırımları,
- İplik ve dokuma (yün ipliği, 15 Milyon Türk Lirasının üzerindeki iplik yatırımları, 5 Milyon Türk Lirasının üzerindeki dokuma yatırımları, akıllı ve çok fonksiyonlu teknik tekstil, halı, tafting, dokunmamış/örülmemiş kumaş ve çuval üretimine yönelik yatırımlar hariç) konularında modernizasyon yatırımları dışındaki yatırımlar,
- Doğalgaza dayalı elektrik üretimi yatırımları,
- Rödovans sözleşmesine istinaden gerçekleştirilecek madencilik yatırımları, (Kamu kurum ve kuruluşları veya bunların doğrudan

4 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120619-1.htm> EK-4

iştirakleri ile yapılan anlaşmalara istinaden kamuya ait maden sahalarında yapılan madencilik yatırımları bu kapsamda değerlendirilmez.)

- Kömür istihracına yönelik yatırımlar, (Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun uluslararası kodifikasyon sistemine göre “düşük C” kategorisinde yer alan kömürler hariç.) Demir çelik ürünlerinin üretimine yönelik yatırımlar (Ancak, bu üretim konularında aşağıdaki kriterleri birlikte sağlayan işletmeler sadece genel teşvik sisteminden desteklenebilir.
 - a. Ortaklık yapısındaki bir veya birden fazla tüzel kişinin veya kamu kurum ve kuruluşunun hisseleri toplamının %25 veya daha fazla olmaması,
 - b. Başka bir işletmenin sermayesinin %25 veya daha fazlasına sahip olmaması,
 - c. Çalışan sayısı yıllık 250 kişiden az olması,
 - d. Yıllık net satış hasılatı 50 milyon Avro veya mali bilançosu değeri 43 milyon Avro karşılığı Türk Lirasını aşmaması.

Sentetik elyaf veya sentetik ipliğin ekstrüzyon yöntemiyle üretimine yönelik modernizasyon cinsi dışındaki yatırımlar. (Ancak, söz konusu modernizasyon yatırımları ile 7. maddede belirtilen kriterleri birlikte sağlayan işletmelerin sentetik elyaf veya sentetik ipliğin ekstrüzyon yöntemiyle üretimine yönelik yatırımları sadece genel teşvik sisteminden desteklenebilir.)

III. HİZMETLER SEKTÖRÜ

- İlkokul, ortaokul, lise, yüksekokul, üniversite, yükseköğretim ve teknik ve mesleki öğretim dışında kalan eğitim yatırımları ile yetiştirkinlerin eğitilmesine yönelik yatırımlar. Hastane yatırımları, tıp merkezleri, diyaliz merkezleri, tahlil laboratuvarları ve manyetik görüntüleme merkezleri dışında kalan sağlık yatırımları,
- Turizm yatırım/işletme belgeli oteller, butik oteller, tatil köyleri, özel konaklama ve dağ/yayla evleri dışında kalan turizm konaklama tesisleri,
- Ülke genelinde yayım yapan günlük gazete basım hizmetleri, televizyon/radyo yayıncılığı ve baskı, basım, matbaa ve ambalaj yatırımları dışındaki basım ve yayın yatırımları,
- Sinema salonu yatırımları,
- Müteahhitlik hizmetleri ve konut üretimine yönelik yatırımlar,

- Yolcu ve yük taşımacılığına yönelik otobüs ile çekici ve treyler yatırımları, (Belediyelerin yapacakları yatırımlar hariç).
- Hipermarket, ticaret merkezi, alışveriş merkezi ve otopark yatırımları dâhil toptan ve perakende ticarete yönelik yatırımlar,
- Kara taşıtları bakım, onarım ve servis istasyonu yatırımları,
- Petrol ürünleri (LPG dâhil) dağıtım yatırımları, akaryakıt istasyonu yatırımları,
- Karayolları dinlenme tesisi yatırımları, mola noktaları,
- Lokantalar, kafeteryalar, eğlence yerleri, günübirlik tesisler, termal kür tesisleri, sağlıklı yaşam tesisleri, yüzme havuzları,
- Yat ithali yatırımları,
- Taşıt kiralama yatırımları,
- Halı yıkama yatırımları,
- Gayrimenkul kiralama ve iş faaliyetleri, (Yazılım, AR-GE faaliyetleri, veri tabanı faaliyetleri, veri işleme, teknik test ve analiz faaliyetleri, ambalajlama faaliyetleri ile gösteri, sergi ve kongre faaliyetleri hariç.)
- Finansal kiralama faaliyetleri hariç olmak üzere mali aracı kuruluşların yatırımları,
- Kapalı alanı 500 m²'nin altında olan soğuk hava deposu yatırımları,
- Komple yeni ve tevsi niteliğindeki tersane yatırımları.

3. Teşvik Sisteminde Destek Unsurları

2012/3305 Sayılı Karar'ın 4. maddesinde destek unsurları belirtilmiştir. Bu maddeye göre bölgesel, büyük ölçekli ve stratejik yatırımlarda **gümrük vergisi muafiyeti, KDV istisnası, gelir vergisi stopajı desteği ve sigorta primi işveren hissesi desteği** gibi destek unsurları uygulanmaktadır.

Aynı maddeye göre bölgesel teşvik uygulamalarında ise yukarıda belirtmiş olduğum destek unsurlarının dışında **yatırım yeri tahsisi, faiz desteği, vergi indirimi ve sigorta prim desteği** de verilmektedir.

Büyük ölçekli yatırımlarda ise bölgesel teşvik uygulamalarında verilen desteklerden faiz desteği dışındaki tüm destek unsurları yer almaktadır. (**Gümrük vergisi muafiyeti, KDV istisnası, vergi indirimi, sigorta primi**

işveren hisse desteği, yatırım yeri tahsisi, gelir vergisi stopajı desteği, sigorta primi desteği)

Stratejik yatırımlardaki destek unsurları ise büyük ölçekli yatırımlardaki desteklerle aynı olmakla birlikte ayrıca **faiz desteği** ve **KDV iadesi** destek unsurlarına sahiptir.

4. Teşvikte Müracaat Süreci

A. MÜRACAAT YERİ

Teşvik belgesi başvurusunda bulunulması için öncelikle şirketin kurulması gereklidir. Kuruluş aşaması gerçekleşmeden yapılan müracaatlar değerlendirmeye alınmamaktadır. Yatırım teşvik belgesi alabilmek için önce müracaat yapılması, daha sonra ise yatırım yapılması gerekmektedir.

Müracaat Ekonomi Bakanlığı'na yapılmaktadır. (**Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü**)

Ayrıca, genel teşvik uygulamaları kapsamında yer alan, sabit yatırım tutarı 10 milyon TL'yi aşmayan ve yerel birimlerce teşvik belgesi düzenlenebilecek sektör ve konular için, firmanın tercihine bağlı olarak, yatırımın yapılacağı yerdeki yerel birimlere de müracaat edilebilir. Yerel birimler ile valilikler, odalar, bankalar, yeminli mali müşavirler gibi görev verilen kurum ve kuruluşlar, Karar ve Tebliğ'in uygulamasına yönelik olarak yapmış oldukları işlemlerden sorumlu olacaktır.

B. BAŞVURU HARCİ

2012/3305 Sayılı Karar'ın 6.maddesine göre müracaatın Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne yapılması halinde Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi hesabına **400 TL**; yerel birimlere yapılması halinde ise Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi hesabına **300 TL**, yerel birim hesabına ise **100 TL** yatırılır.

C. MÜRACAAT İÇİN GEREKLİ BELGELER

2012/1 Nolu Tebliğ'in 6. maddesinde teşvik belgesi müracaatında gerekli belgeler sayılmıştır. Bu maddeye göre gerekli belgeler şunlardır:

- İmzalı müracaat dilekçesi,
- İmza beyannamesi ve imza sirküleri,
- İmzalı ve kaşeli yatırım bilgi formu ve taahhütname ile makine ve teçhizat listeleri,

- Başvuru harcının yatırıldığını gösteren belge,
- Firmanın ortaklık yapısı, sermaye miktarı ve son faaliyet konumunu gösteren Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi aslı veya noterden tasdikli örneği,
- 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre muaccel olmuş herhangi bir prim ve idari para cezası olmadığına dair Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yazı,
- “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı” şartı aranan yatırım konuları için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan alınan karar veya yazı,
- Yatırımın karakteristiğine bağlı olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşlardan alınması gereken bilgi ve belgeler,
- Stratejik yatırımlar için yatırım konusu ile ilgili sektörel, mali ve teknik analizler ve stratejik yatırım şartlarının taşındığını gösteren bilgi ve belgeler,
- Yatırımın sektörüne, büyüklüğüne veya teşvik uygulamalarına bağlı olarak Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nce talep edilebilecek bilgi ve belgeler.

Ç. MÜRACAATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Teşvik belgesi talep edilen yatırım projelerinin, ekonomik, arz-talep dengesi, teknik ve mali açıdan yapılacak değerlendirmeler ve ilgili kurum ve kuruluşların da olumlu görüş vermesi halinde yatırım teşvik belgesiyle birlikte ithal yerli makine ve teçhizat listeleri de Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nce onaylanır. İlgili bu kıstaslar 2012/1 Nolu Tebliğ'in 7.maddesinde ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Müracaatlar iki ay içerisinde sonuçlanmaktadır.

Ayrıca, tebliğın 7. maddesine göre yatırım bilgi formlarında eksik veya çelişkili bilgiler yer alması halinde yatırımcının müracaatı değerlendirilmeye tabi tutulmaz. Söz konusu çelişkili veya eksik bilgiler yatırım teşvik belgesi verildikten sonra öğrenilirse, verilen teşvik belgesi Genel Müdürlük tarafından iptal ettirilebilir.

D. TEŞVİK BELGESİNİN SÜRESİ

Yatırım Teşvik Belgesi iki yıl için verilir. Ancak, yatırımın tamamlanmadığı takdirde bir defa olmak üzere bir yıllığına uzatılabilir.

Yatırıma başlanıldığının kabul edilmesi için, yatırımın büyüklüğü ve

yatırım süresi ile uyumlu olarak altyapının hazırlanması, inşaat yapma, akreditif açılması gibi harcamaların makul ölçüde yapılması şarttır.

E. YATIRIM TEŞVİK BELGESİNİN KAPATILMASI⁵

Yatırımın tamamlanmış olması, yararlanılan devlet desteklerinin hedefine ulaşması demektir. Yatırımcı, kapatma başvurusu yaptığı zaman, yatırımın gerçekleştiği müsteşarlık tarafından yerinde görülerek yatırımcıya tamamlama vizesi verilir.

1. Kapatma Başvuru Süresi: Yatırım teşvik belgesinde öngörülen süre veya ek süre bitimini izleyen **altı ay (6)** içinde tamamlama vizesi için Müsteşarlığa başvurulması zorunludur. Bu süre içerisinde müracaat edilmemesi halinde Müsteşarlık **tamamlama vizesi** işlemlerini **"Re'sen"** başlatarak belgeyi iptal edebilir.

2. Tamamlama vizesi, Ekspertiz işlemlerinin Müsteşarlık veya Müsteşarlık tarafından görevlendirilen valilikçe yapılması halinde, görevlendirilen mercinin kadrolu elemanlarından oluşan **2 eksper** ile yatırımcı tarafından tayin edilecek **yeminli mali müşavirin** yapacakları inceleme sonucunda müştereken düzenlenecek rapora istinaden ilgili mercice de verilebilir.

3. Fon veya Bütçe kaynaklı kredi veya faiz desteğini içeren yatırım teşvik belgelerinin tamamlama vizesi işlemleri, ekspertiz raporunun ilgili mercii tarafından Müsteşarlığa gönderilmesini takiben Müsteşarlık tarafından yapılır.

5 <http://www.yatirimtesvikbelgesi.net/index.php/yatirim-tesvik-uzatma-ve-kapatma>

AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLARIN VERMİŞ OLDUKLARI ZARARLARDAN SORUMLULUK

Av. Halis YAŞAR¹

A-HAK VE FİİL EHLİYETİ

Hak ehliyeti 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 8.maddesinde şöyle düzenlenmiştir. “ Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmak ile eşittirler.” Burada dikkat edilirse hak ehliyetine sahip olma ve kullanma noktasında iki ilke getirilmiştir. Öncelik ile hak ehliyetinin herkes için geçerli olmasını öngören genellik ilkesi ve kişiler arasında da eşit olarak kullanılmasını öngören eşitlik ilkesi zikredilmiştir. Bu neden ile hak ehliyetinde genellik ve eşitlik ilkesi mevcuttur denilebilir.² Hak ehliyetine sahip olmayı Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesi düzenlemiştir. “Kişilik çocuğun sağ olarak tamamı ile doğduğu anda başlar ve ölüm ile sona erer. Çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” Burada hak ehliyetinin kişilik başlangıcı ile oluştuğunu ve kişinin sağ ve tam olarak doğmak kaydı ile hak ehliyetine hak kazandığını kural olarak yasa koyucu ortaya koymuştur. Ancak daha sonra bu kuralın istisnasını kişi lehine geliştirerek çocuğun sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştüğü anda hak ehliyetine sahip olabileceğini düzenlemiştir. Buradaki istisna uygulamada çok önemli olup mirasa hak kazanmada, destekten yoksun kalma şeklindeki maddi tazminat ve manevi tazminatın talep edilmesine kadar birçok konu ve davada karşımıza çıkabilmektedir.

Fiil ehliyeti daha çok hak ehliyetinin oluşan platformunda olan hakları kullanabilme ehliyeti olarak da anlaşılabilir. Nitekim kanuni düzenleme hak ehliyetinin genelliği ve eşitliğini ortaya koyduktan sonra fiil ehliyetini de karine olarak kabul etmiştir. Bu neden ile kanun koyucu fiil ehliyetinin engellerini ortaya koyarak olumsuz koşullarını ortaya koyarak bir

1 Ağrı Barosu Avukatlarından

2 ÖZTAN Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları sh.218, AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut KARAMAN Derya Ateş- Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 sh.271-272

tanımlamadan kaçınmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde fiil ehliyeti şöyle ifade edilmiştir. “*Ayirt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*” Fiil ehliyetinin engelleri olarak ayirt etme gücünün olmayışı, engin olmama ve kısıtlılık olarak saymıştır. Yine kanun koyucu aynı kanunun 9.maddesinde fiil ehliyetine sahip olmanın sonuçlarını düzenlemiş ve şöyle hükme bağlamıştır. “*Fiil ehliyetine sahip olan kişi kendi fiilleri ile hak edinebilir ve borç altına girebilir.*” Başka bir deyim ile fiil ehliyetine sahip olan hak ehliyetinin tam tasarrufçusudur. Bu alanda hak ve borç yaratma iktidarı sahipliği doğmaktadır.³

B-ÖZEL OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUNLUK HALİ

Kanun koyucu fiil ehliyetinin engellerini ortaya koyarak olumsuz koşullarını ortaya koyarak bir tanımlamadan kaçınmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde fiil ehliyeti şöyle ifade edilmiştir. “*Ayirt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*” Fiil ehliyetinin engelleri olarak ayirt etme gücünün olmayışı, engin olma ve kısıtlılık olarak saymıştır.

Özel olarak ayirt etme gücünden yoksunluk hali de kanunda olumsuz örnekler ile ortaya konulmuş ancak belir bir tanımı tam olarak vermemek ile birlikte kanuni düzenlemeden bir tanımına ulaşmak mümkündür. Türk Medeni Kanunun 13.maddesi ayirt etme gücünü şöyle düzenlemiştir. “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayirt etme gücüne sahiptir.*” Dikkat edilirse kanun koyucu bir vurgu yapmış *akla uygun biçimde davranma yeteneğini* esas almış ve bu yeteneği ortadan kaldıran halleri örnek babında saymıştır. Bu örneklerle yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk olarak sayılmıştır. Ancak sayılanlar örnek babında olup tahdidi değildir. Bu husus da *bunlara benzer sebepler* deyiminden anlaşılmaktadır.

Ayirt etme gücünden yoksun olanları tarifini yaparken bazı halleri kanun saymıştır. Ancak örnek olarak sunulanın dışında olan sebepler de vardır. Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, hipnoz gibi yöntemler de söylenebilmektedir. Nitekim somut olayda bu durum takdir edilecektir.

Ayirt etme (temyiz kudreti) kavramı nispi bir kavramdır. Bu neden ile hâkim temyiz kudretini tespit ederken her olayın şartlarını göz önüne alarak karar vermelidir. Temyiz kudreti söz konusu hareketin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Keza temyiz kudretinin varlığı adi bir karine olarak (kanuni karine) kabul edilir. Bu husus kanunda zikredilmemiş ise de

3 AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut KARAMAN Derya Ateş- Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 sh.282

genel hayat tecrübelerinden çıkarılmaktadır. Ayrıca Medeni Kanun'un 13. maddesinde mümeyyizliği ortadan kaldıran sebepler arasında sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden birisi MK anlamında çocuk olarak kabul edilen kişilerin de temyiz kudretleri ortadan kalkabilir. Kişinin belirli bir eylem veya işlemi yaparken mümeyyiz olup olmadığını belirleme görevi hâkime aittir. Hâkim temyiz kudretini tespit ederken bilirkişiye başvurabilir. Özellik ile akıl hastalığı akıl zayıflığını tespit etmek için hâkimin bir hekime veya hastaneye başvurmasını ve dolayısı la da tıp bilimin verilerinden yararlanmasını zorunlu kılar. Ancak temyiz kudretinin varlığına veya yokluğuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise iddia eden iddiasını ispat emelidir.^{4 5}

Temyiz kudreti kusur ehliyetinin olmazsa olmazıdır. Kusur sorumluluğunda kusur sorumluluğun kurucu unsurudur. Bir kişinin haksız fiil ehliyetine sahip olması için onun kusurlu olarak davranabilme yeteneğine sahip olması gerekir. Kusurlu davranabilme yeteneği ancak temyiz kudretini haiz kimselere mahsus bir özelliktir. Kusur ehliyeti de görecelidir. Ehliyetsizliğin var olup olmadığı; küçüğün yetiştiği sosyal ortam, kültür derecesi, ebeveynin eğitim derecesi gibi faktörlere göre değişiklik gösterir. Bir dağ köyünde büyümüş, hayatında otomobil görmemiş 10 yaşındaki bir çocuğun bir trafik kusur ehliyeti ile büyük şehirde yaşayan bir aynı yaştaki bir çocuğun kusur ehliyeti aynı değildir.^{6 7}

Gerçek kişilerde sorumluluk ehliyeti ve isnat kabiliyetinin şartı bu kişinin zarar sürecini başlatan eylemi ve eylemsizliği sırasında mümeyyiz (sezgin) olmasıdır. Kusur aranmayan sorumluluk borç ilişkisinde bu şart gerekli değildir.⁸

C-AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUNLUK SEBEPLERİ

1-YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Ayirt etme gücü ile kanuni bir yaş sınırı kanunda yoktur.⁹ Burada kıstas üst yaş olarak erginlik olma yaşı artık kanuni üst olarak sınır kabul edilmelidir. Erginlik yaşı 18 yaşın ikmalî ile olur. (Türk Medeni Kanunu 11.maddesi) Hukuken erginlik yaşının ikmaline kadar herkes ço-

4 RBK Ömer Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk sh.47 48

5 AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut-KARAMAN Derya Ateş Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 sh.289

6 ORHUNÖZ Ergun Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar sh.193-194

7 ARBEK Ömer Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk sh.46

8 HATEMİ Hüseyin Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku sh.65

9 AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut-KARAMAN Derya Ateş Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 sh.290

cuk kabul edilir. Ayırt etme gücünün temel kriteri akla uygun biçimde davranma yeteneği olduğu için ve ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması ve hakimın takdirinde olması nedeni ile çocuklarda bu yaşın tespitinde en temel kriter akla uygun davranabilme yeteneğidir. Bu yeteneğin tespit edildiği ve kanaat edildiği yaş ayırt etme gücünün var olduğu veya olmadığı yaş olarak kabul edilecektir. Bu neden ile kanunda yaş kriteri yoktur. Zira Türk Medeni Kanun'un 16. maddesinde yaş düzenlemesi yapılmadığı halde temel kriterin ayırt etme gücü olduğuna dair şöyle bir düzenleme vardır. *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.”* Aynı mantık Türk Ceza Kanunu sistematığında de vardır. Zira Türk Ceza Kanun'un 31. maddesindeki yaş gruplarında 12–15 yaş arası grupta ceza sorumluluğu için failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması koşuluna bağlanmıştır. Aynı yasada 15-18 arası yaş grubu içinde olan çocuklar için ise inceltilmiş ehliyet kabul edilmiştir. Zira burada ayırt etme gücü kusur sorumluluğu kabul edilmiş ancak bu cezadan da indirim sebebi olarak da kabul edilmiştir. Ceza Kanununda sorumluluk sistemi tazminat hukuku sistemi ile bağdaşmaz. Nitekim Eski Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereği haksız fiil failinin temyiz kudretine haiz bulunup bulunmadığına ilişkin kriterler noktasında hukuk hâkimin ceza mahkemesi kararı ile bağlı değildir demiştir. Ancak buna rağmen iki kanunda da aranan temel kıstas akla uygun biçimde davranma yeteneğidir. Tazminat hukuku anlamında kanunda yaş küçüklüğü nedeni ile 18 yaşın altı için ayırt etme gücü ile net bir yaş sınırı konulmamıştır. Çocukların tamamı yaşının küçüklüğü nedeni ile gayri mümeyyiz sayılmazlar.¹⁰ 18 yaşın altı olan her çocuk için somut olay değerlendirmesi yapılacaktır. Bu nedenle her somut olayda hâkim değerlendirmesini yapacak ve takdirini kullanacaktır. Yargıtay verdiği kararları ile kesin bir yaş ölçütünden kaçmakta somut olayın özelliğini değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Aynı şekilde ceza hukuku sorumluluk kıstasından ayrı tazminat hukuku sorumluluk kıstaslarını esas almaktadır. Buna örnek bir kararı şu şekilde olmuştur. *“Ölümü meydana getiren Hasan'ın olay tarihinde 16 yaşında medeni hakları kullanmaya ehil olmayan küçük olduğu çekişmesizdir. Yasal gözetim ve özen ödevinin yerine getirilmemesine dayanan bir sebep*

10 ARBEK Ömer- Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk sh.45

sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) halinin söz konusu olduğu MK.320. maddesinde ev reisinin riyaseti altında bulunan küçüğün yaptığı zararlarından sorumlu olacağı kabul edilmiştir. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesininin 14.02.1980 gün 1979/12969 Esas ve 1980/1869 Karar Sayılı kararı)¹¹

2-AKIL HASTALIĞI

Ayırt etme gücünden yoksunluk halinin en tipik ve ilk el şekli akıl hastalığıdır. Bu neden yaş küçüklüğünden bağımsızdır. Akıl hastalıkları akli ve ruhi melekelerdeki bozukluk ve arazlardır. Burada konumuz itibari ile hangi hastalığın akıl hastalığı olduğu ve hangi hastalığın ayırt etme gücünün yoksunluk hali olduğu hususunda hâkim tıp verilerine ve tıbbi bilirkişi raporuna bakacaktır. Çünkü konu itibari ile hâkimlik mesleğinin gerekli kıldığı bilginin dışında özel ve teknik bir konudur. Aynı zamanda bu husus HMK ilgili hükmü gereği bilirkişiye gidilmesini gerekli kılan bir haldir.

Akıl hastalıklarının irdelenmesinde iki husus çok önemlidir. İlk akıl hastalığı sebebi ile ayırt etme gücünün yoksunluğu zarar verme anında olmalıdır. Örneğin sara hastaları normal yaşamlarında normal günlük faaliyetlerini yerine getirirler. Ancak nöbet döneminde ise ayırt etme güçlerini yitirebilirler. Bu neden ile sara nöbetinin ayırt etme gücüne etkisi adli raporlarla aydınlanmalıdır. Zira ortak kabul edilen kanaate göre sara hastaları nöbet dönemleri olmadığı dönemde tam ehliyetli olarak ayırt etme gücünün sahibi olarak kabul edilir. İkinci olarak akıl hastalığının haksız fiil ile irtibatı da önemlidir. Örneğin kleptomani hastalığı bir akıl hastalığı olarak kabul edilir. Bu hastalar çalma hastalığı ile maluldür. Bu hastalar çalma eylemi yönünde derecesine göre ayırt etme gücünden yoksun kabul edilir. Ancak kleptomanlar diğer haksız eylemler yönünden tam ehliyetli olup ayırt etme güçlerinden bir problem yoktur.

3-AKIL ZAYIFLIĞI

Akıl zayıflığı akıl hastalığı olarak kabul edilmez. Akıl zayıflığı akli ve ruhi melekelerin eksik gelişmesi ve normal olarak gelişmemesidir. Akıl zayıflığının ayırt etme gücüne etkisi akla uygun davranma iktidarına etkisidir. Bu durum da tıbbi bir problem olup bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkabilir. Akıl zayıflığı ile alakalı diğer bir husus haksız fiil anındaki durumudur. Akıl zayıflıklarına örnek olarak aptallık, budalalık veya zekâ geriliği gösterilebilir. ¹²

¹¹ Kazancı Hukuk Yazılımı

¹² AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut-KARAMAN Derya Ateş Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 sh. .291

4-SARHOŞLUK

Sarhoşluk bünyeye giren alkolün vücuda alınması ile oluşan durumdur. Alkol alınması ile ayırt etme gücünden geçici bir şekilde yoksun kalınması halidir. Alkolün bu etkiyi yaratıp yaratmadığı hususu tıbbi bir konudur. Alınan alkolün miktarı, kişinin bünyesi, alınan alkolün çeşidi ve kişinin alkol ile geçmişi de etkilidir. Bu neden ile haksız fiil anında alınan alkol ve şahıstaki etkisi ölçülebildiği kadar ölçülmesi gerekir. Alkol vücudu terk ettikçe ve etkisi geçtikçe ayırt etme gücüne etkisi de değişmektedir. Bu neden ile bu etmenin doğası gereği ispatı en zor etmenlerden birisi olduğu söylenebilir.¹³

5-BENZERİ DİĞER SEBEPLER

Medeni Kanununun 13.maddesi ayırt etme gücünden yoksun olma halini düzenlerken bazı halleri saymış ve ayırt etme gücünden yoksunluk sebebi olarak gösterilen halleri sayılan haller dışında kalan haller bulunduğunu da buna benzer haller ifadesi ile açıklamıştır. Bu husus da tıbbi bir konudur. Çünkü yaşamda olan bir olay ve olayın özelliği ayırt etme gücünü etkilemektedir. Bu neden ile ayırt etme gücünden yoksun kılan hangi haller ve bu hallerin ayırt etme gücüne etki derecesi ve olay anındaki durumlarını hâkim teknik bilirkişi vasıtası ile tespit etmelidir. Nitekim bu hallere doktrinde felç ve ateşli hastalıklar esnasındaki sayıklama anları (o anda olası hakaretler) uyurgezerlik, bazı uyuşturucu, ilaçlar ve zehirli maddelerin yarattığı zihni bulanıklık, manyetizma ve hipnotizma gibi haller örnek olarak verilmektedir. Bu konu ile ilgili Yargıtay kalp krizi geçirme anında kazaya sebebiyet verme halini de ayırt etme gücünün yoksunluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini bir kararında zikretmiştir. Kararda aynen şöyledir.

“Davaya konu trafik kazasının temyiz eden davalıların miras bırakanı Servet S.’ın kalp krizi geçirmesi sırasında ve bu neden ile meydana geldiği çekişmesizdir. Bu bağlamda kusura dayalı sorumluluk itibari ile mücbir sebep ve umulmadık halin söz konusu bulunup bulunmadığı ve bunun nedensellik ilişkisine etkisi ile değeri (B.K.m.41) yine temyiz kudretinin kayıp edilmiş sayılıp sayılmayacağı (B.K.m.54) ve son olarak da durumun özelliği (B.K.m.43/1) anlamında hakkaniyetin sorumluluğun kapsamına etkisi irdelenmemiştir.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 16.06.2003 gün 2003/406 Esas ve 2003/7768 Karar sayılı kararı)¹⁴

D-AYIRT ETME GÜCÜNÜN İSPATI PROBLEMİ

Temyiz kudreti kavramı nispi bir kavramdır. Bu neden ile hâkim temyiz kudretini tespit ederken her olayın şartlarını göz önüne alarak karar vermelidir. Temyiz kudreti söz konusu hareketin yapıldığı anda mevcut

13 AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut-KARAMAN Derya Ateş Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1

14 Kazancı Hukuk Yazılımı

olmalıdır. Keza temyiz kudretinin varlığı adi bir karine olarak (kanuni karine) kabul edilir. Bu husus kanunda zikredilmemiş ise de genel hayat tecrübelerinden çıkarılmaktadır. Kişinin belirli bir eylem veya işlemi yaparken mümeyyiz olup olmadığını belirleme görevi hâkime aittir. Hâkim temyiz kudretini tespit ederken bilirkişiyeye başvurabilir. Özellik ile akıl hastalığı akıl zayıflığını tespit etmek için hâkimin bir hekime veya hastaneye başvurmasını ve dolayısıyla da tıp bilimin verilerinden yararlanmasını zorunlu kılar. Bir kimsenin ayırtım güçlüğü olup olmadığı olayın durumun özelliklerine bakılarak ölçümlenmeli ve akla uygun davranıp davranmadığı böylece belli edilmelidir. ¹⁵ Ayırt etme gücünün nispi olması, olay anındaki aranılmasının zorunlu olması ve mahiyeti itibari ile teknik bir konu olması da dikkate alındığında ayırt etme gücünün ortaya konulması ancak tıbbi veriler ile tıbbi bilirkişiyeye yardımı ile olabilmektedir. Ancak hâkim bütün bu verileri almasına karşın bu durumu takdiri ile değerlendirmelidir. Konu ile Yargıtay şu kararları ile konuya ışık tutmuştur.

*“Bilindiği üzere davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ve hak kurabilme borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Medeni Kanunu'nun medeni hakları kullanmaya selahiyettan olan kimse iktisaba da iltizama da ehildir şeklindeki 9.maddesi hükmü ile hak elde edebilmeyi borç (yükümlülük) altına girebilmeyi madeni hakları kullanma ehliyetine bağlamış 10.maddesinde de medeni hakları kullanma ehliyetinin başlıca koşulu olarak temyiz kudretini ve reşit olmayı kabul ederek mümeyyiz olan reşit medeni hakları kullanmaya selahiyettardır hükmünü getirmiştir. Ayırtım gücü eylem ve işlem ehliyeti olarak da tarif edilen temyiz kudreti aynı yasanın 13. maddesinde yaşın küçüklüğü sebebi ile yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve buna benzer sebeplerden biri ile makul surette hareket etmek (iktidarından) mahrum olmayan her şahıs Kanu'nun Medenice mümeyyizdir demek sureti ile tanımlanmış, ayrıca temyiz kudretini ortadan kaldıran önemli sebeplerden bazılarında değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerinden de yer almışlardır. Hemen belirtmek gerekir ki Medeni Kanununun 15.maddesinde ifade edildiği üzere temyiz kudreti olmayan bir şahsın geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeni ile muayyen istisnaların dışında yapacağı işlemlere bir sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması ve o işlemi geçerli kılmaz. **Temyiz kudretinin yokluğu,***

15 KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:502

yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı sarhoşluk gibi salt biyolojik 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 hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hal böyle olunca öncelik ile yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda dosyanın kül halinde Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na gönderilerek murisin akit tarihinde ehliyetsiz olup olmadığının saptanması.” (Yargıtay 1.Hukuk Dairesinin 27.06.2000 gün, 2000/6481 Esas ve 2000/8651 Karar sayılı Kararı)¹⁶

“Bilindiği üzere davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ve hak kurabilme borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Medeni Kanun'un medeni hakları kullanmaya selahiyettan olan kimse iktisaba da iltizama da ehildir şeklindeki 9.maddesi hükmü ile hak elde edebilmeyi borç (yükümlülük) altına girebilmeyi medeni hakları kullanma ehliyetine bağlamış 10.maddesinde de medeni hakları kullanma ehliyetinin başlıca koşulu olarak temyiz kudretini ve reşit olmayı kabul ederek mümeyyiz olan reşit medeni hakları kullanmaya selehiyettardır hükmünü getirmiştir. Ayırtım gücü eylem ve işlem ehliyeti olarak da tarif edilen temyiz kudreti aynı yasanın 13.maddesinde yaşın küçüklüğü sebebi ile yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve buna benzer sebeplerden biri ile makul surette hareket etmek (iktidarından) mahrum olmayan her şahıs Kanunun Medenice mümeyyizdir demek sureti ile tanımlanmış, ayrıca temyiz kudretini ortadan kaldıran önemli sebeplerden bazılarına değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerinden de yer almışlardır. Hemen belirtmek gerekir ki Medeni Kanun'un 15. maddesinde ifade edildiği üzere temyiz kudreti olmayan bir şahsın geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeni ile muayyen istisnaların dışında yapacağı işlemlere bir sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması ve o işlemi geçerli kılmaz. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 11.06.1941 gün, 4/21 Sayılı Kararı) Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibari ile ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar.

Temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl

16 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 79, Sayı 2, Yıl: 2005 sh.473-475

zayıflığı sarhoşluk gibi salt biyolojik 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 hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönden en yetkili sağlık kurulundan özellik ile adli tıp kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır.(Yargıtay 1.Hukuk Dairesinin 10.03.2003 gün, 2003/2166 Esas ve 2003/2523 Karar sayılı kararı)¹⁷

Ayırtım gücünün varlığı veya yokluğunun aranacağı an haksız veya olan anıdır. **“Açılan tazminat davası olay tarihi esas alınarak çözümlenir.”** (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 17.03.2003 gün, 2002/12669 Esas ve 2003/2893 Karar sayılı kararı)¹⁸

E-AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOSKUN OLANLARIN VERMİŞ OLDUKLARI ZARARLARDAN SORUMLULUK ŞARTLARI VE BU SORUMLULUK SEBEBİNİN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ VE DİĞER SORUMLULUK ŞEKİLLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Normal haksız fiil sorumluluğu için ittifak edilen ayrımlar vardır. İnceleme konumuz da dikkate alındığında kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklindeki ayırım bilinen en yaygın ayırım şeklidir.

Kusura dayanan sorumluluk için en temel etken kusur olgusunun varlığıdır.. Kusurda dayanan sorumlulukta sorumluluk için kusurlu bir davranış olması, zararın meydana gelmesi, eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile netice arasında illiyet bağının olması gereklidir. Kusur olabilmesi için eylemi yapanda ayırtım gücü aranır ki buna kusur yeteneği denir. Ters durumda haksız eylem sorumluluğundan söz edilmez. ¹⁹ Yargıtay aynı kanaatini şu kararı ile de paylaşmıştır.

“Zira kusur sorumluluğu için Medeni Yasa'nın 13.maddesinde belirtilen ayırt etme gücünün varlığı gerekli ve yeterlidir. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar ayırık durumlarda verdikleri zararlardan sorumlu olabilirler.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 13.04.2011 gün, 2010/3747 Esas ve 2011/4104 Karar sayılı kararı) ²⁰

“Kural olarak haksız eylemlerden sorumluluk kusura dayanır. Ku-

17 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 78, Sayı 4, Yıl: 2004 sh.1668-1671

18 Kazancı Hukuk Yazılımı

19 KARAHASAN Mustafa Reşit -Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:500

20 Kazancı Hukuk Yazılımı

sur sorumluluğu için de ayırt etme gücünün varlığı gerek ve yeter koşuldur. Diğer yandan yasadan gösterilen ayırık durumların varlığı halinde ayırt etme gücü bulunmayanlar da sorumlu tutulabilirler. (TMK m.15) (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 02.06.2004 gün 2004/697 Esas ve 2004/7078 Karar sayılı kararı)²¹

Kusursuz sorumluluk halleri ise kusurun olmadığı ya da kusurun aranmadığı çeşitli sorumluluk halleri için geçerlidir. Nitekim tehlike sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi sorumluluk saikleri ile sorumluluk sebepleri oluşmuştur. Sorumluluk hallerine bina sahibinin sorumluluğu, işletenin sorumluluğu, hayvan tutanın sorumluluğu ve adam çalıştıranın sorumluluğu gibi haller gerek Borçlar Kanununda gerek ise özel yasalarında düzenlenmiştir.

Çalışma konumuz olan ayırt etme gücünden yoksun kalanların sorumluluğu kusursuz sorumluluk çeşitlerinden bir tanesidir. Türk Medeni Kanunu 15.maddesinde konu şöyle düzenlenmiştir. “*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.*” Burada ayırt etme gücünden yoksun olanların kural olarak haksız fiil sorumluluğu olmadığı düzenlenmiş ve ayırt etme gücünden yoksun olanların kusur ehliyetinin olmadığına hükmedilmiştir. Aynı şekilde sorumluluk hukukunda temel kriterin kusur ehliyeti olduğuna bunun için kişiden ayırt etme gücünün aranmasının gerektiğine dair Türk Medeni Kanunu'nun 16.maddesinde şöyle bir düzenleme vardır. “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*”

Ayırt etme gücünden yoksun olanların durumu ile yasal düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu 54.maddesinde düzenlenmiştir. “*Hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder. Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz.*” Burada ayırt etme gücünden sürekli ve geçici kayıp halleri birlikte düzenlenmiştir.

Aynı konu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak 6098 Sayılı yasa sistematigi ile 818 Sayılı yasa sistematigi farklıdır. Çünkü 6098 Sayılı Türk

21 Kazancı Hukuk Yazılımı

Borçlar Kanunu haksız fiil sorumluluğu ile ilgili kısmı üçü bölüme ayırarak düzenlemiştir. A. Harfi altında 49-64 maddeler ile kusur sorumluluğu düzenlemiştir. B. Harfi altında 65-71 maddeleri ile kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir. C. Harfi altında 72-76 hükümleri altında olan kı-sımları ise usul hükümleri olarak düzenlenmiştir.

Ayırt etme gücünün kaybını sürekli ve geçici olarak ayrı şekillerde düzenlemiştir. Kusurlu sorumluluk kısmı kapsamında 59. madde ayırt etme gücünün geçici kaybı hususu düzenlenmiştir. Şöyle bir hüküm ko-nulmuştur. *“Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi bu sırada zararları gidermek ile yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybet-medede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”* Madde gerekçesinde bu hükmün 818 Sayılı yasanın 54/2 hükmüne karşılık geldi-ği dil sadeleşmesi dışında bir değişiklik olmadığı yazılmıştır.

Ayırt etme gücünün sürekli olarak kısmını ise kusursuz sorumluluk kısmı kapsamında 65. madde Kusursuz sorumluluk bölümü ve Hakka-niyet sorumluluğu başlıklı madde düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir. *“Hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.”* Mad-de gerekçesi ile madde metninden uyumsuzluk vardır. Zira bu hüküm kanunlaşma sürecinde değişikliğe uğramasına karşın gerekçede gerekli değişiklik yapılmamıştır. Madde tek cümlelik olmasına rağmen ve sadece ayırt etme gücü olmayanların durumları düzenlenmesine karşın gerekçe-de maddede birden fazla fıkradan bahsedilmekte ve 818 Sayılı yasanın 54.maddesi aksine tüm kusursuz sorumluluk hali için bu maddenin dü-zenlendiğinden bahsedilmektedir. Bu neden ile bu hüküm 818 Sayılı ya-sanın 54/1 hükmüne karşılık gelen, dil sadeleşmesi dışında bir değişiklik olmayan bir maddedir. Madde metni değişikliğe uğrarken gerekçe kısmı değişmesi muhtemelen unutulmuştur.

Kusursuz sorumluluk çeşitlerinin birçok hukuki sebebe dayandığını ve çeşitli saikler ile ortaya çıktığını mevzuat boyutunun dağınık olduğunu yukarıda açıklamıştır. Kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan ayırt etme gücünden yoksun kalanların sorumluluğu hangi sorumluluk saiki-ne dayanmaktadır. Zira yukarıda da beyan ettiğimiz gib sorumluluk için kusur, kusur için de ayırt etme gücünün olması gerekmektedir. Başka bir deyim ile sorumluluk için kusur ehliyeti şarttır.

Ayırt etme gücünden yoksun kalanların sorumluluklarının dayanağı kanuni metinde (818 Sayılı Yasa 54. madde ve 6098 Sayılı yasa 65.mad-de) hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Doktrinde ise konu şu şekil-de ele alınmıştır.

Mustafa Reşit KARAHASAN Türk Borçlar Hukuku isimli eserinde ko-

nuyu şu şekilde ele almıştır. “ Sorumluluğu doğuran davranış, haksız eylemin öğelerini gerçekleştirmemesine karşın sonuçlarına zarar görenin değil zarar verenin katlanması **hakkaniyet düşüncesine dayandırılmıştır. BK madde 54/1 ile bu sorumluluk düzenlenmiştir. Burada kusursuz sorumluluk vardır.**”²² Aynı eserinde devamında ise şöyle bir değerlendirme yapmıştır. “ Borçlar Kanununun 41.maddesine göre hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem ile bir zarar verilirse giderim borcu doğmuş olur. Şu var ki kusur için eylemi yapanda ayırtım gücü aranır ki buna kusur yeteneği denir. Ters durumda haksız eylem sorumluluğundan söz edilmez. **Gelgelelim eylemi yapanda zararın yükletilmesi, hakkaniyet düşüncesiyle uygun görülmüş ve Borçlar Kanunu 54/1 ile bu sorumluluk düzenlenerek kusura dayanmayan bir sorumluluk durumu öngörülmüştür. Böylece ayırtım gücünden yoksun olanların eyleminden doğan zarar giderimi borcunun kaynağı hakkaniyet olmuştur. Demek ki burada hakkaniyet düşüncesine dayanan bir sorumluluk söz konusudur.**”²³

Kemal OĞUZMAN-M. Turgut ÖZ- Borçlar Hukuku Genel Hükümler isimli eserlerinde konu ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmışlardır. “ **Borçlar Kanunu 54/1 fıkrası ancak hakkaniyet gerektiriyorsa sorumluluğu kabul etmektedir.**”²⁴

Hasan Tahsin GÖKCAN Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku isimli eserinde konu ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmışlardır. “**BK m.54/1 öngörülen sorumluluk hakkaniyet düşüncesine dayalı olan kusursuz sorumluluktur.**”²⁵

Sema GÜLEÇ Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması isimli eserinde konu ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmışlardır. “*Temyiz kudretinden yoksun kimsenin kusurundan söz edilmeyeceğine göre bu kişilerin sorumluluğu da kusursuz sorumluluk halidir. Ne var ki diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirme olanağı yoktur. Zira mümeyyiz olmayan bir kişiden objektif özen borcunu yerine getirdiğine ilişkin bir iddiada bulunması da mümkün değildir. Burada ki sorumluluk ilkesi hakkaniyet düşüncesidir.*”²⁶

Ömer ARBEK Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk isimli eserinde konu ile ilgili şu değerlendirmeyi yap-

22 Karahasan Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh: 497-498

23 Karahasan Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:500

24 Oğuzman Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler sh.598

25 Gökcan Hasan Tahsin- Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku sh.295

26 Güleç Sema-Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması sh.202

mışlardır. **“Borçlar Kanununun 54.maddesindeki sorumluluk özel nitelikte bir sorumluluk türüdür. Buradaki sorumluluk hakkaniyet sorumluluğudur.** Ayrıca hakkaniyet sorumluluğuna gidebilmek için sorumluluk için aranan tüm diğer yasal zorunlu unsurların olması gerekir. Borçlar Kanununun 54. maddesinde zararın tazminine karar verilebilmesi için olaydaki tüm koşulların şartların ve durumlarının ödemeyi haklı kılması gerekir.”²⁷

Doktrinde baskın görüş ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş oldukları zarardan sorumluluk esası olarak hakkaniyet saiki esas alınmıştır.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş oldukları zarardan sorumluluk esası olarak hakkaniyet saikini esas almaktadır. Ancak bazı kararlarında sorumluluk sebebi değil tazminatta takdiri indirim sebebi olarak ele aldığı gibi tam tersini esas alan kararları da mevcuttur. Burada hâkim hakkaniyeti her somut olayda ayrı ayrı bir şekilde esas alacak, davacının ve davalının içinde bulunduğu durumu, ekonomik ve sosyal durumlarını, olayın oluş şeklini değerlendirerek hakkaniyet sorumluluğunu belirleyecektir.

Ayırt etme gücünden yoksun olanların zararlardan sorumlu olabilmeleri için ilk önce kusur dışındaki haksız fiil sorumluluğunun bütün unsurları gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar belirlendikten sonra hakkaniyet sorumluluğu esası aranacaktır.²⁸ Başka bir deyim ile ayırtım gücünden yoksun olanın Eski BK mad.54/1 anlamında sorumlu tutulabilmesi için sezgin bir kimse tarafından işlenmesi durumunda kusura dayanan bir eylem niteliğinde sayılacak olan bir hareketi ile zarar vermiş bulunması gerekir. Başka bir söyleyiş ile eylemi yapan eğer ayırtım gücüne sahip olsa idi eylemin Eski BK 41 anlamında haksız eylemin bütün öğelerini (unsurlarını) gerçekleştirebilecek niteliği taşıması durumunda sorumlu tutulabilir. Öte yandan eylemi yapanın hareketi, ayırtım gücüne sahip bulursa idi kusurlu olarak nitelenebilir olmalıdır. Sokakta ayağı kayan bir çocuğun yer düşüp zarar vermesi, bir sokağın köşesini normal bir şekilde dönmekte olan ruh hastasına orada koşmakta olan bir çocuğun ani olarak çarparak yere düşürmesi durumlarında ayırtım gücünden yoksun olanlar da bu güce sahip olanlar gibi sorumlu tutulamazlar. Gerçekten ayırtım gücünden yoksun bir kimsenin sorumluluğu bu güce sahip olan bir kimsenin sorumluluğundan ağır olmamalıdır.²⁹

27 Arbek Ömer- Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk sh.54-55

28 Oğuzman Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler sh.600

29 KARAHASAN Mustafa Reşit -Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:503

Aynı hususa Yargıtay şu kararı ile katılmaktadır. “Ayırtım gücüne sahip olmayanın sorumluluğu Borçlar Kanununun 54. maddesinde açıklandığı üzere hakkaniyet ilkesine dayanan bir sorumluluktur. Ayırtım gücünü taşımayan küçük ve kısıtlı meydana getirdiği zarardan bu ilke uyarınca 41 ve 54. maddeleri hükümleri gereği öteki koşullar varsa sorumludur.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.06.1966 gün, 1966/6799 Esas ve 1966/6839 Karar sayılı kararı) ³⁰

Haksız fiil sorumluluğunun bütün şartları tamamlandıktan sonra ayırtım gücünün eksikliği nedeni ile hakkaniyet düşüncesi aranacaktır. Bu hususta Yargıtay çeşitli kararları olmak ile birlikte çoğunluk olarak Yargıtay ayırt etme gücünden yoksun olanların verdiği zararlardan sorumluluğu hakkaniyet düşüncesinde aramaktadır. Yargıtay'ın öncelik ile ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş oldukları zarardan sorumluluğun esasını hakkaniyet düşüncesinde bulan kararlarını şöyle özetlemek mümkündür.

“Kusur sorumluluğu için Medeni Yasanın 13. maddesinde belirtilen ayırt etme gücünün varlığı gerekli ve yeterlidir. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar ayrı durumlarda verdikleri zararlardan sorumlu olabilirler. Bu istisnai hallerden birisi **Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş bulunan hak ve adalete dayalı nesnel (Objektif) sorumluluktur**. Dava konusu olayda davalı tarafın istenen tazminatı karşılayacak ekonomik güce sahip olduğu benimsenip Borçlar Yasası'nın 54. maddesi de gözetilerek davacılar yararına **manevi tazminat** takdir edilmiş ise her iki tarafın da ekonomik durumun iyi olması, davalının ceza ehliyetinin tam olmaması nedeni ile verilen tazminatın davalı yönünde caydırıcı gücünün bulunmadığı yukarıda açıklanan hak ve **adalet (hakkaniyet) ilkesine** göre belirlenen tazminat tutarından uygun bir indirim yapılması gerekir. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2011 gün, 2010/3747 Esas ve 2011/4104 Karar sayılı kararı)”³¹

“Kural olarak haksız eylemlerden sorumluluk kusura dayanır. Kusur sorumluluğu için de ayırt etme gücünün varlığı gerek ve yeter koşuldur. Diğer yandan yasadaki gösterilen ayrı durumlarda varlığı halinde ayırt etme gücü bulunmayanlar da sorumlu tutulabilirler. (TMK m.15) Bu ayırsız durumlardan birisi de **B.K 54/1 maddesi hükmü düzenlen hakkaniet gereğine dayalı objektif sorumluluk halidir.**” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.06.2004 gün 2004/697 Esas ve 2004/7078 Karar sayılı kararı)³²

30 Kararı aktaran KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:504

31 Kazancı Hukuk Yazılımı

32 Kazancı Hukuk Yazılımı

“Gerçekten B:K 54/1 mad. Göre **hakkaniyet gerektirdiği takdirde** hâkim temyiz kudretine sahip olmayan kimseyi başkasına verdiği zararın tamamını ve bir kısmını tazmine mahkûm edebilir. **Şu halde bu madde de kusur sorumluluk için şart olmadığından temyiz kudretinden mahrum olan kişilerin sorumluluğu özel nitelikte bir sebep sorumluluğudur. Burada sorumluluk ilkesi hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır.** Fail ekonomik yönden zengin zarar gören fakir ise zarar görenin uğradığı zararlar baş başa bırakmak adalet duygularını sarsıp zedeleyeceği için **kanun koyucu burada genel ilkedan ayrılarak sebep sorumluluğunu öngörmüştür. Hakkaniyetin sorumlu olmayı gerektirip gerektirmediğinden** hiç kuşkusuz tarafların ekonomik durumu büyük önem taşır. Sadece zenginlik yeterli ölçü değildir. Somut olaydaki hal ve şartlara göre karar verilmelidir. Bu hal ve şartlar arasında mümeyyiz olmayanın hürriyetinin doğurduğu özel tehlike temyiz kudreti olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı zarara uğrayanın olay sırasındaki tutum ve davranışları göz önünde tutulmalıdır.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/4–89 Esas ve 2003/68 Karar sayılı kararı)³³

“Borçlar Kanununun 54. maddesi hükmü de gözetildiğinde hâkimin **tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını fiilin mahiyetini göz önünde tutarak hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda tazminatın tamamından veya bir kısmında** temyiz kudreti haiz olmasa da zarar veren kimseyi sorumlu tutması gerekir.”(Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin 15.04.2004 gün 2004/1449 Esas ve 2004/3237 Karar sayılı kararı) ³⁴

“Olayda ölen çocuk olay tarihinde 8 yaşlarında ilkökul talebesidir. Bu durum itibari ile M.K.13 ve 14.maddelerindeki tarif gereğince mümeyyiz olmayan küçük niteliğindedir. Kural olarak mümeyyiz olmayan küçükler hukuki tasarrufları veya haksız fiillerinden sorumlu değiller ise de Kanun koyucu buna bazı istisnalar getirerek mümeyyiz olmayan küçüğü dahi sorumlu tutabilir. **Nitekim BK'nın 54. maddesi böyle bir istisnai hüküm getirmiştir. Bu hükme göre hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseye ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder.** Olay incelendiğinden sigortalının otobüs sahibi olduğu, taşımacılıkta iştigal ettiği anlaşılmaktadır. Ölen küçüğün ve mirasçuları davalı anne ve babanın mali durumunun iyi olduğu kanıtlanmamıştır. Tüm bu hususlar esasen sorumlu olmayan gayri mümeyyiz küçüğün ve onun mirasçısı

33 Kazancı Hukuk Yazılımı

34 Kazancı Hukuk Yazılımı

sıfatıyla davalı anne ve babanın, hakkaniyet ilkesi gereğince de bir tazminat ödememeleri gerekir.” (Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 13.11.1987 gün, 1987/3714 Esas ve 1987/6184 Karar sayılı kararı) ³⁵

“Ceza yargılamasında davalının kasten adam öldürme suçunu işlediği belirlenmiş Ancak Adli Tıp raporuna göre suç tarihinde şuurunu ve hareket serbestisini tamamen ortadan kaldıracak mahiyet ve derecede akıl hastalığına دچار olduğundan TCK'nın 46/1 maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına karar verilmiştir. **Borçlar Yasasının 54/1 maddesindeki düzenlemeye göre hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkum eder.** Davalının haksız eylem tarihinde temyiz kudretini haiz olmadığı ceza yargılaması ile belirlenmesine rağmen, mahkemece BK 54/1 maddesinin tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 09.10.2001 gün, 2001/5100 Esas ve 2001/9155 Karar sayılı kararı) ³⁶

“Kural olarak haksız eylem nedeni ile verilen zararlardan sorumluluk kusura dayanır. Kusur sorumluluğu için de Medeni Kanununun 13.maddesinde belirtilen ayırt etme gücünün varlığı gerekli ve yeterli koşuldur. Diğer yandan aynı yasanın 15.maddesi gereğince yasanın gösterilen ayırık durumların varlığı durumunda, ayırt etme gücü bulunmayanlar da haksız eylemleri nedeni ile verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilirler. Bu ayırık durumlardan birisi de **Borçlar Yasası'nın 54/1 maddesinde düzenlenmiş bulunan hak ve adalete dayalı nesnel (objektif) sorumluluktur.** Bu düzenleme ile yargıca her olayı çevreleyen koşullar gözetilmek sureti ile geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu bağlamda ayırt etme gücü bulunmayanın eyleminin doğurduğu özel tehlike, nesnel ölçüler içinde ona yüklenebilecek bir kusurun varlığı, eylemin gerçekleştiği sıradaki öznel (subjektif) durumu ve zarara uğrayana yönelik tutumu ile tarafların ekonomik ve sosyal varlıklarının göz önünde tutulması gerekir. Özellik ile haksız eylemde bulunanın sorumluluğu onun yönünden rahatlıkla katlanılabilir, zarara uğrayan yönünden de hissedilebilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması durumunda ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulması benimsenebilir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 09.11.2009 gün, 2009/12195 Esas ve 2009/12541 Karar sayılı kararı) ³⁷

“Ceza mahkemesinde alınan raporda davalının akıl hastası olup ve fiil ehliyeti bulunmadığı belirtilmiştir. **B.K'nun 54.maddesinde hakkaniyetin gerekli kıldığı konularda bu kişilerin verdikleri zarar-**

35 Kazancı Hukuk Yazılımı

36 Kazancı Hukuk Yazılımı

37 Kazancı Hukuk Yazılımı

lardan tamamen ya da kısmen sorumlu tutulacakları belirtilmektedir. Davalının eskiden beri akıl hastası olması olup halen de 60 yaş civarında bulunduğu mal varlığının bulunup bulunmadığı ve davacının devlet olması gözetildiğinde somut olayda hakkaniyetin tartışılması gerekir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 15.05.2003 gün, 2003/1190 Esas ve 2003/6352 Karar sayılı kararı) ³⁸

Yukarıdaki açıklamalarda da beyan ettiğimiz gibi sorumluluğun olabilmesi için hakkaniyetin gerekli kılması zorunludur. Yargıtay genel olarak bu ilkeye uymak ile birlikte verdiği bazı kararlarında hakkaniyet gerekliliği teknik olarak sorumluluk sebebi olarak değil tazminattan indirim sebebi olarak ele almaktadır. Bu içtihatlar hatalıdır. Zira sorumluluk sebebi ile indirim sebebi farklı kavramlardır. Şimdi aktaracağım Yargıtay kararları bu yanlış anlayışın yansımasıdır.

“Davalılardan A.'nın bu haksız eylemi akıl maluliyetinin etkisi altında işlediğinden bahis ile ceza mahkemesince Türk Ceza Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca ceza ehliyetinin bulunmadığından ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi karşısında Borçlar Kanununun hakkaniyet gerekli kılıyorsa **hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkûm eder hükmünü içeren 54. maddesi gereğince hak sahiplerinin gerçek zarar tavanından bu davalı yönünden ayrıca indirimine gidilmesi gerekir**ken aksinin kabulü ile usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 07.05.2002 gün, 2002/3602 Esas ve 2002/4013 Karar sayılı kararı) ³⁹

“Somut olayda sigortalı oğlu N.E'yi tüfekle ateş ederek öldüren R.E.'in temyiz kudretini haiz olmadığı ceza dosyası kapsamında sabit olduğundan davalı R.E. mirasçularının tazminat sorumluluğu bakımından Borçlar Kanununun 54/1 maddesi hükmü ve giderek tazminat miktarından indirim yapıp yapılmayacağı olayı çevreleyen koşullar ile fiilin mahiyeti göz önünde tutulup R.E.'nin sosyal durumu ile terekesi de araştırılarak değerlendirilmesi gerekir.” (Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 16.02.2010 gün 2009/15766 Esas ve 2010/1900 Karar sayılı kararı) ⁴⁰

Yargıtay verdiği bazı kararlarında ise ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumlulukları hakkaniyet öngörmemektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında Eski Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi gereği kural

38 Kazancı Hukuk Yazılımı

39 Kazancı Hukuk Yazılımı

40 Kazancı Hukuk Yazılımı

olarak ayırt etme gücünden mahrum olanların sorumluluğunun olduğuna karar vermiştir. Bu karar hatalıdır. Zira Eski Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi gereği sorumluluk yoktur. Aksine hakkaniyet gerektirirse sorumluluk olur. Bu yanlış kararı özeti ise şöyledir.

“Dava dosyasındaki bilgi ve belgelere göre davacı ve davalı küçük çocuklar arkadaşları ile birlikte merdivende sıkışarak otururlarken önce davalının düştüğü bunun üzerine davalının kalkarak davacıyı itip aşağıya düşürmek sureti ile yaralanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. MK.’nun 15 ve 16. maddeleri ile Borçlar Kanunu’nun 54. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler işledikleri haksız eylemlerden sorumludurlar. Ancak bu sorumlulukları olayın göstereceği özelliklere kısmen ve tamamen kaldırılabilir. Dava konusu olayın meydana geliş şekli, davacının yaralanma derecesi gözetildiğinde mahkemece davalının sorumluluğunun tamamen kaldırılmış olması hakkaniyete uygun değildir. Olayın gösterdiği tüm özellikler birlikte değerlendirmek sureti ile hakkaniyette uygun oranda bir indirim yapılarak davalının sorumlu tutulması gerekir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 18.11.2002 gün, 2002/8449 Esas ve 2002/13012 Karar sayılı Kararı) ⁴¹

“Akıl hastası olan davacıya kusur yüklenmesi mümkün olmasına göre davalı-davacı kadının şiddetli geçimsizlik nedeni ile açmış olduğu davanın reddi gerekmektedir. Hareketleri iradi olmayan kocaya kusur yüklenmeyeceğine göre Türk Medeni Kanununun 174/1-2 madde koşulları oluşmamıştır. Davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddi gerekir”. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.02.2008 gün, 2008/2-131 Esas ve 2008/152 Karar sayılı kararı)⁴²

Ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş olduğu zarardan sorumluluk kusursuz sorumluluk olup hakkaniyet sorumluluğuna dayanmaktadır. Sorumluluk hukukunda bu sorumluluk çeşidi ile iç içe giren bir diğer sorumluluk şekli aile başkanının sorumluluğudur. Bu sorumluluk çeşidi Türk Medeni Kanununun 369.maddesinde düzenlenmiştir. Bu sorumluluk türü de kusursuz sorumluluk kapsamındadır. Aile başkanının sorumluluğunu düzenleyen madde başkasının eyleminden doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Özen ödevinin ihlaline dayanır. Özen eksikliği varsayım olarak kabul edilmiştir. Yasa koyucuyu yönlendiren özellik, hakkaniyet düşüncesidir. Eylemi yapan zararı giderim olanağından

41 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 77, Sayı 1, Yıl: 2003 sh.179-180

42 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 35, Sayı 5, Yıl: 2009 sh.817-818

yoksundur. Tazminat yükü gözetim yükümlülüğü bulunan kişiye aktarılmıştır. Aile başkanında kusur aranmaz. Sebep sorumluluğu vardır.⁴³ Aile başkanına, başkanlığı altında bulunan kişiler üzerinde denetim ve gözetim görevi yüklenmiştir. Özetle ev başkanının kusursuz sorumluluğu dikkat ve özen ilkesine dayanan olağan bir sebep sorumluluğudur.⁴⁴ Çoğu gayri mümeyyiz küçüğün ve ayırt etme gücünden eksik bulunan kişilerin mal varlıkları bulunmadığından bunların sorumlu tutulmalarının çoğu zaman pratik önemi yoktur. Bu tür durumlarda aile başkanının sorumluluğuna başvurmak gerekmektedir. Bu neden ile Eski BK 54.maddesi sadece mal varlığı bulunan haksız fail failleri (zengin akıl hastası örneği gibi) bakımından bir anlam taşımaktadır.⁴⁵ Diğer hallerde ise aslında haksız fiil failinin durumu aslında bir şey ifade etmez. Bazı ayırt etme gücünden mahrum olanlar belli yaştan sonra bu kudretlerini yitirdiklerinden dolayı söz konusu kişilerin mal varlığı olabilir. Bazen de miras gibi kazanımlar yolu ile de ayırt etme gücünden yoksun kalanlar mal varlığı sahibi olabilir. Bunun dışında kalan ayırt etme gücünden yoksun olanlar genellik ile ayrı bir mal varlığı olmayan ve ailesi ve devletin bakım ve gözetim görevinde olan kişiler olmaktadır. Burada davacı olan haksız fiil mağduru iki sorumluluk sebebine birlikte dayanmak hakkına sahiptir. Burada hakların yarışması (Hakların telahuku) kurumu yoktur. Haksız fiil mağduru zararı veren ayırt etme gücünden yoksun kalan ve aile başkanına her ikisinin tabi olduğu hukuki sebepten dolayı dava açabilir. İki sorumluluk sebebi ile iki dava birlikte açılabilirdiği gibi ayrı ayrı da açılma imkânına sahiptir. Bu kanaat doktrin ve Yargıtay kararlarının ortak görüşüdür. Bu kanaatin aksini ortaya koyan ilginç ve hatalı bir Yargıtay kararını aşağıda zikretmem gerekir.

*“Dava Borçlar Yasası'nın 54/1 maddesi hükmüne dayanan bir tazminat isteğine ilişkindir. Kural olarak temyiz kudretini taşımayan küçük ve mahcurun meydana getirdiği zarardan dolayı mağdur edilirse Borçlar Kanununun 41 ve 54. maddeleri hükümleri uyarınca küçükten veya mahcurdan dilerse MK'nun 320. maddesi hükmünce aile reisi olan veliden zararın ödetilmesini isteyebilir. **Bu davada mağdur olan davacılar telahuk eden haklarını kullanarak mahcurdan tazminat istemiştir.**” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 13.10.1976 gün, 1976/9306 Esas ve 1976/8644 Karar sayılı kararı)⁴⁶*

Ayırt etme gücünden yoksun olanların verdiği zarardan dolayı zarar failine ve bu fail ile birlikte aile başkanının sorumluluğuna gidilebileceğine ilişkin çok yararlı Yargıtay kararını zikretmek gerekirse;

43 KILIÇOĞLU Mustafa- Tazminat Hukuku sh.310

44 KICALIOĞLU Mustafa-Ev Başkanının Sorumluluğu (MY.369) Yargıtay Dergisi Cilt:31, Sayı:3 sh.252

45 GÖKCAN Hasan Tahsin- Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku sh.295

46 Kararı aktaran ve eleştiren KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Cilt:2 Genel Hükümlerle İlgili Yasa Maddeleri ve İçtihatlar sh.1420-1421

“Ölümü meydana getiren H.'nin olay tarihinde 16 yaşında medeni hakları kullanmaya ehil olmayan küçük olduğu çekişmesizdir. Yasal gözetim ve özen ödevinin yerine getirilmemesine dayanan bir sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) halinin söz konusu olduğu **MK320. maddesinde ev reisinin riyaseti altında bulunan küçüğün yaptığı zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmiştir.**” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.02.1980 gün 1979/12969 Esas ve 1980/1869 Karar sayılı kararı) ⁴⁷

“Davalı küçük R.K.'nın okul bahçesindeki kırılmış ağaç dalını davacı küçük Ö.F. B'nin üzerine atması sonucu gözünde görme kaybı olacak derecede yaralanmasına neden olduğu anlaşılmıştır. Olayın çocukların okulda buldukları sırada gerçekleşmiş olması tek başına davanın reddine gerekçe olamaz. Anne babanın genel anlamda çocuğunu yetiştirme, terbiye etme, bakıp gözetme görevi vardır. Çocuk okulda iken dahi MK 320(Yeni MK 369) maddesinden kaynaklanan aile başkanının sorumluluğu devam eder. **Keza eylemi gerçekleştiren küçük çocuk da BK 54.maddesi uyarınca sorumludur. Bu nedenlerle olayın gösterdiği tüm özellikler MK'nun 320. (Yeni MK 369)ve Borçlar Kanununun 54.maddeleri kapsamında değerlendirilecek varılacak uygun sonuca göre karar verilmelidir.**” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 08.05.2003 gün, 2003/1006 Esas ve 2003/6027 Karar sayılı kararı) ⁴⁸

“MK'nun 369.maddesinde aile başkanının kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Haksız eylemin ani veya yavaş gelişmesi bu sorumluluğu etkilemediği gibi rüşt yaşına kısa bir süre kalması da yasada düzenlenen sorumluluğu kaldıran nedenlerden değildir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 13.02.2007 gün, 2006/2295 Esas ve 2007/ 1535 Karar sayılı kararı) ⁴⁹

“Temyiz kudretleri yoksa zarar veren aile üyeleri ancak hakkaniyet gereğince sorumlu tutulabilirler. (BK.m.54) Oysa hakkaniyet ölçüsü bazı hallerde uğranılan zararın tamamını tazminine imkân vermez. Zira hakkaniyet sorumluluğunda zarar verenin ekonomik durumu elverdiği ölçüde zarar tazmin edinilir. İşte bu tür fiili ve hukuki imkânsızlıklar küçük, kısıtlı akıl hastası ve akıl zayıfı aile üyelerinin davranışlarından zarar gören kimselere karşı başka bir şahsın sorumlu kılınması ihtiyacını doğurmuştur. Gerçekten çok sık meydana gelen bu olaylarda toplumu savunmasız bırakmamak, toplumu küçüklere, akıl hastalarına ve akıl zayıflarına karşı korumak gerekir. İşte toplum yararı ve işlerin güven ile yürütülmesi ilkesi zarar veren bu kimselerin ya-

47 Kazancı Hukuk Yazılımı

48 Kazancı Hukuk Yazılımı

49 Kazancı Hukuk Yazılımı

nında başka birinin de sorumlu tutulmasını zorunlu kılmuştur. Türk Hukuk Sisteminde ev başkanın sorumluluğu kusura dayanmaz. Diğer bir anlatım ile bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Gerek Türk Medeni Kanununun 369/1 gerekse 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 320.maddelerinde ev başkanın (ev resinin) alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle gözetim altında bulundurduğunu ve bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe ev halkından olan küçüğün ve sayılan diğer kişilerin verdiği zarardan sorumlu olacağı benimsenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.12.2002 gün ve 2002/4-1025 Esas ve 2002/1080 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere zarar verenin eylemli olarak evin mensubu olmaktan çıktığı, başka bir ifade ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği durumlarda aile başkanının bu durumun sona erdiği ve zarar verenin tekrar evin mensubu haline geldiği ana kadar ortadan kalkar. Örneğin akıl hastasının sağlık kurumuna yatırıldığı veya bir öğrencinin yatılı okula alındığı hallerde ev başkanı ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesilmiş sayılması gerektiğine öğretti ve Yargıtay kararlarında görüş birliği vardır. Öte yandan eğitimin doğum ile birlikte aile içerisinde başlayan, belli bir yaştan sonra ilgili eğitim kurumlarının da katkısı ile süren ve ölüm ile sonuçlanan bir süreç olduğu kişiliğin büyük ölçüde bireyin okul öncesi döneminde, aile içerisinde geçen 0-6 yaş arasında oluştuğu kişiliğin bu dönemde bulunduğu aile ortamının kendisine model oluşturan yetişkinlerin davranışlarını taklit ettiği, belli durumlarda hangi davranışı benimseyeceği konusundaki telkinlere de tamamen açık bulunduğu en önemlisi de günlük içerisinde tanık olduğu gerçek uygulamaları büyük ölçüde birebir benimsediği kendisi şiddete maruz kalan çocukların başkalarına aynı davranışları yansıtma eğiliminde olabildiği bilinmektedir. O halde kavga ettiği bir arkadaşının gözüne cam parçası fırlatarak görme yeteneğini yitirmesine neden olan bir küçüğün bu davranışının salt okul ortamında ve dolayısı kendisi ile fiili bağımlılık ilişkisinin kesildiği bir yer ve zamanda gerçekleşmiş olmasına bakılarak aile başkanının doğan zarardan hiçbir şekilde sorumlu tutulmayacağı düşünülemez.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.12.2004 gün, 2004/4-642 Esas ve 2004/648 Karar sayılı kararı)⁵⁰

“Fiil ehliyetine sahip bulunmayan küçükler tarafından haksız eylem işlenmesi durumunda sorumluluk iki çeşittir. B.K.'nın 41. maddesi uyarınca küçük haksız eylemin faili olarak aile başkanı ise MK'nın 369. maddesi uyarınca zarar görene karşı sorumludur. Her iki sorumluluk

50 Yargı Dünyası Dergisi Sayı: 113, Yıl: 2005 ve Sh.57-65 ve Kazancı Hukuk Yazılımı

birbirinden farklı hukuki nedenlere dayalı olup zarar gören küçüğe ve aile başkanına karşı birlikte ve ayrı ayrı davalar açabilir. Aynı zarardan her ikisi de kendi mal varlıkları ile ayrı ayrı sorumlu olurlar. Bu davada zarara hükmolunması diğer dava yönünde (zarar ödenmiş olmadıkça) hukuki önem taşımaz. Tahsilde tekerrüre sebep olunmaksızın aynı zarara iki ayrı davada hükmolunması olanaklıdır.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12.03.2007 gün 2006/4448 Esas ve 2007/3006 Karar sayılı kararı) ⁵¹

“Olay tarihinde davalı 1967 doğumlu olup temyiz kudretini haiz değildir. Temyiz kudretini haiz olmayanların işlemiş oldukları haksız eylemlerden doğan sorumluluk BK’nın 54. maddesinde düzenlenmiştir. Objektif sorumluluğu (sebebiyet sorumluluğu) düzenleyen bu madde hükmüne göre hakkaniyet gerekli kılıyorsa hâkim temyiz kudretini bulunmayan bir kişiyi kısmen veya tam olarak tazminata mahkum edebilir. Anılan hükmün amacı sorumluluğu hakkaniyet düşüncesi ile kusur sorumluluğu hali dışında genişletmek olup mümeyyiz olmayanın eyleminden hukuki bir sonuç doğmayacağı hakkındaki genel kurala bir istisna koymaktır. Ev reisinin sorumluluğu kusura dayanmaz. Diğer bir deyim ile bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Gerçi aile reisinden özen ve gözetim görevinin konusu ile ilgili olarak makul ölçüden fazla zarar önleyici tedbirleri alması beklenmez. Bu sınırın genellik ile objektif ölçülere göre takdiri gerekir. Burada önemli olan aynı durum ve şartlar altında orta seviyede makul bir aile reisinden beklenebilen tedbirlerin alınıp alınmadığının belirlenmesidir. Zira aile reisinden hiçbir zaman çocuğun ruhi ve bedeni gelişmesini engelleyecek bir sonuç doğuracak yoğunlukta bir özen ve gözetim ödevi istenemez ve beklenebilir.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 19.12.1979 gün 1979/11135 Esas ve 1979/14236 Karar sayılı kararı)

“MK 320.maddesine göre aile başkanı gözetim altındaki aile üyesine mutad ve ahvalin gerektirdiği ölçüde özen ve gözetimde bulunduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Madde metninde özen ve gözetimin ölçüsü ahvalin muktazi bulunduğu ve mutad veçhile deyimleri ile ifade edilmiştir. Ahvalin gerektirdiği özen ve gözetimin tespitinde somut olayın koşulları dikkate alınmalı ve bu koşullar altında orta seviyede makul bir aile reisinin alması gerekli tedbirleri alıp almadığı hususu saptanmalıdır. Maddedeki mutad teriminden amaç sorumluluğun kaynağını teşkil eden zararlı olayın meydana geldiği yerde ve zamanda yürürlükteki örf ve adetlerdir. Ancak olayın koşulları, mu-

51 Kazancı Hukuk Yazılımı

taddan fazla özen gösterilmesini gerektiriyorsa veya yeterli derecede özeni göstermemesi konusunda yerleşmiş örf ve adetler mevcutsa ev başkanı mutad özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmamalıdır. Tandoğan'ın belirttiği gibi mutad özen ancak fazla özen gösterilmesi gerekmeyen ve yetersiz özen hususunda kötü adetlerin bulunmadığı hallerde özen derecesinin tayini için bir ölçü bir belirti olabilir.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.02.1980 gün 1979/11318 Esas ve 1980/1887 Karar sayılı kararı)⁵²

F-AYIRT ETME GÜCÜNÜN EKSİK OLMA ŞEKİLLERİ

1-AYIRT ETME GÜCÜNÜN SÜREKLİ KAYBI HALİ

Ayırt etme gücünün sürekli kaybı hali akıl hastalığı zayıflığı ve yaşın küçüklüğüdür. Yaşın küçüklüğü insanın gelişmesinin ve olgunlaşmasının uzun zaman alacağından dolayı söz konusu dönemin uzun olması nedeni ile bu kategori de sürekli yoksunluk olarak değerlendirilebilir.

2-AYIRT ETME GÜCÜNÜN GEÇİCİ KAYBI HALİ

Ayırt etme gücünden yoksun kalanların bu durumlarının geçici olması hali de mümkündür. Zira olay anı burada esas alınacaktır. Olay anının öncesi ve sonrasına göre geçici ve sürekli kayıp durumu değerlendirilecektir.

Ayırt etme gücünün kayıp halinin sürekli mi geçici mi olduğu hususu çok önemli olup sorumluluğa direkt etki eden çok önemli sebeptir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu 54.maddesinin 2.fıkrasında şöyle bir düzenleme getirilmiştir. “*Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz.*” Aynı düzenleme bir farklı olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kusur sorumluluk kısmı kapsamında 59.madde ayırt etme gücünün geçici kaybı hususu düzenlenmiştir. Bu madde şöyle düzenlenmiştir. “*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi bu sırada zararları gidermek ile yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.*” Temyiz kudretini geçici olarak ortadan kaldıran ve tazminat istenmesine imkan veren durumlar sarhoşluk, uyuşturucu etkisi altında olma gibi durumlardır. Bir insan böyle bir duruma çok kere kendi kusuru ile düşer. Bu durumda iken verdiği zarardan sorumluluğu bir bakıma kusura dayanan sorumluluktur. Şayet bir kimse kusuru olmadan böyle bir duruma konulmuş ise bunu ispat edebilirse

52 Kazancı Hukuk Yazılımı

Eski BK mad.54/2 'ye göre sorumluluğu olmaz. Yalnız dikkat edilmelidir ki, ispat edilecek husus fiilinin işlenmesinde kusurunun bulunmadığı değil geçici surette temyiz kudretinin kaybindan kusuru bulunmadığıdır.^{53 54} Temyiz kudretini kusuru olmadan geçici olarak kayıp ettiğini ispat ederek Eski BK m.54/f.2'de öngörülen sorumluluktan kurtulan şahıs hakkaniyet gerektiriyorsa Eski BK.m.54/f.1 uyarınca sorumlu tutulabilir. Diğer bir deyim ile temyiz kudretinin geçici kaybindan kusuru olmayanlar bunu ispat ettiğinde hakkaniyet sorumluluğu ile karşı karşıyadadır.⁵⁵

M-AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLARIN VERMİŞ OLDUKLARI ZARARLARDAN SORUMLULUK KAPSAMINDAKİ ZARAR TÜRLERİ

Ayirt etme gücünden yoksun olanların vermiş olduğu zararlardan dolayı davacı hangi zararlarını karşılanmasını isteyebilir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu 54.maddesine **ika ettiği zararın** tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder şeklindeki düzenleme **zarar** deyimini kullanmıştır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 59.maddede **zararları gidermek ile yükümlüdür** şeklinde düzenleme ile zarar deyimini kullanmıştır. Aynı yasanın 65.maddesinde ise kişinin **verdiği zararın** tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir şeklinde düzenleme yapılmıştır. Her iki yasada da zarar deyimini kullanmış ve herhangi bir zararı dışlamamıştır. Bu neden ile yasada ifade bulan zarar kavramının kapsamına bu sorumluluk şekli için maddi ve manevi zararların hepsi girer.⁵⁶

Konu ile ilgili Yargıtay kararlarına baktığımızda her iki zarar türü için de tazminat talebinde bulunulacağını hükme bağlandığını görmekteyiz. Şöyle ki;

“Borçlar Yasası'nın 54.maddesi de gözetilerek davacılar yararına manevi tazminat takdir edilmiş ise her iki tarafın da ekonomik durumun iyi olması, davalının ceza ehliyetinin tam olmaması nedeni ile verilen tazminatın davalı yönünde caydırıcı gücünün bulunmadığı yukarıda açıklanan hak ve adalet (hakkaniyet) ilkesine göre belirlenen tazminat tutarından uygun bir indirim yapılması gerekir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 13.04.2011 gün, 2010/3747 Esas ve 2011/4104 Karar sayılı kararı)⁵⁷

53 OĞUZMAN Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler sh.598-599

54 KARAHASAN Mustafa Reşit -Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:500

55 OĞUZMAN Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler sh. 600

56 OĞUZMAN Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler sh. 601

57 Kazancı Hukuk Yazılımı

“Davalı hakkında TCK'nun 46.maddesinin uygulanması gerektiğine ilişkin Adli Tıp Raporu ile davalının ayırtım gücüne sahip olmadığına anlaşılmasına göre **davacı yararına hükmedilen manevi tazminat miktarı fazladır**. Daha alt düzeyde manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 13.04.2011 gün, 2010/3747 Esas ve 2011/4104 Karar sayılı kararı) ⁵⁸

“Davalının ayırtım gücüne sahip olmadığına anlaşıldığına göre davacı yararına **hükmedilen manevi tazminat miktarı fazladır**. Davalının durumu ve Borçlar Yasasının 54.maddesindeki düzenleme de gözetilerek daha alt düzeyde manevi tazminat takdiri için kararın bozulması gerekmektedir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 24.04.2003 gün, 2002/14242 Esas ve 2003/5249 Karar sayılı kararı)⁵⁹

“**Borçlar Kanununun 54. maddesinde zarardan genel olarak söz edilmiş çeşidi belirlenerek bir ayırık getirilmemiştir. Bunun sonucu olarak BY'nin 54. maddesinin maddi olmayan zararın meydana getirilmesinde uygulanmayacağı konusundaki görüşün reddi olacaktır.**” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesininin 14.04.1972 gün, 1972/12194 Esas ve 1972/3418 Karar sayılı kararı) ⁶⁰

II-AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLARIN VERMİŞ OLDUKLARI ZARARLARDAN DOĞAN DAVALARDAKİ USUL HÜKÜMLERİ

1-DAVACI OLMAK

Haksız fiilden kim zarar görmüş ise davayı o açacaktır. Yaşı küçük ve kısıtlı ise velisi ve vasisi davada temsil görevini yerine getirecektir. Ölüm varsa destekten yoksun kalanlar ve ölenin ailesi davacı maddi ve manevi tazminat davası için davacı olarak yer alacaktır. Rücu davalarında ise rücu alacağı için ödemeyi yapan kimse ve kuruluş davacı olabilir.

2-DAVALI OLMAK

Ayırt etme gücünden yoksun olanların vermiş olduğu zararlardan dolayı ilkin zarar veren kişi davalıdır. İkinci olarak şartları varsa aile başkasını sorumlu olarak davalı olur. Burada her iki davalı birbirinin alternatifi olmayıp birlikte sorumlu tutulabilir. Tahsilde tekerrüre düşmemek kaydı ile iki davalıya da ayrı ayrı dava açılabilir. Davalı olmak ile davada temsil farklı kavramlardır. Küçükler velileri vasıtası ile kısıtlılar ise vasiler

58 Kazancı Hukuk Yazılımı

59 Kazancı Hukuk Yazılımı

60 Kararı aktaran KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992 sh:507-509

vasıtası ile davada temsil edilirler. Davalı ehliyetsiz ise kendisine vasi tayin edilip vasi marifeti ile davaya devam olunması gerekir. (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 02.05.2007 gün, 2007/6559 Esas ve 2007/5604 Karar sayılı kararı)⁶¹

Çocuklar vermiş oldukları zararlardan dolayı kendileri sorumlu tutulabilir. Zira bu durum zarar verenin verdiği zararı ödemesi prensibine de uygundur.⁶² Ancak çoğu gayri mümeyyiz küçüğün mal varlıkları bulunmadığından bunların sorumlu tutulmalarının pratik önemi yoktur. Bu tür durumlarda aile başkanının sorumluluğuna başvurmak zararın giderilmesi için daha iyi sonuç verecektir. Bu neden ile BK 54.maddesi sadece mal varlığı bulunan haksız fail failleri (zengin akıl hastası örneği gibi) bakımından bir anlam taşımaktadır.⁶³ Zarar gören davacı zarar veren çocuk ile ev başkanı aleyhine birlikte dava açarak çocuktan haksız fiil faili olarak, ev başkanından özen ve gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği için tazminat isteminde bulunabilir.⁶⁴ Zarar verenin ölümü halinde ise yasal mirasçuları davalı olarak sorumlulukları devam edecektir. Olay tarihi esas alınacağı için olay tarihinden küçük olanların dava tarihinde reşit olmaları durumunda durum değişmeyecektir. Önemli olan olay tarihidir.

Konuya ışık tutan bir kısım Yargıtay kararları da aşağıda verilmiştir.

"Fiil ehliyetine sahip olmayan küçükler tarafından haksız eylem işlenmesi durumunda sorumluluk iki çeşittir. Haksız eylem nedeni ile tazminat istenmesi durumunda husumet BK'nun 41.maddesi gereğince haksız eylemin faili olan küçüğe yöneltilir. Böyle bir davada küçüğün yaşı nedeni ile taraf ehliyeti bulunmadığından onu temsilcisi olan velisi temsil eder. Burada veli davalı durumunda olmayıp temsilci durumundadır. Davalı olan sadece çocuktur ve tazminat hükmü de sadece çocuğun mal varlığından tahsil edilir. Aynı olaydan kaynaklanan diğer bir sorumluluk ise ev başkanının sorumluluğudur. Medeni Yasa'nın 369.maddesinde düzenlenen bu sorumlulukta ev başkanını küçüğün haksız eylemi nedeni ile zarar görene karşı sorumlu olmaktadır. Böyle bir davada ise davalı durumunda olan ev başkanı olup tazminat hükmü ev başkanının mal varlığından tahsil edilecektir. Açıklanan her iki sorumluluk birbirinden farklı huku-

61 Kararı aktaran GÖKCAN Hasan Tahsin- Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku sh.296

62 ARBEK Ömer- Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk sh.45

63 GÖKCAN Hasan Tahsin- Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku sh.295

64 KICALIOĞLU Mustafa-Ev Başkanının Sorumluluğu (MY.369) Yargıtay Dergisi Cilt:31, Sayı:3 sh.275

ki nedenlere dayanmaktadır. Haksız eylemden zarar gören kişi bu sorumluluk nedenlerine dayanarak bu davaları birlikte açabilir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 18.10.2004 gün, 2004/3738 Esas ve 2004/11724 Karar sayılı kararı)⁶⁵

“Çocuk okulda iken dahi MK 320(Yeni MK 369) maddesinden kaynaklanan aile başkanının sorumluluğu devam eder. Keza eylemi gerçekleştiren küçük çocuk da BK 54.maddesi uyarınca sorumludur. Bu nedenlerle olayın gösterdiği tüm özellikler MK'nun 320. (Yeni MK 369)ve Borçlar Kanununun 54.maddeleri kapsamında değerlendirilecek varılacak uygun sonuca göre karar verilmelidir.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 08.05.2003 gün, 2003/1006 Esas ve 2003/6027 Karar sayılı kararı) ⁶⁶

“Somut olayda sigortalı oğlu N.E'yi tüfekle ateş ederek öldüren R.E.'in temyiz kudretini haiz olmadığı ceza dosyası kapsamından sabit olduğundan davalı **R.E. mirasçılarının tazminat sorumluluğu bakımından Borçlar Kanununun 54/1 maddesi hükmü ve giderek tazminat miktarından indirim yapıp yapılmayacağı olayı çevreleyen koşullar ile fiilin mahiyeti göz önünde tutulup R.E.'nin sosyal durumu ile terekesi de araştırılarak değerlendirilmesi gerekir.**” (Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 16.02.2010 gün 2009/15766 Esas ve 2010/1900 Karar sayılı kararı)⁶⁷

“Davalı S.B. yönünden MK 320(Yeni Medeni Kanun 369) maddesi gereğince baba aleyhine **açılan tazminat davası olay tarihi esas alınarak çözümlenir.** Yerel mahkemece küçük B.B.'nin dava tarihinde reşit olması nedeni ile davalı baba hakkındaki davanın husumetten reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 17.03.2003 gün, 2002/12669 Esas ve 2003/2893 Karar sayılı kararı)⁶⁸

“Haksız eylemi gerçekleştiren kişinin olay gününde reşit olmaması dava gününde reşit olsa bile Medeni Kanun'un 396.maddesinde düzenlenmiş bulunan aile başkanının sorumluluğunu kaldırmaz.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.04.2007 gün 2007/3460 Esas ve 2007/4873 Karar sayılı kararı) ⁶⁹

“Fiil ehliyetine sahip bulunmayan küçükler tarafından haksız eylem işlenmesi durumunda sorumluluk iki çeşittir. B.K.'nun 41.

65 Kararı aktaran KICALIOĞLU Mustafa-Ev Başkanının Sorumluluğu (MY.369) Yargıtay Dergisi Cilt:31, Sayı:3 sh.275-276

66 Kazancı Hukuk Yazılımı

67 Kazancı Hukuk Yazılımı

68 Kazancı Hukuk Yazılımı

69 Kazancı Hukuk Yazılımı

maddesi uyarınca küçük haksız eylemin faili olarak aile başkanı ise MK'nın 369. maddesi uyarınca zarar görene karşı sorumludur. Her iki sorumluluk birbirinden farklı hukuki nedenlere dayalı olup zarar gören küçüğe ve aile başkanına karşı birlikte ve ayrı ayrı davalar açabilir. Aynı zarardan her ikisi de kendi mal varlıkları ile ayrı ayrı sorumlu olurlar. Bu davada zarara hükmolunması diğer dava yönünde (zarar ödenmiş olmadıkça) hukuki önem taşımaz. Tahsilde tekerrüre sebep olunmaksızın aynı zarara iki ayrı davada hükmolunması olanaklıdır.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.03.2007 gün 2006/4448 Esas ve 2007/3006 Karar sayılı kararı)⁷⁰

3-GÖREVLİ MAHKEME

Ayırtım gücünün yoksun olanların verdiği zarar kural yargı yolu olarak adli yargı yoluna tabidir. Görevli mahkeme olarak da dava değeri kavramı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'un 2.maddesi hükmü gereği parasal davalarda sulh ve asliye hukuk mahkemesi ayrımı bittiği için asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır. Aynı şekilde ayırt etme gücünden yoksun olma hali ile verilen zarar aile başkanının sorumluluğunu gündeme getirirse o zaman davalı aile başkanı olduğundan davalar aile mahkemelerinde görülecektir. Yargıtay da verdiği şu kararları ile aynı kanaati paylaşmaktadır.

“Aile başkanının sorumluluğunun yasal dayanağı Yeni Medeni Kanun'un (369.mad.) bulunmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Yasası'nun 4.maddesinde M.K'nin ikinci kitabından doğan dava ve işlerin aile mahkemesinde çözümleneceği belirtilmektedir. Somut olayımızda MK'nın 369.maddesinde uygulanması söz konusu olduğundan bu davanın Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmesine yasal olanak bulunmamaktadır.” (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 26.10.2007 gün, 2006/13162 Esas ve 2007/13037 Karar sayılı Kararı)⁷¹

“Aile başkanının sorumluluğunun yasal dayanağı Yeni Medeni Kanunun (369.mad.)bulunmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Yasasının 4. maddesinde M.K'nin ikinci kitabından doğan dava ve işlerin aile mahkemesinde çözümleneceği belirtilmektedir. Somut olayımızda MK'nın 369. maddesine dayanılarak tazminat istendiğine göre böyle bir davanın Aile Mahkemesinde incelenip sonuçlandırılması gerekmektedir.” (Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 19.10.2009 gün, 2009/14239 Esas ve 2009/16080 Karar sayılı Kararı)⁷²

“Aile başkanının sorumluluğunun yasal dayanağı Yeni Medeni Kanunun (369.mad.)bulunmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Ku-

70 Kazancı Hukuk Yazılımı

71 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 82, Sayı 6, Yıl: 2008 sh.3094-3095

72 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 35, Sayı 12, Yıl: 2009 sh.2232-2233

ruluş Yasasının 4.maddesinde M.K'nin ikinci kitabından doğan dava ve işlerin aile mahkemesinde çözümleneceği belirtilmektedir. Somut olayımızda MK'nın 369. maddesine dayanılarak tazminat istendiğine göre böyle bir davanın Aile Mahkemesi'nde incelenip sonuçlandırılması gerekmektedir.” (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2011 gün, 2011/3430 Esas ve 2011/6636 Karar sayılı Kararı)⁷³

4-YETKİLİ MAHKEME

Bu tür davalarda genel yetki kuralı geçerlidir. İlk genel olarak her dava davalının ikamethag mahkemesinde açılabilir. (HMK mad.6) İkinci olarak davalılar birden fazla ise davalılardan birinin mahkemesinde de bu dava açılabilir. (HMK mad.7) Ayırtım gücünden yoksun olanın verdiği zarar aynı zamanda haksız fiil olduğu için haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi, zararın meydana geldiği yer mahkemesi, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.(HMK mad.16)

5-ZAMANAŞIMI

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda haksız fiillerde zamanaşımı 60. maddede düzenlenmiştir. Buna göre zarar gören zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir sene her halükarda ise zararın meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıllık sürede dava zamanaşımına uğrar. Dava konusu eylem aynı zamanda konusu suç teşkil ediyor ve bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı gerekirse o zaman ceza kanunundaki zamanaşımı uygulanır. Zamanaşımı düzenlemesi de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 72. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre zarar gören zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren iki sene her halükarda ise zararın meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıllık sürede dava zamanaşımına uğrar. Dava konusu eylem aynı zamanda konusu suç teşkil ediyor ve bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı gerekirse o zaman ceza kanunundaki zamanaşımı uygulanır.

Ehliyetsizlik nedeni ile kamu davasının düşmesi ceza ehliyeti olmayan hakkında uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanmasına engel değildir. Haksız eylemi işleyen davalı küçüğün ceza ehliyeti yoksa da işlemiş olduğu eylemin suç teşkil etmesi nedeni ile hakkında daha uzun olan ceza zamanaşımının uygulanması gerekecektir.⁷⁴

Ancak doktrinde ve Yargıtay kararlarında ittifak ile kabul edilen genel kabule göre ev başkanlığı ilişkisinden doğan sorumlulukta ev başkanına

⁷³ Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 37, Sayı 9, Yıl: 2011 sh.1586-1587

⁷⁴ Çelik Ahmet - Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı sh. 216

tabi olan çocuğun davranışı esas alındığı için ev başkanının suç oluşturan eyleminden söz edilemez. Ev başkanının özen sorumluluğunun ihlali suç teşkil eden bir davranış değildir. Ev başkanı yasal olarak başka bir kim-senin davranışından sorumlu tutulmuştur. Ev başkanının cezai sorumluluğu olmadığı için ev başkanına karşı açılacak davalarda ceza zamanaşımı (uzamış) süresi uygulanmaz.⁷⁵

Konu ile ilgili Yargıtay da şu kararları ile aynı kanaatini paylaşmıştır.

“Ceza davasında mağdur, aile başkanından bir istekte bulunamayacağından MK 320 (369) maddesine göre sorumlu olan babaya karşı açılacak dava BK 60/1 maddesinde yazılı genel zamanaşımı kuralı uyarınca bir yıllık zamanaşımına bağlıdır.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 23.12.2002 gün 2002/9964 Esas ve 2002/14403 Karar sayılı kararı)⁷⁶

*“Eylem suç teşkil edip olayda ceza zamanaşımı uygulanması gerekir ise bu süre ancak haksız eyleme katılan için kabul edilebilir. **Hâlbuki davalı eylemin faili olmayıp hakkında Medeni Kanunun 369.maddesine göre dava açılmıştır. Bu durumda ceza zamanaşımının uygulanma olanağı bulunmamaktadır.**” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2005 gün 2005 / 7601 Esas ve 2005 / 1176 Karar sayılı kararı)⁷⁷*

Ancak bu kararları ile oluşan Yargıtay uygulamasının bu konudaki katılığı haklı değildir. Zira karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası sigortacısı da işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenmiştir. Söz konusu sigortacı haksız fiil faili değildir. Davranışı suç da teşkil etmez. Ancak burada Yargıtay oturmuş içtihadı ile uzamış ceza zamanaşımının sigorta şirketi için geçerli olduğuna karar vermektedir. Ancak ev başkanının sorumluluğunun bazı hallerde cezai sorumluluk kaynağı olabileceğinin de unutulmaması gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 369/2 ve 3. maddesi gereği ev başkanı ev halkından akıl hastası ve akıl zayıflığı ve kanaatimce çocukların kendileri ve başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almak ve zorunluluk hallerinde ise gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamsan istemekte yükümlüdür. Bu yükümlüğü ihmal Türkiye Ceza Kanunu'nun 85.maddesindeki taksir ile öldürme ve 89.maddesindeki taksir ile yaralamayı gündeme getirecektir. Bu neden ile kural olarak ev başkanı aleyhine açılan davalarda uzun ceza zamanaşımı uygulanmayacağına dair yargısal içtihat ve kabullerde hukuka aykırılık olduğu kanaatindeyiz.

75 KICALIOĞLU Mustafa Ev Başkanının Sorumluluğu (MY.369) Yargıtay Dergisi Cilt:31, Sayı:3 sh.280

76 Kazancı Hukuk Yazılımı

77 Kazancı Hukuk Yazılımı

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale G.-AKINTÜRK Turgut-KARAMAN Derya Ateş- Türk Medeni Hukuku Başlan-
gıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt:1 7.Baskı Beta 2009
- ARBEK Ömer- Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk
Yetkin Yayınları 2007
- ÇELİK Çelik Ahmet - Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı Legal 2004
- DÖNMEZER Sulhi- ERMAN Sahir- Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2
11.Bası Beta 1997
- EREM Faruk-DANIŞMAN Ahmet-ARTUK Mehmet Emin-Ceza Hukuku Genel Hükümler
14.Baskı Seçkin 1997
- EREM Faruk-Tasarlanmış Ehliyetsizlik Yargıtay Dergisi Cilt 18 Sayı 4
- GÜLEÇ Sema-Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması 4.baskı Seçkin Yayınları 2002
- GÖKCAN Hasan Tahsin- Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku Genişletilmiş
3.Baskı Seçkin Yayınları
- HATEMİ Hüseyin-Kişiler Hukuku Dersleri Filiz Kitapevi 1992
- KARAHASAN Mustafa Reşit -Sorumluluk Hukuku Genişletilmiş ve Bağımsız Olarak Dü-
zenlenmiş Baskıdır 1995 Beta yayınları
- KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Doktrin Genel Hükümler Cilt:1 1992
- KARAHASAN Mustafa Reşit –Türk Borçlar Hukuku Cilt:2 Genel Hükümlerle İlgili Yasa
Maddeleri ve İçtihatlar
- KICALIOĞLU Mustafa-Ev Başkanının Sorumluluğu (MY.369) Yargıtay Dergisi Cilt:31,
Sayı:3
- KILIÇOĞLU Mustafa- Tazminat Hukuku 2.baskı Legal 2006
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU-HATEMİ-SEROZAN-ARPACI (Hüseyin HATEMİ)
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku Filiz Kitapevi İs-
tanbul 1998
- OĞUZMAN Kemal- ÖZ M. Turgut- Borçlar Hukuku Genel Hükümler Filiz Kitapevi 1995
- ORHUNÖZ Ergun-Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar
Seçkin Yayınları 2000
- ANTALYA O.Gökhan- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Beta Yayınları 2011
- ÖZTAN Bilge- Medeni Hukukun Temel Kaynakları Turhan Kitapevi 8.Bası 2002
- ÖZTAN Bilge- Türk Medeni Kanunu Turhan Kitapevi 2.Bası 2002
- Yargıtay Kararları Dergisi
- Yargıtay Dergisi
- Yargı Dünyası
- İstanbul Barosu Dergisi
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- Kazancı Hukuk Yazılım Programı

ANONİM ŞİRKETLERDE HAKİM PAY SAHİBİNİN ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI (SATIN ALMA HAKKI)

Av. Ramazan YILMAZ¹

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, iki durumda azınlık pay sahiplerinin hakim pay sahiplerinin talebi ile ortaklıktan çıkarılabilmesini öngörmüştür. Bu iki durum; TTK m. 208 ile TTK m. 141'de düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu dışında, Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı Taslağında da pay sahiplerinin Anonim Şirketten çıkarılmaları m. 27/1'de düzenlenmiştir. Bunların dışında, Anonim Şirketten çıkarılmaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

TTK madde 208 uyarınca satın alma hakkı

TTK m. 208'e göre; hakim Şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye Şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık Şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hakim Şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202'nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir.

TTK m. 208 ile hakim Şirkete, bazı şartlarla azınlık paylarını satın alma hakkı tanınmıştır.

Koşulları

Satın alma hakkının kullanılabilmesi için hakim paysahibinin, doğrudan veya dolaylı olarak bir Anonim Şirketin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olması zorunludur.

Buna göre, Anonim Şirketlerde hakim paysahibinin çıkarma hakkını kullanabilmesi için, %90 olarak belirlenmiş olan sınırın muhakkak aşılması gerekir. Maddede, %90 olarak belirlenmiş olan sınırı aşması gereken Şirketin türünden bahsedilmemiş ve sadece hakim Şirket kavramına yer verilmiş olduğundan dolayı, anonim Şirketin sermaye ve oy hakkının %90'ının bir başka anonim, limited, kollektif veya komandit Şirket tarafından iktisap edilmesi halinde çıkarma hakkı kullanılacaktır.

¹ İstanbul Barosu Avukatlarından

Gerçek kişinin, anonim şirketin sermaye ve oy hakkının %90'ını iktisap etmesi halinde ise, hakim pay sahibi gerçek kişinin çıkarma hakkı yoktur.

Hakim pay sahibin çıkarma hakkını kullanabilmesi için ulaşılması gereken sınır, sermaye ve oy hakkına göre hesaplanır. Buna göre; çıkarmak hakkını kullanmak isteyen şirketin hedef şirketteki payların ve oy haklarının en az %90'ına sahip olması gerekir. Kanun'da belirtilmiş olan %90'lık sınıra ulaşılabilmesi için, sermaye ve oy hakkı kriterlerinin bir arada gerçekleşmesi gerektiğinden oy hakkına ilişkin sınırın hesaplanmasında oydan yoksun olan paylar hesaba katılmamalıdır.

Kanunda belirtilmiş olan %90'lık sınıra ulaşılabilmesi için, sermaye ve oy hakkı kriterlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin hesaplanmasında "oyda imtiyazlı paylar"ın durumunun ayrıca irdelenmesi gerekir. Zira, anonim şirketlerde oyda imtiyazlı paylar var ise, sermaye olarak %90'lık sınır aşılmış olsa dahi oy hakkına ilişkin %90'lık sınır aşılmamış olabilir. Veya, oy hakkına ilişkin %90'lık sınır aşılmış olmasına rağmen, sermayeye ilişkin %90'lık sınır aşılmamış olabilir. TTK m. 479/3'e göre, oyda imtiyaz; esas sözleşme değişiklikleri, işlem denetçisi seçimi, ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda kullanılmaz. Ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılması için, esas sözleşme değişikliği gerekmediğinden oyda imtiyazlı payların, sahip oldukları imtiyazla birlikte dikkate alınması gerekir.

Çıkarma hakkının kullanılabilmesi için %90'lık sınırı oluşturan sermaye ve oy hakları üzerinde doğrudan hakimiyet kurulması zorunlu olmayıp, madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere dolaylı hakimiyet de kurulabilir. Böyle bir durumda da %90'lık sınırın sağlandığı kabul edilmektedir. Buradaki dolaylı olarak sahip olma kavramı, sadece bağlı şirketler eliyle tutulan payları kapsamalıdır. Pay oranının hesabında, hakim şirketin bağlı şirkette sahip olduğu pay oranı ile, bağlı şirketin hedef şirkette sahip olduğu pay oranı nazara alınmalıdır.²

Hakim pay sahibinin satın alma hakkını kullanabilmesi için, haklı bir sebebin varlığı gerekir.

TTK m. 208'de azlığın, pay sahipliğinden çıkarılmasına yol açabilecek davranışlar, "*şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa*" biçiminde örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu davranışlar örnekleme yoluyla sayıldığından tahdidi değildir. Bu bakımdan, şirket aleyhine

² Okutan Nilsson, Gül.; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı 2009, s. 438

olumsuz açıklamalarda bulunulması, şirketin ticari sırlarının ifşa edilmesi bu bağlamda değerlendirilebilir.

Madde metninde, “dürüstlük kuralına aykırı davranma” azlığın hareket şekillerinden sadece biri olarak ifade edilmiştir. Öyle ise, azlığın faaliyeti veya davranışı dürüstlük kuralına aykırı olmasa dahi, şirket içi istikrarı bozucu nitelikte ise haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir. Ancak iyiniyet ile azlık hakkının kullanılmış olması, haklı sebebin olduğu anlamına da gelmemelidir. Bu bakımdan, azlık paylarını satın alma hakkı mutlak bir hak olmayıp, ancak haklı bir sebebin varlığı halinde söz konusu olabilecektir.

Satın Alma Davası

Satın alma hakkının kullanılması için doğrudan mahkemeye başvurulmasının zorunlu olup olmadığı, daha açık bir anlatımla, satın alma hakkının mahkeme vasıtasıyla mı, yoksa azlığa yapılacak tek taraflı bir bildirimle mi kullanılacağı madde metninde açıkça belirtilmemiştir. Her ne kadar gerekçede kötüye kullanmaları önlemek ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olmak için kararın mahkemeye bırakıldığı belirtilmekte ise de, hüküm lafzından bu sonucu çıkarmak mümkün değildir.³ Ancak TTK m. 208’de 202. Maddeye atıf yapıldığından ve 202. Madde de ise, payların satın alınması için mahkemeye başvurmaktan açıkça söz edildiğinden dolayı, satın alma hakkının da ancak dava yolu ile kullanılabilceğinin kabulü gerekir.⁴ Ancak madde metninin

3 Kendigelen, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı 2011, s.162

4 Aynı yönde, (Okutan, 441) “Esasen Tasarımın Şubat ve Kasım 2005 tarihli ilk ve ikinci metinlerinde, satın alma hakkının mahkemeye başvurularak kullanılacağı belirtilmişti. Gerekçede de, -Kötüye kullanmalara ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olmak amacı ile karar mahkemeye bırakılmış, pay bedeli kanunen belirlenmiştir denilerek mahkemeye başvuru yönteminin amacı açıklanmıştı. Ancak, Adalet alt komisyonu tarafından yapılan bir değişiklikle, hakkın mahkemeye başvurularak kullanılacağına dair ifade değiştirilmiş, bunun yerine payın değerinin belirlenmesine yönelik olarak 202. Maddenin ikinci fıkrasına gönderme yapılmıştır. Adalet alt komisyonu raporunda bu değişikliğe dair olarak yapılan açıklamada, mahkemeye başvuru sisteminin değiştirilmesine dair bir niyet belirtilmemiş; tersine, mahkemenin payın değerini belirlerken, karar tarihine en yakın verileri esas almasını sağlamak için 202. Maddeye gönderme yapıldığı ifade edilmiştir. Adalet Komisyonu da bu değişikliği aynen benimsemiştir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, satın alma hakkının, hakim şirket tarafından azlığa gönderilecek bir bildirim ile değil, mahkemeye yapılacak bir başvuru ile, yani bir dava hakkı ile kullanılacağına ilişkin sistem devam ettirilmek istenmiştir. 202. Maddeye yapılan atıf da bu şekilde yorumlanmalıdır. Zira 202. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen azlığın payını hakim şirkete satma hakkı da mahkemeye başvuru yoluyla kullanılmaktadır. Dolayısıyla, 209. Maddede bu fıkraya yapılan gönderme, 209. Maddedeki hakkın da mahkeme kanalıyla kullanılacağını göstermektedir. Nitekim satın alma hakkı bir haklı sebebe bağlandığından, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkeme tarafından takdiri uygun olur.”

yeterince açık olmaması karşısında; aksinin de savunulabileceğine ilişkin eleştiriler mevcuttur.⁵

TTK m. 208'de düzenlemiş olan satın alma hakkı yenilik doğuran haklardan olduğundan dolayı, açılacak "satın alma davası" da inşai dava(yenilik doğuran dava) niteliğinde olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesi inşai davayı düzenlemektedir. Bu hükme göre; "(1) İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. (2) Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde, inşai dava açılır. (3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir" Görüldüğü üzere; bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için(yani yenilik doğuran bir hakkın kullanılması için), davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı, bunun ancak bir mahkeme kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılan davaya inşai dava veya yenilik doğuran dava denir.⁶

"Satın alma davası" açıldıktan sonra; mahkeme tarafından ret kararı verilmesi durumunda, bu karar iddia edilen inşai hakkın bulunmadığı yönünde bir tespit hükmü olacaktır. Mahkemenin kabul kararı vermesi durumunda ise; azınlık pay sahiplerine ait payların hakim pay sahibine geçmesi hüküm altına alınmış olacaktır. Ancak, azlığa ait payların üzerinde bağlam (pay devrini engelleyen veya sınırlandırılan bir hüküm) bulunması durumunda, mevcut sorunun nasıl çözümleneceği hususunda TTK'da bir düzenleme mevcut değildir.

"Satın alma davası" sonucunda, azınlık paylarının hakim pay sahiplerine geçmesine karar verilmesi halinde, pay bedellerinin azınlık pay sahiplerine ödenmesini teminat altına alan herhangi bir hüküm TTK'da mevcut değildir. Bu bakımdan azınlık pay sahipleri, şirketten çıkarıldıktan sonra pay bedellerini tahsil etmek için kanuni yollara başvurma, dahası payların karşılığını alamama gibi bir tehlike ile karşılaşmaları mümkündür.

5 (Kendigelen, 162) "TK 202'ye yapılan yollama ise , sadece satın alınacak payların değerinin tespiti ile sınırlıdır. Buna karşılık TK 202'de payların satın alınması için mahkemeye başvurmadan açıkça söz edilmesine karşın satın alma hakkı bakımından TK 208'de böyle bir açıklığa yer verilmemesi, aksine bir yorumu destekler niteliktedir. Dolayısıyla hükmün mevcut lafzı karşısında, satın alma hakkının kullanılması için mahkemeye başvurulmasına gerek olmadığı, aksine tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilen satın alma hakkına itiraz etmek isteyen pay sahiplerinin, gerek satın alma şartlarının oluşmadığı, gerek satın alınan payların değeri konusunda mahkemeye başvurabileceği görüşü pekala savunulabilir."

6 Pekcanitez,Hakan/Atalay,Oğuz/Özekes Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı 2011, s. 311

Kanaatimizce, satın alma davasında herhangi bir karar verilmeden evvel, bilirkişi marifetiyle tespit edilmiş olan pay bedellerinin mahkeme tarafından belirlenen süre içerisinde ve mahkemenin belirleyeceği yere depo edilmesine ilişkin bir ara karar verilmelidir. Zira, TTK m. 208 uyarınca çıkarma hakkının kullanılabilmesi için, %90 olarak belirlenmiş sınırdan aşılması ve azınlık pay sahiplerinin şirket içi istikrarı bozucu veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlarda bulunmaları yeterli değildir. Bunun yanında, azınlık pay sahiplerine paylarının gerçek değerlerinin de ödenmesi gerekir. Zira, çıkarma hakkı azınlığa uygulanan bir yaptırım değildir. Bu bakımdan, doktrinde azınlık pay sahiplerinin pay bedellerinin teminat altına alınması için MK 734/II'nin kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin görüşe katılmıyoruz.⁷ Zira, MK 734/II'nin kıyasen uygulanmasına gerek yoktur.

TTK m. 208'e göre; payın satın alma bedeli, varsa borsa değeri, yoksa 202/2 'de belirlenen değerdir. "Satın alma davasında" satın alınmak istenen payların değerinin ehil bilirkişiler marifeti ile TTK m. 202/2'de öngörülen usullerle hesaplanması gerekir. Buna göre; payın borsa değeri bulunmuyorsa, veya ekonomik kriz, idari işlem, manipülasyon gibi nedenlerle borsa değerinin olağanüstü iniş çıkışlar göstermesi nedeniyle bu değer hakkaniyete uygun düşmüyorsa, paylar gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınır. Değer belirlenirken, mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınır.

Satın alma davasının ikame edilebilmesi için TTK'da herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir.

TTK'nın 4/a hükmüne göre bu kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu bakımdan, satın alma davası TTK m. 208'de düzenlenmiş olmakla ticari dava sayılır. TTK m. 5/1'e göre; aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir. Bu bakımdan, ikame edilecek satın alma davasında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleridir.

7 (Okutan 443) "Kanaatimizce, Tasarı'nın 209. Maddesindeki davada, MK m. 734/II hükmününün kıyasen uygulanması suretiyle hakim şirketin pay bedelini mahkeme tarafından belirlenen süre içinde hakim belirleyeceği yere yatırması istenebilmelidir"

BİLİŞİM HUKUKU VE ALAN ADLARI

Av. Esra GÜLTEKİNER¹

1. Giriş

Teknolojinin hızla gelişmesi sağladığı kolaylıkların yanında problemleri de beraberinde getirmiştir. Bu durum Bilişim Hukuku adı altında yeni bir alanın doğmasına yol açmıştır. Bilişim hukukunda, uygulamada en fazla karşılaşılan uyuşmazlıklardan birisi alan adı ihlalleridir.

Bu yazı internet alan adları konusunda olup, Bilişim Hukuku ve İnternet Hukuku çerçevesinde ve “Birleşik Devletler Ticaret Bakanlığı- (United States Department of Commerce)” ile “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü- (World Intellectual Property)” öncülüğünde yapılan çalışmaların sonucunda “İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu” tarafından 24 Ekim 1999’da kabul edilen “Alan İsmi Anlaşmazlıklarının Çözümü için Yeknesak Politikalar (The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy-UDRP)” kuralları çerçevesinde açıklanacaktır².

2. Bilişim Hukuku Tanımı ve Gelişimi

Dilimize Fransızca “informatique” kelimesinden gelerek yerleşen “bilişim” kelimesi, hem verilerin işlenmesini hem de verilerin iletilmesini ifade etmektedir³. Veri işlemek için bilgisayar kullanımının kaçınılmaz olması, bilişim ve bilgisayar kavramlarının iç içe girmesine neden olmuştur⁴. Bilişim hukuku, internetin sağladığı imkanları pek çok boyutuyla görmeyi, ele almayı ve anlamayı gerektirmektedir.

Bilişim insanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki

1 İstanbul Barosu

2 Burada Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun (BTK) “İnternet Alan Adları ile İlgili Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının İşletilmesine ve Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılara İlişkin Tebliğ Taslağı”ndan bahsetmekte fayda var. İnternet alan Adları Yönetmeliğinin 23. maddesi kapsamında BTK tarafından başta ICANN ve IANA olmak üzere dünya uygulamaları incelenmiş ve kamu kurumlarının, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin ve diğer ilgililerin de görüşleri alınarak ilgili tebliğ hazırlanmıştır. Söz konusu Tebliğ Taslağının yayımlanmasından sonra ülkemizde internet alan adları ile ilgili ihtilafların alternatif olarak çözülmesi amacıyla Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması işletilmeye başlanacaktır (<http://www.trabis.gov.tr/tr/ucm.html>) (17.12.2012).

3 Topaloğlu, Mustafa. Bilişim Hukuku. Mayıs 2005, Adana. s. xi.

4 Bkz. Topaloğlu, s. xi.

iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve rasyonel biçimde işlenmesidir⁵. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bilişim hem veri işlenmesini, hem de bu işlemin sonucunun aktarılmasını yani veri iletişimini ifade etmektedir. Bilişim alanı ise 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu öntasarısında “verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutma imkanı veren manyetik sistemlerin oluşturduğu alan” olarak tanımlanmıştır⁶.

İnternet birden fazla bilgisayarın belli bir yöntemle uyararak birbirleri arasında bağlantı kurmalarına olanak sağlayan uluslararası bilgi iletişim ağıdır ve konuya hukuk açısından yaklaşmak gerekirse, bu bilgi iletişim ağının sahibinin kim olduğu, asgari olarak bu ağın kimin yönetimi ve denetimi altında bulunduğu ve özellikle de “internet” adı verilen bu sistemden dolayı kimin sorumluluk taşıdığı akla gelen sorulardandır⁷. Aslında temel olarak belirtmek gerekir ki, internetin bir sahibi yoktur ve herhangi bir kişinin mülkiyetinde değildir. Yazımızda bahsedeceğimiz bazı suistimallerin dışında, bazı istisnai ulusal veya yerel kuralların dışında, internete girmek, internette yararlanmak ve çeşitli olanaklarını kullanmak için herhangi bir yasal formalite, başvuru, izin, ona vb. gibi işlemler söz konusu değildir, hatta, internetin kullanımında ortaya çıkabilecek suistimleri, aşırılıkları, ususüzlükleri, kuraldışı davranışları denetleyip müeyyide uygulayacak merkezi bir otorite de yoktur⁸.

İnterneti yürürlükteki mevzuat açısından değerlendirdiğimizde, hukuk sisteminin bu her geçen gün büyüyen sistemin kurallarının düzenlenmesi bakımından yetersiz olduğu görülmektedir. Ancak bazı çözüm getirecek hükümler özel hukuk alanında mevcuttur. İnternetin hukuk altyapısının kamu hukuku alanında da kısıtlayıcı olmaktan ziyade düzenleyici, yol gösterici hatta teşvik edici hükümler ile kurulması; internetin önünün hukuk yolu ile açılması ve çağın simgeleyen bu olağanüstü sistemin herkese sınırsız açık tutulmasının sağlanması Türk Hukuk sisteminin hedefi olmalıdır⁹. Elbette ki, bu sistemin içinde suç teşkil edecek veya kamu düzenini ihlal edici davranışların engellenmesini sağlayacak esaslara yer verilmesi bir zorunluluktur ancak asıl büyük yararın ne olduğunu belirleyip olanaklar ölçüsünde hukuk ilkelerine yer verilmesi gerekmektedir¹⁰.

5 Ergün, İsmail. Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum. Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 10.

6 Bkz. Ergün s. 11 referansıyl: 1997 tarihli TCKÖT, TBMM tarafından basılan yayınlanmamış metin, s. 151.

7 Güran/Akünel/Bayraktar/Yurtcan/Kendigelen/Beller/Sözer. *İnternet ve Hukuk*. s. 13

8 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 14.

9 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 16.

10 Bkz. Güren ve diğerleri, s. 16.

3. İnternette Fikri Mülkiyet Hakları

İnternetin ve bilişim teknolojilerinin bu kadar hızlı bir şekilde gelişip yaygınlaşması bu alanda işlenen suçların da artmasına ve suç işlenmesinin kolaylaşmasına yol açmıştır. Dolayısıyla, internette fikri hakların korunması dijital iletişim çağında önemli bir sorun teşkil etmektedir zira internette yer alan tüm bilgi ve dosyalar milyonlarca internet kullanıcısının müdahalesine maruz kalmakta ve kolaylıkla hakları ihlal edilebilmektedir¹¹. Gerçekten internetin yaşam kaynağını dünyanın dört bir yanından sınırsız sayıdaki içeriğin sunucunun (content provider) internet ortamına aktardıkları yazılı metinler, müzik dosyaları, resimler, grafikler, videolar ve bilgisayar programları oluşturmakta, bu dosyalar büyük bir topluluğa hitap etmekte ve basit bir hareketle kopyalanabilmektedir¹². İnternet sayfaları ve paylaşılan bu dosyalar Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”) madde 1 hükmü ile “sahibinin hususiyetini taşıyan ...ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve (veya) sanat mahsulü” eser olarak tanımlanmış ve sahiplerine FSEK çerçevesinde koruma sağlanmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Bilişim Hukuku ile ilgili mevzuata ilham olan asında dünyadaki gelişmelerdir. Bu konuda, önemli sayılabilecek gelişmelerden birisi Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesinin eki olan 1994 tarihli TRIPS Anlaşması (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma), bir yandan da bu hükümlerin serbest ticarete engel olmayacak şekilde düzenlenmektedir¹³. TRIPS Anlaşması daha önce var olan uluslararası anlaşmaları değiştirmemiş fakat bu anlaşmaların daha etkin şekilde uygulanabilmesine imkan yaratmıştır¹⁴. Fikri hakları dijital çağın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yeniden düzenlemek amacıyla Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO) himayesi altında diplomatik konferanslar yapılmıştır ve bunların sonucunda “WIPO Fikri Haklar Anlaşması” ve “WIPO İcralar ve Plaklar Anlaşması” adlı iki adet anlaşma düzenlenmiştir¹⁵.

Fikri Mülkiyet alanındaki gelişmelerin temelini bu anlaşmalar oluşturmakla beraber, internet ortamında yayınlanan yazılı eserler, müzik eserleri, görüntüler, bilgisayar programları veri tabanları, web sayfaları da koruma kapsamındadır. FSEK kapsamında internette korunan bu eserlerin umuma iletim hakkı kanununun 25. maddesi gereğince eser sahibine aittir: “Bir eserin aslımı veya çoğaltılmış nüshalarımı, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayını yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya

11 Bkz. Topaloğlu, s. 135.

12 Bkz. Güren ve diğerleri, s. 35.

13 Bkz. Topaloğlu, s. 135.

14 Bkz. Topaloğlu, s. 135.

15 Bkz. Topaloğlu, s. 136.

görüntü nakline yarayan araçlarla yayımlanması... suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” İnternette fikri hak ihlali sayılan durumlar arasında, izinsiz online çoğaltma, linkler, çerçeve içine alma (frames), ön belleğe alma (caching) sayılabilir.

İnternet ile bağlantılı olarak bu alanda gündeme gelen temel sorunlardan birisi, internet adresi olarak nitelendirilen alan adlarının (domain names) hukukten korunan ayırt edici ad ve işaretlerle çatışmasıdır¹⁶. Öyle ki, erken davranan bazı kişi veya kurumlar önemli nitelikleri olan alan adlarını kendileri için tescil ettirmiş ve pek çok kişinin haklarını ihlal etmeleriyle bu çatışma başlar. Ayırt edici işaret/isim üzerinde hak sahibi olan kişinin internet adresini kendi adına tescil ettiren kişiye karşı, ismi/ işareti koruyan hükümlere göre bir başvuru hakkı olacaktır¹⁷. Bu konuya aşağıda uygulamadan örneklerle vererek değineceğiz.

4. Alan Adı İhlalleri

a) Alan Adı Nedir?

İnternetteki her web sitesinin kendisine ait özel bir adresi vardır ve bunlar IP adresi olarak adlandırılır ve bilgisayarlar arasında iletişim yapılırken veri paketlerinin adreslenmesinde kullanılırlar: Bir adres 32 bitlik bir sayıdır, dolayısıyla ağ üzerinde teorik olarak 2^{32} tane, yaklaşık 4 milyar bilgisayar bağlanabilir. 32 bitlik IP adresleri gösterimi ve yazımı kolay olsun diye aynı zamanda ağ yönetimi için sağladığı kolaylıklardan dolayı her biri noktalarla ayrılan 8 bitlik dört parçaya bölünmüştür. Kullanıcı düzeyinde IP adreslerini akılda tutmak çok zordur. Bu nedenle IP adresleri”Alan Adı Sistemleri – Domain Name System (DNS)” ile simgesel olarak isimlendirilmiştir. Kısaca açıklamak gerekirse “Alan Adı Sistemi” okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede karşılığı olan IP adreslerini bulan ve kullanıcıya veren sistem, alan adı da bu IP adreslerine verilen isimdir¹⁸.

Bir kişi veya kuruluş internet üzerinde alan adı kaydı yaptırmak istiyorsa önünde iki seçenek vardır: kendi ülkesinin alan adı uzantısı ile (örneğin, “tr” Türkiye, “uk” İngiltere, “de” Almanya¹⁹ gibi) veya ikinci olarak ABD’de yetkili kuruluşlar olan InterNIC veya NSI’dan alan adı almaktır (ABD’den alınan alan adlarında herhangi bir ülke belirteci yer almaz)²⁰. Öte yandan, ABD özel kuruluşlar için “us” uzantısı yaratmıştır ve internet adresleri ülkelere ayrıldıktan sonra “com”, “edu”, “gov” gibi daha alt bölümlere ayrılır ve bunlar da üst düzey (top level) alan adlarına

16 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 40.

17 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 40.

18 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 40.

19 Bunlara uluslararası platformda ccTLD (country code top level domain) adı verilmekte ve yaklaşık 250 ülkenin kodundan oluşmaktadır.

20 Bkz. Topaloğlu, s. 155-156.

karşılık gelir. Örnek vermek gerekirse; com, ticari kuruluşları; edu, eğitim kurumlarını; org, ticari olmayan, hükümete bağlı olmayan kurumları; gov, hükümete bağlı kurumları gösterir. 1992 yılından beri Avrupa'da IP numarası dağıtımını yerel internet kayıt merkezleri (local internet registries) tarafından yapılmaktadır²¹. ABD'de bulunan Global Internet Registry, Avrupa bölgesindeki IP numarası dağıtım yetkisini RIPE NCC (Reseaux IP Europeans Network Coordination Center) organizasyonuna vermiştir ve bu organizasyon elindeki IP numarası bloklarını Avrupa'daki ülkelerde yerel internet kayıt merkezleri aracılığıyla dağıtmaktadır²². Türkiye'de ise IP numarası dağıtım yetkisi RIPE tarafından ULAKBİM'e verilmiştir ve halihazırda alan adı ve IP numaralar²³ dağıtımını ODTÜ ULAKNET tarafından

21 Ülkemizde alan adına ilişkin tarihsel süreç: 1991: Türkiye internet'e bağlanmış ve ICANN & ODTÜ ".tr" alan adı Dağıtımını başlanmıştır. 1997: 30 Nisan 1997 tarihinden itibaren, mil.tr uzantılı alan adı, T.C. askeri kurum ve kuruluşlarına tahsis edilmektedir. 1998: ODTÜ- BİDB tarafından tüm Türkiye için tutulmakta olan DNS (Domain Name System) kayıtlarına başvuruları kolaylaştırmak adına, WWW üzerinden etkileşimli olarak alınan başvuru sistemini geliştirmek amacıyla 2 yeni alan adı sunumcusu devreye sokulmuştur. 16 Haziran 1998 tarihi itibarıyla gen.tr (genel kullanım alan adı) başvuruları kabul edilmeye başlanmıştır. 1 Temmuz 1998 tarihi itibarıyla nom.tr (kişisel alan adı) başvuruları da kabul edilmeye başlanmıştır. 1999: Alan adı tanımlamaların daha hızlı ve organize yapılmasını sağlamak amacıyla yeni bir veritabanı oluşturulması çalışması başlatılmıştır. 1999 sonu itibarı ile, ODTÜ'ye kayıt ettirilmiş bulunan 14.477 adet alan adı tanımlı bulunmaktadır. 2000: 2 Kasım 2000 tarihinde, kamuoyunun katkı ve görüşlerini almak, çok sesli bir ortamda değerlendirme yapmak, Türkiye'de İnternet Alan Adları'nın sağlıklı gelişmesi için temel öneriler oluşturmak ve bu önerileri Alan Adı Yönetimi (ODTÜ)'ne ileterek uygulanmalarını sağlamak amacıyla DNS Çalışma Grubu (DÇG) kurulmuştur. 2003: 26 Mayıs 2003 tarihinde nic.tr alan adları sahipliğinin güvenliğini esas alan, kullanışlı, web-tabanlı elektronik bir sisteme geçiş yapmıştır. Yeni sisteme geçiş öncesi toplam alan adı sayısı, 45.494 adettir. İlk av.tr (mesleki kullanım alan adı) uzantılı alan adı 29 Eylül 2003 tarihinde tahsis edilmiştir. 2004: 8 Aralık 2004 tarihi itibarıyla dr.tr (mesleki kullanım alan adı) başvuruları kabul edilmeye başlanmıştır. 2005: 25-26 Haziran 2005 tarihlerinde, toplumun ilgili kesimlerinden Uyumsuzlukları Çözüm Mekanizması (UÇM) oluşturulmasına yönelik görüş alış-verişinde bulunabilmek amacı ile DNS Çalışma Grubu (DÇG) tarafından çalışma toplantıları düzenlenmiştir. 2006: 04 Aralık 2006'da Türkçe karakterli alan adları tahsisi başlanmıştır. 2007: 10 Ekim 2007'de, Nic.tr CENTR (Council of European National Top-Level Domain Registries) tam üyelik başvurusu kabul edilmiştir. 2008: 30 Mayıs 2008 tarihinden itibaren, tsd.tr uzantılı alan adı tahsis edilmektedir. 6 Eylül 2008 tarihinde ".tr" uzantılı alan adları mevcut kurallar dahilinde ve "Registry-Registrar (Kayıt otoritesi - Kayıt operatörü)" iş modeli uygulamaları ile tahsis edilmeye başlanmıştır. 17 Kasım 2008 tarihinde biz.tr, info.tr ve tv.tr uzantılı belgesiz olarak tahsis edilmeye başlanmıştır. 2010: 1 Ocak 2010 tarihinde mil.tr uzantılı alan adları tahsisi durdurulmuştur. (https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=about_history) (15.05.2012).

22 Bkz. Avşar & Öngören, s. 34.

23 "Nic.tr (".tr" Alan Adları) Yönetimi, 1991 yılından bu yana Türkiye'yi ilk olarak İnternet'e bağlayan Orta Doğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) bünyesinde, ICANN ve IANA rehberliğinde çalışmalarına devam etmektedir.".tr" alan adı işlemleri için gerekli olan politika ve prosedürler, 1991-1998 yılları arasında, ODTÜ - Bilgi İşlem Daire Başkanlığı'nca oluşturulmuş ve uygulanmıştır. Alan adı tahsisi işleri ve gerekli olan destek ve danışmanlık hizmeti (hızla artan işlemler ve yönetim yükü nedeniyle) 1998 yılından itibaren Nic.tr (".tr" Alan Adları) Yönetimi tarafından sağlanmaktadır. Nic. tr (".tr" Alan Adları) Yönetimi halen ODTÜ - Enformatik Enstitüsü binasında görevini

yapılmaktadır²⁴. Türk mevzuatındaki İnternet Alan Adları yönetmeliği yalnızca “.tr” uzantılı alan adlarının yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Türkiye dışındaki diğer ülkelerde alan adı kaydı yapılırken hiçbir aidiyet araştırması yapılmamaktadır dolayısıyla bu ülkelerde “ilk gelen ilk alır” ilkesi uygulanmaktadır²⁵. Üst düzey alan adlarındaki ilk gelen ilk alır prensibi uygulamada suistimallere yol açmaktadır.

b) Alan Adlarının Korunması

İhlal durumlarında Türk Hukukunda alan adları koruması marka hukuku koruması, haksız rekabet hukuku koruması ve kişilik hakkı koruması sebeplerine dayanmaktadır. Ayırt edici işaret sahibinin ekini taşıyan alan adlarını kendi adlarına tescil ettiren kişilere karşı, marka, ticari işletme, hatta haksız rekabet hukuku çerçevesinde başvuru hakkı doğacaktır²⁶.

Tarafların tacir olmadığı ya da ticari iş sayılmayan hallerde; bir kişi başka bir kişinin firması veya ürününün adıyla bir alan adı alırsa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK) haksız rekabeti düzenleyen madde 57 gereğince engellenebilir ve maddi zarar tazmin edilebilir²⁷. Ticari iş veya tarafları tacir olan hallerde; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun

sürdürmektedir. Nic.tr (“.tr” Alan Adları) Yönetimi’nde güçler ayrılığı ilkesini uygulamak ve alan adı dağıtımında “yasama”, “yürütme” ve “yargı” işlevlerini ayırmak adına 2000 yılında Ulaştırma Bakanlığı, İnternet Kurulu’na bağlı olarak çalışan, sektör temsilcilerinin yer aldığı ve 11 kurumsal üyeden oluşan “DNS Çalışma Grubu” oluşturmuştur. Bu bağlamda, 2000 yılından bu yana DNS Çalışma Grubu politika ve kuralları belirleme (yasama işlevi), ODTÜ ise tahsis (yürütme) işlevini yerine getirmektedir. Söz konusu çalışma grubu, alan adları konusunda kamuoyunun katkı ve görüşlerini almak, çok sesli bir ortamda değerlendirme yapmak, Türkiye’de İnternet Alan Adları’nın sağlıklı gelişmesi için temel öneriler oluşturmak ve bu önerileri Alan Adı Yönetimi (ODTÜ)’ne ileterek uygulanmalarını sağlamak amacıyla görev yapmaktadır. İnternet kullanımındaki hızlı artış ve beraberinde ortaya çıkan elektronik ticaretteki gelişmelerle birlikte, alan adlarının önem ve fonksiyonu her geçen gün daha çok artmakta, bu ise alan adları üzerindeki uyuşmazlıkları ortaya çıkarmaktadır. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklar son yıllarda artış göstermekte, bu uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde tedbirler alınmaya, kurallar oluşturulmaya çalışılmaktadır. Güçler ayrılığı ilkesinin diğer bir işlevi, dünyadaki örneklerine benzer bir anlayışla, Uyuşmazlıkları Çözüm Mekanizması (UÇM)’dir. UÇM’ nin oluşturulmasına yönelik çalışmalar, halen DNS Çalışma Grubu koordinatörlüğünde devam etmektedir.”

https://www.nic.tr/index.php?Usractn=Statichtml&Page=about_corpident&Php_Ses-sid=133925811421713117647876074 (15.05.2012).

24 Bkz. Avşar & Öngören, s. 35.

25 Bkz. Topaloğlu s. 156 referansıyla WRIGHT/WINN, s. 16.

26 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 40.

27 Madde 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

(TTK) 54. maddesi doğrultusunda hareket edilebilir. Türk Ticaret Kanunu madde 54'e göre, haksız rekabet; rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalardır. Haksız rekabetin önlenmesine ilişkin hükümlerin öngörülme amacı dikkate alındığında, haksız rekabet oluşturacak bir eylemin internet ortamında ya da bu ortamın dışında gerçekleştirilmesi arasında ilke olarak bir fark olmadığından İnternet ortamında gündeme gelecek olan haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıklara Türk Ticaret Kanunu md. 54 vd hükümleri uygulanacaktır²⁸. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2007/1677 esas, 2008/4071 karar numaralı ve 28.03.2008 tarihli kararında; alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, bir alan adının başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi korunan bir hakkını ihlal etmesi halinde, hak sahibinin haksız rekabet hükümlerine göre dava açabileceğine hükmetmiştir. Bu kararda Yargıtay'ın kullandığı ifadeler bize yol göstericidir:

“Türkiye için kullanılan “tr” ülke kodlu alan adları ODTÜ “tr” Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilmektedir. Alan adları yürürlükteki mevzuatlarda düzenlenmediğinden, TTK'nın 5715. maddesindeki “işaret” ve “tanıtma vasıtalar” olarak nitelendirilip değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, alan adları her ne kadar belli bir organizasyon ve kurallar çerçevesinde ODTÜ “tr” Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilip, itiraz ve yönetim işlemleri de anılan kuruluş tarafından yerine getirilmekte ise de, bir alan adı başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi koruma haklarını ihlal etmekte ise, hak sahibi, alan adını veren kuruluş nezdinde itiraz edebileceği gibi, hakkının korunması için mahkemeye de başvurabilir. Alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde TTK'nın 56. vd. maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür ve alan adı tahsisine yetkili kuruluş bu yetkisini kanundan almadığından dolayı, tahsis edilen alan adının sicilden terkin edilinceye kadar olan kullanımında haksız rekabet oluşturmaları mümkündür²⁹.”

Türk Ticaret Kanunu 55. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar sayılmıştır. Bu kurallar ışığında alan adları sorununa baktığımızda, bu eylem Türk Ticaret Kanunu madde 54

28 Bkz. Güran ve diğerleri, s. 41.

29 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2007/1677 esas, 2008/4071 karar numaralı ve 28.03.2008 tarihli kararı.

– 55 gereğince haksız rekabet oluşturuyorsa durdurulması için ihtiyati tedbir talebiyle dava açılabilir. Öte yandan markalara ilişkin 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin 5., 9., 61. ve 62. maddelerine göre, bir başkasının tescilli markasının aynısının veya benzerinin aynı veya benzer mal ve hizmetler için veya ticari amaçla internette alan adı olarak başkaları tarafından kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil eder. Buna bağlı olarak bu durumla karşılaşan bir marka sahibi 556 sayılı KHK'nın 62. maddesi gereği alan adı tahsisinin kaldırılmasını isteyebilir ve buna yönelik bahsedilen hukuk davasını açabilir³⁰.

Bununla beraber, İnternet alan Adları Yönetmeliği 23. maddesi gereğince alan adları ile ilgili ihtilafların alternatif olarak Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları (UÇHS) tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizması vasıtasıyla çözüleceği hüküm altına alınabilir. İlgili Yönetmeliğin 3. maddesinde UÇHS, alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler veya uluslararası kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda, internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla dünya uygulamalarına paralel olarak Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması öngörülmüştür³¹ (Bkz. dipnot 2).

Alan adları kayıtlarında pek çok ülkede uygulanan daha önce bahsettiğimiz “ilk gelen ilk alır” yönetiminin büyük sakıncalar yaratması dolayısıyla, ODTÜ³² bu işlem sırasında oluşabilecek bazı idari ve teknik problemleri ortadan kaldırmak amacıyla “kayıt kuralları” benimsemiş ve kamuoyuna sunmuştur³³. Buna göre, “.tr” uzantılı alan adlarını almak için ODTÜ temel kuralları baz almaktadır:

- Alan adı taleplerini, başka kurumların isimlerinin alınmaması açısından incelenmektedir (kontrol edilebileceği ölçüde);
- Aynı alan ismi daha önce alınmış ise, ortaya çıkan sorun taraflar arasında çözülmektedir;
- Bu nedenle açılacak davalarda muhatabın ismi ilk talep eden taraf olduğu ve mahkeme kararı ile kanıtlanıp, değişiklik talep edilmesi

30 Bkz. Avşar & Öngören, s. 270.

31 <http://www.trabis.gov.tr/tr/ucm.html> (11.12.2012).

32 ODTÜ kendisinden alan adı kaydı talep edildiğinde, o adın talep eden kişiye aidiyetini resmi belgelerle kanıtlanmasını istemektedir. Ticaret sicilinden alınacak bir belge veya valiliklerden alınan bir belge bu incelemede yeterli olabilmektedir (Bkz. Topaloğlu, s. 155).

33 Burada Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun “Kayıt Kuruluşlarının Belirlenmesine, Faaliyet Göstermelerine ve İnternet Alan Adı Yaşam Çevrimine İlişkin Tebliğ Taslağı”ndan bahsetmekte fayda var. Bu taslak, kayıt kuruluşlarının belirlenmesine, faaliyet göstermelerine ve internet alan adı yaşam çevrimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. http://www.btk.gov.tr/kamuoyu_gorusleri/dosyalar/IAA-KK.pdf

halinde ODTÜ buna uygun düzeltmeyi yapmaktadır,

- Kurumların sadece kendi ticari isimleri ile doğrudan ilgili isimi kayıt ettirebileceği, jenerik alan isimlerinin verilmeyeceği belirtilmektedir;
- Alan isimlerine ait her türlü bilgi gizli olmayıp kamuoyuna açık olacaktır;
- Mevcut bir alan isminin yanlışlıkla bir başka kuruma verilmiş olması halinde bu yanlışlık farkedildiği anda yeniden ilk sahibine iade edilecektir³⁴.

.com uzantılı alan adları kaydı ise dünyadaki pek çok hizmet sağlayıcı nezdinde yapılabilmektedir. Bu konudaki ilk gelen ilk alır prensibinin yarattığı suiistimallerin (domain name grabbing³⁵) giderek yaygınlaşması üzerine internet alan adlarını düzenleyen ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – İnternet Sayılar ve İsimler Tahsis Birliği) Yeknesak Uyuşmazlık Çözüm Prosedürleri (UDRP)'ni uygulamaya koymuş ve bu prosedürleri uygulayarak alan adları konusunda karar vermek için bazı kuruluşları yetkilendirmiştir³⁶. Bugün bu kuruluşlardan³⁷

34 ODTÜ'nün bu şikayet üzerine iade ettiği alan adları dava edilebilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu yönde verdiği bir bozma kararı durumu anlamak açısından faydalı olacaktır: 2003/13570 E., 2004/10024 K., 19.10.2004 T. (<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum7.htm>) (25.05.2012).

35 Domain Grabbing veya Cybersquatting, domain tescilinde bulunan kişinin, başkasına ait marka, isim, ticaret unvanı, işletme adı ve vb., ilerde gerçek hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında satmak amacıyla, internet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmasıdır.

36 Özdilek, Ali Osman. Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku. İstanbul 2006, s. 2.

37 1999 yılında ICANN, UDRP'yi (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy – Yeknesak Alan Adı Çözüm Kuralları) hayata geçirdi. ICANN tahkim usulünün yürütülmesi için de bazı kuruluşlar yetkilendirildi. Bunlar; Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'nın (WIPO) Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi, 1994 yılında kurulmuştur. 1 Aralık 1999 tarihinde ICANN tarafından alan adı uyuşmazlıkları çözümlerinde yetkili kılınmıştır. Bugün için en fazla başvuru alan kuruluştur. Natinonal Arbitration Forum (NAF) 1986 yılında kurulmuştur. 23 Aralık 1999 tarihinde yetkilendirilmiştir. eResolution (16 Ekim 2000 tarihinden önce [DeC] olarak anılmaktadır.) Disputes.org/eResolution.ca konsorsiyumunun bir parçasıdır. Montreal/Quebec/Kanada merkezli olup 1 Ocak 2000 tarihinde yetkilendirilmiştir. 30 Kasım 2001 tarihinden itibaren başvuruları kabul etmemektedir. İlginçtir, eResolution kendi alan adı için WIPO'ya başvurmak zorunda kalmıştır. Kaliforniya'dan bir kişi eresolution.ca alan adını kendi adına tescil ettirmiş ve 7.500 \$ para talep etmiştir. Fakat WIPO alan adının eResolution'a transferine karar vermiştir. Institute for Dispute Resolution (CPR) 22 Mayıs 2000 tarihinde yetkilendirilmiştir. Merkezi New York'tadır. Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC) 28 Şubat 2002 tarihinde yetkilendirilmiştir. Pekin ve Hong-Kong'ta olmak üzere iki ofisi mevcuttur (Özdilek, Ali Osman, Alan Adlarında Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmaları, Örnekler ve Türkiye. Montreal, Mayıs 2003, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_302.htm (27.05.2012).

en çok başvurulan “Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı” (WIPO³⁸)’dir. Bu yol devreye girdiğinde kötü niyetle veya haksız kullanılan ya da haksız olarak avantaj elde edilen alan adları gerçek hak sahibine devredilmektedir³⁹. Bunun için izlenecek yol WIPO’ya şikâyetçi sıfatıyla başvurulmasıdır⁴⁰. UDRP sisteminde şikâyetçinin başarılı olabilmesi için, şikâyet edilenin şu üç hususu ihlal ettiğini ispatlaması gerekir (madde 4a):

- Alan adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya ayırdilemeyecek derecede aynı olduğu.
- Alan adını alan kişinin bu alan adını almasında yasal veya haklı bir menfaatinin bulunmadığını.
- Şikâyet edilenin alan adını kötüniyetle tescil ettirdiğini ve kullandığını.

Madde 4b’de ise hangi hallerin kötüniyetli tescil ve kullanım olduğu belirtilmiştir. Buna göre kötü niyetle tescil ve kullanım şu halleri kapsayabilir:

- Alan adının ticaret markası veya hizmet markası sahibine veya onun ticari rakibine fahiş bedellerle (tescil için gereken masrafların çok üzerinde bir bedelle) satma, kiralama veya herhangi bir şekilde devretme amacıyla tescil ettirilmiş olması.
- Ticari gaye ile hareket ederek, marka sahibinin markasını alan adında kullanmasını önlemek için bu tescilin yaptırılmış olması.
- Tescilin ticari rakiplerin işlerine zarar vermek amacıyla yaptırılmış olması.
- Alan adı ile insanların kafasında karışıklık yaratarak internet kullanıcılarının alan adının gösterdiği siteye çekilmek istenmesi.

WIPO’nun benzer bir kararı bu konuda bize açıklayıcı olabilir: Sabancı Holding, 24 Haziran 2003’te WIPO’ya yaptığı bir müracaat ile “gidasa.com” alan adının kendisine devrini istemiştir ve dava dilekçesinde Sabancı Grubunun bir çok alanda dünyanın değişik ülkelerinde faaliyette bulunduğunu ve şirketlerinin isimlerinin sonunda “SA” eki bulunduğunu,

38 WIPO bu alandaki uyuşmazlıklarda Uzlaştırma, Tahkim ve Özel İdari Usul (DRS) adı verilen yargı dışı çözüm yollarını kullanmaktadır. Uzlaştırmaya taraflar kötü niyetli değilse seçilen tarafsız arabulucu vasıtasıyla gidilmektedir. Tahkimde yine tarafların iradesiyle hakem yolu ile uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilmektedir (Bkz. Avşar & Öngören, s. 270).

39 Bkz. Avşar & Öngören, s. 270.

40 WIPO’ya başvuru prosedürü ayrıca anlatılmayacak, ekte (EK-1)’de UDRP kurallarına dair prosedür sunulacaktır.

bu ekin içinde bulunduğu bir logonun Türkiye’de ve Avrupa Birliği’nde marka olarak tescilli olduğunu belirtmiştir. Dilekçesinin devamında, Sabancı Grubunun şirketlerinden birisi olan Gıdasa Sabancı Gıda Sanayi Ticaret A.Ş.’nin “GIDASA” markasına sahip olduğunu; bu markanın Türkiye’de Kasım 2002’de tescil edilmiş olduğunu ancak Mart 2003’te davalının “gidasa.com” alan adını kendi adına tescil ettirdiğini ve kendi websitesinde büyük puntolarla “SATILIK ALAN ADI! www.gidasa.com alan adı sahibinin satılıktır. Teklifleriniz için direkt olarak cikibas@indiana.edu adresine e-mail atınız. Teşekkürler” ibaresinin yer aldığını da belirtmiştir. Hakem bu olayda, UDRP’nin madde 4 anlamında tüm şartlarının oluştuğunu kabul ederek alana adının davacıya devredilmesi kararını vermiştir⁴¹.

UDRP kuralları 4 (a) maddesi ikinci bendine göre “İnternet Alan Adı üzerinde davalının herhangi bir hakkı veya haklı menfaati olmadığı (no rights or legitimate interest in respect of the domain name)” da ispatlanmalıdır. Alan adını kullanmakta haklı menfaati olduğunu iddia eden davalı taraf, bunu ispatlamakla yükümlüdür ve bu şekilde üstün hakkı olduğunu ispatlayarak, tescil ettirdiği alan adının korunmasını sağlamış olacaktır. Şikayet edilenin bir hak/meşru menfaatinin hangi durumlarda söz konusu olacağı da UDRP kurallarının 4. maddesi (c) bendinde sayılmıştır. Buna göre aşağıdaki hallerde alan adı sahibinin bir hakkı veya haklı menfaatinin mevcudiyeti kabul edilmiştir:

- Alan adını veya alan adına benzer bir ismi dava açıldığının bildirilmesinden önce iyiniyetli olarak mal veya hizmet arzı için kullanmanız veya açıkça kullanma hazırlıklarında bulunmanız veya
- Kendiniz mal veya hizmet markası iktisap etmiş olmanız bile, (şahsen, ticari veya diğer organizasyon olarak) bu alan adı altında umumen tanınmışsanız; veya
- Tüketicileri kazanç temini amacıyla yanıltmama veya ilgili mal veya hizmet markasını sulandırmama şartıyla alan adını haklı ticari olmayan veya dürüst kullanım amacıyla kullanıyorsanız.

Yukarıda sayılan durumlar tahdidi değildir, Ek olarak, UDRP’ye göre, bir alan adının şahsi olarak kullanılması marka sahibinin haklarına tecavüz teşkil etmemektedir ancak tescil edilen alan adının ilerde ticari amaçla kullanılacağını bildirilmesi halinde artık şahsi kullanma söz konusu olmaz⁴². Bununla beraber, Tahkim Divanına göre alan adının,

41 Bkz. Bozbel, Savaş. İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Ankara 2006, s. 112-117 referansıyla CASE no. D2003-0498.

42 Bkz. Bozbel s. 70, 45. Dipnot: referansıyla: Tourism and Corporate Automation Ltd. v. TSI Ltd., AF-0096 (Hardy), 2000-03-16, <http://www.eresolution.com/services/dnd/decisions/0096.htm> (tourplan.com).

markanın koruma kapsamındaki bir ürünün satışa sunulduğu, marka ismini içeren/taşıyan bir web adresine yönlendirilip kullanılması halinde, marka sahibi bu durumdan haberdar edilmiş ve duruma itiraz etmemişse, UDRP nezdinde “haklı bir menfaat” söz konusu olacaktır⁴³. Ancak alan adının marka ve ürünlerinin eleştirilmesi amacıyla websitede kullanılması halinde haklı bir menfaatten bahsedilemeyecektir⁴⁴. Ayrıca, yazım hatasından kaynaklanan alan adlarında⁴⁵ da, marka ve alan adı sahibinin haklı bir menfaati mevcuttur. WIPO bir kararında “buyerschoi-ce.com” alan adı sahibinin internet kullanıcılarının yazım hatası hesaplanarak “byerschoice.com” alan adını tescil ettirmekte haklı mefaati olduğunu kabul etmiştir⁴⁶.

Sonuç

Bilindiği üzere, içinde yaşadığımız çağda internet ile iletişim artık hayatın bir parçasıdır. Çok kısa bir süre içinde dünya çapında yaygınlaşmış olan internet, kullanım ihlalleri dolayısıyla hukuk dünyasında da yeni kapıların açılmasını sağlamış ve her geçen gün gelişen bir hukuk dalı olan bilişim hukukunu ortaya çıkarmıştır. İnternet dünyasına ait bir kavram olan alan adları ve bunların ihlalleri de dünya çapında bir problem teşkil etmekte olduğundan, ülkelerin kendi içlerinde uyguladıkları çözümlerin yanısıra, uluslararası kurumlarında bu ihlallere çözüm arayışındadırlar. Türk Hukuku açısından henüz yeterince düzenleme mevcut olmasa da, gelişmekte olan bir hukuk dalı olduğu için gelecek vaat ettiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, <http://www.scribd.com/doc/22651616/AVRUPA-KONSEY%C4%B0-S%C4%BOBER-SUC-SOZLE%C5%9EMES%C4%B0>
- Aşar, B. Zakir & Öngören, Gürsel. Bilişim Hukuku. TBB Yayınları, İstanbul 2012
- Bozbel, Savaş. İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Ankara 2006.
- Bozbel, Savaş. Domain Names (İnternet alan Adları) ve ICANN – Tahkim Usulü, Temmuz 2002, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/domain_names.htm

43 Bkz. Bozbel, s. 70, 46. Dipnot: referansıyla: Karş. Adaptive Molecular Technologies, Inc. v. Priscilla Woodward & Charles R. Thorton, d/b/a Machines & More, WIPO D2000-0006, 2000-02-28, <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0006.html> (militec.com).

44 Bkz. Bozbel, s. 71.

45 Bkz. Bozbel, s. 71, 50. Dipnot: referansıyla: Typosquatting denilen ve cybersquatting'in bir alt dalı olan bu halde alan adındaki markanın yanlış yazımından (örneğin google.com yerine goolge.com gibi) alan adı tescil edilmektedir; <http://en.wikipedia.org/wiki/Typosquatting>.

46 Bkz. Bozbel, s. 71, 51. Dipnot: referansıyla: Pearson v. Byers Choice, NAF FA0092015 (Condon), 2000-03-09, <http://www.arbforum.com/domains/decisions/92015.htm> (buyerschoice.com).

- Ergün, İsmail. Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum. Adalet Yayınevi, Ankara 2008
- Güran/Akunal/Bayraktar/Yurtcan/Kendigelen/Beller/Sözer. İnternet ve Hukuk. Superonline Workshop Metni.
- ICANN İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları Yeknesak Çözüm Kuralları (UDRP)
- İnternet alan Adları Yönetmeliği
- Özdilek, Ali Osman. Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku. İstanbul 2006
- Özdilek, Ali Osman, Alan Adlarında Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmaları, Örnekler ve Türkiye. Montreal, Mayıs 2003, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_302.htm
- Topaloğlu, Mustafa. Bilişim Hukuku. Mayıs 2005, Adana.
- <http://englishpage.blogcu.com/bilgisayar-programi-nasil-yazilir-bilgisayar-programciligihaki/4683932>
- <http://www.mevzuatdergisi.com/2001/12a/02.htm>
- https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=about_history
- https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=about_corpident&PHPS ESSID=133925811421713117647876074
- <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum7.htm>

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

Av. Duygu YILDIRIM ERTÜTÜNCÜ

GİRİŞ

Globalleşme ile birlikte, teknolojik gelişmelerin de bir sonucu olarak, ulusal ve uluslararası ticaret alanında devlet yargılamasının sınırları zorlayıcı boyutlara ulaşmıştır. Uyuşmazlıkların halli ve adil yargılanma hakkının daha geniş uygulanabilmesi için devlet yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ortaya çıkmıştır.

Bu alternatif uyuşmazlık çözümlerinden en çok başvurulanı niteliğindeki tahkim yargılaması devlet yargılamasına nazaran pek çok avantaj ihtiva etmektedir. Özellikle uluslararası ticari ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından, devlet mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara göre hakem kararlarının daha kolay tenfiz edilebilmesi, tarafsızlığı, gizliliğe verdiği önem, hakem heyetlerinin konusunda uzman kişilerden oluşması ve belki de en önemlisi süratli yargılama yapılması sebebiyle tahkim yargılaması sıklıkla tercih edilmektedir.

Tahkim yargılamasının temel prensiplerinden biri olan tahkim anlaşmasının özerkliği prensibi pek çok ihtilafa konu olmuştur. Ancak uluslararası düzeyde özellikle New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu, Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve kurumsal tahkim konusunda en etkin kurum olan ICC'nin hazırlamış olduğu ICC Tahkim Tüzüğü gibi düzenlemelerle, günümüzde tahkim anlaşmasının özerkliği geniş kapsamlı olarak kabul edilmiş olup tahkimin gerçekleştirildiği yer ya da yasaya bakılmaksızın uluslararası hakemlerin güvendiği genel tahkim ilkelerinden biri olmuştur.

Uluslararası ticaret tatbikatı göstermiştir ki; hukuki riskleri en aza indirmede veya tasfiye etmede en uygun ihtilaf çözme tekniği tahkimdir. Bununla beraber, tahkim usulü çerçevesinde verilen karara rızaen uyulmadığı takdirde, hakem kararı milli mahkemelerin önüne gelmekte ve onların yorumuna tabi tutulmaktadır. Bu durum hakem kararlarının tenfizi sırasında da milli mahkemelerin yorum ve uygulamalarından ötürü ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

1. TAHKİM KAVRAMI

“Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda anlaşmalarıdır” şeklinde tanımlamıştır.

Doktrinde Baki Kuru, tahkimi; “ Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir” şeklinde;

İlhan Postacıoğlu ise; “Tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizam hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesine tahkim denilmektedir biçiminde tanımlamıştır.

Tanımlarda da ifade edildiği üzere, tahkimin söz konusu olabilmesi için öncelikle tahkim yolu ile halli istenen uyuşmazlığın kanunla izin verilen konulara ilişkin olması gerekmektedir. İkinci olarak, uyuşmazlığın tahkim yolu ile halli hususunda tarafların iradelerinin uyuşması gereklidir. Zira, tahkim anlaşmasının yapılmasıyla devlet yargılamasından vazgeçilmektedir. Anayasa'nın 37. maddesi uyarınca, “Hiç kimse kanunen tâbi olmadığı mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Bu sebeple, tarafların tahkim yönündeki iradesinin açıkça ortaya konabilmesinin en iyi yöntemi olarak, tahkim anlaşmasının yazılı olması koşulunun aranması kabul edilmektedir.

UNCITRAL Model Kanun'unda ise, milletlerarası hakem kararı kavramı tanımlanmıştır.

Buna göre:

- Sözleşmenin yapıldığı tarihte tarafların iş yerlerinin ayrı devletlerde olması
- tahkim sözleşmesinde veya tahkim sözleşmesine dayanılarak belirtilmiş olan hallerde tahkim yerinin veya ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünü ifa edileceği yerlerden birinin veya ihtilafın konusunun en çok bağlantıda olduğu yerin, tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde olması,
- tarafların tahkim sözleşmesinin konusunun birden çok devletle ilişkili olduğunu açıkça kararlaştırmaları halinde tahkim milletlerarasıdır.

Temel olarak UNCITRAL Model Kanun'unu ("Model Kanun") esas almış olan Milletlerarası Tahkim Kanun'unda ("MTK") milletlerarası tahkim kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak alt komisyon çalışmaları neticesinde oluşturulmuş bulunan birinci taslakta, Model kanunda olduğu gibi, milletlerarası tahkim tanımlanmıştır. Fakat taslak bu haliyle kanunlaşmamıştır. MTK m.1'de kanunun amacının milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş ve kanunun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar ile, tarafların, hakem veya hakem kurulunun bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırdıkları ihtilaflar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Milletlerarası tahkim kavramı, milletlerarası unsur taşıyan akitlerden neşet eden ihtilafların çözümü için uygulanacak olan tahkimi ifade eder. Bu bakımdan, MTK'nın kapsamına tarafların kendi iradeleriyle kanunun uygulanmasını seçtikleri ihtilafların dahil edilmesi, tahkim usulünde taraf iradelerini ön plana çıkartmaktadır. Ancak bu şekilde taraflara yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıkları da kanun kapsamına sokma imkanı verilmiş olduğundan milletlerarası tahkim kavramı ile çelişki ortaya çıkmıştır. Esasen doktrinde de belirtildiği üzere, gerek 4686 sayılı MTK'da gerek 4501 sayılı yasada hakiki manada milletlerarası tahkim düzenlenmemiştir. Bu kanunlar ile, iç tahkime nazaran daha liberal tahkim organizasyonu konusunda taraflara daha fazla irade serbestisi tanıyan yargılama usulünü kısaltan ve kolaylaştıran hakem kararlarına karşı müracaatı sadece az sayıda şekli sebeplere ve belli müracaat yollarına inhisar ettiren mahalli mahkemelerin yargılamaya müdahalesini asgariye indiren bir tahkim türü düzenlenmiştir.

Milletlerarası tahkim kavramı yerine, milletlerarası ticari tahkim kavramı da kullanılmaktadır. Milletlerarası ticari tahkim kavramını kullananlar, milletlerarası tahkim kavramının, aynı zamanda özel hukuk dışı olan ve devletler arasındaki uyuşmazlıkları da içeren, bu yönüyle devletler umumi hukukunun konusunu oluşturan tahkimi de ifade ettiğini, ticari kelimesinin kavramı özel hukuk ile sınırladığını beyan etmektedirler. Yabancılık unsuru taşıyan ve ticari ve ekonomik ihtilafları konu alan tahkimlere Milletlerarası Ticari (Ekonomik) Tahkim olarak adlandırılmaktadır.

Ancak "ticari" kavramının kullanılmasının da birtakım sakıncaları vardır. Çünkü her devletin iç hukukunda ticari tahkimden anlaşılan husus farklıdır. Zira her devlette ticari iş kavramı farklıdır. Bu çalışmada 4686 sayılı Kanun'da kullanılmış olan milletlerarası tahkim kavramı kullanılacaktır.

Kavram başlığı altında öncelikle ve önemle belirtilmesi gereken nokta, hakem kararının milliyeti ile, bir tahkimin milli veya milletlerarası tahkim olarak nitelendirilmesinin farklı şeyler olduğudur. Bir hakem kararı yerli hakem kararı olmakla beraber, milletlerarası hakem kararı niteliğinde olabilir. Nitekim, MTK uyarınca verilecek bir hakem kararının, bir yerli hakem kararı olmakla beraber milletlerarası vasfa sahip olacağı belirtilmektedir. Bir hakem kararının yabancı veya yerli olması, hakem kararının milliyeti ile, milletlerarası olması ise, tahkimin belli bir hukuka nispeti ile ilgilidir.

Milletlerarası tahkim kavramı ile ilgili olarak doktrinde muhtelif görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, milletlerarası tahkim, milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin tüm tahkimleri ifade eder. Bu görüş milletlerarası tahkim kavramının muhtevasının tespitinde, dış ticaret ve ekonomik ilişkileri ilgilendiren özel hukuk münasebetlerini baz alır.

Bir diğer görüşe göre, milletlerarası hakem kararı milli hukuk sistemi dışında verilen hakem kararlarını ifade eder. Herhangi bir milli sisteme tabi olmayan, supranasyonal hakem kararı milletlerarası hakem kararını oluşturur.

Son olarak, yerli hakem kararı dışında kalan tüm hakem kararlarını milletlerarası hakem kararı olarak nitelemek gerekir.

Hakem kararlarında üçlü bir taksime gitmek gerektiğini düşünenler de vardır. Buna göre, hakem kararlarının, yerli, yabancı ve milletlerarası diye nitelendirilmesi mümkündür. Bu görüş uyarınca da milletlerarası hakem kararlarını subnasyonal hakem kararları oluşturmaktadır.

1.1 Tahkimin Hukuki Niteliği

Milletlerarası tahkimin hukuki niteliği açısından ortaya atılmış olan görüşler, mahalli tahkim açısından ortaya atılmış görüşlere benzemekte, bu görüşlerin milletlerarası tahkime teşmil edilmiş şeklini oluşturmaktadır. Genel olarak milletlerarası tahkimin hukuki niteliği konusunda dört görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşler, kazai teori, akdi teori, karma teori ve bağımsız (özerk) teoridir.

A - Akdi Teori

Bu görüşün taraftarları tahkim sözleşmesinin taraf iradelerine dayanması, tarafların ve hakemlerin bu kaynaktan hareket etmeleri ve tahkim yargılaması içinde yer alan hukuki tasarrufların da hep tarafların iradeleri doğrultusunda vukuu bulması sebebiyle tahkim sözleşmesinin akdi-

lik vasfını öne çıkarmaktadırlar. Bu görüşe göre, tahkim kurumu esas itibariyle bir sözleşmeye dayanmaktadır. Yine bu görüş uyarınca, tahkim sözleşmesinin bağlayıcılık gücü devlet otoritesinden değil, sözleşmenin taraflara yüklediği yükümlülüklerden kaynaklanmaktadır. Tahkim yargılamasını gerçekleştirecek hakemler de yetkilerini taraflar arasındaki sözleşmeden almaktadırlar. Hakemler adeta bir vekil gibidirler ve nasıl ki vekilin müvekkil adına yaptığı işlem müvekkili bağlıyorsa hakemin tahkim sözleşmesine dayanarak gerçekleştirdiği yargılama sonucunda verdiği karar da sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır. Bu doğrultuda, hakemlerin yetkileri konusu da tamamen sözleşmesel ilişki çerçevesinde değerlendirilecektir.

Milletlerarası ticaret alanında söz konusu olan tahkim açısından tahkimin sözleşme niteliğinin kabulü hususunda gittikçe artan bir eğilim olduğu söylenebilir. Bunun nedeni, akdi teorinin kabulü halinde, tarafların irade serbestliği ilkesinden maksimum düzeyde faydalanma imkanına sahip olmalarıdır.

Akdi görüşün, hakem kararlarının tenfizi açısından en önemli sonucu, söz konusu kararların mahkeme kararı gibi değil, ifa edilmemiş bir sözleşme gibi tenfiz edilebilmesidir.

B - Kazai Teori

Bu görüşün savunucuları, devletin egemenlik sahası üzerinde etki doğurabilecek tüm tahkim yargılamaları ve tahkim yargılaması sonucu elde edilen kararlar üzerinde devletin denetim, gözetim ve düzenleme yetkisi olduğunu belirtmektedir. Yargılama yetkisi devlet mahkemeleri ile hakem mahkemeleri arasında paylaştırılmaktadır. Tahkim yeri hukukunun tahkim sözleşmesi üzerinde etki edeceği ve tahkim yeri hukukuna tabi olmayan bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemeyeceği savunulmaktadır.

Tarafların tahkim sözleşmesine yansıyan iradelerinin de sınırlarını tahkim yeri hukukunun hükümleri ve kamu düzeni oluşturacaktır. Bu görüş uyarınca, tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesi mahiyetindedir. Bu doğrultuda bu görüş uyarınca hakemlerin yetkileri konusu da tahkim yeri hukukunun izin verdiği sınırlar içinde şekillenecektir.

Kazai görüşün kabul edilmesi halinde, yabancı hakem kararlarının tenfizinin mahkeme kararları gibi gerçekleşecektir. Bu görüş karşılıklılık koşulunu hakem kararları açısından da zorunlu sayarken, tenfiz devletinde verilmeyen hakem kararları yabancı sayılacak ve yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edilecektir.

C - Karma Teori

Karma Teori uyarınca, tahkim sözleşmesinin oluşabilmesi için öncelikle tarafların aralarında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözümlene hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu aşamada tahkimin akdi mahiyeti söz konusu olmaktadır.

Tahkim yargılamasında Hakem Heyeti'nin taraflarca önüne getirilen uyuşmazlığı incelemesi ve bir karara varması gerekmektedir. Bu aşama ise tahkimin kazai mahiyetini göstermektedir.

Karma teorinin hakem kararlarının tenfizi açısından önemli bir sonucu, bağlayıcılık kuvveti açısından dır. Bu görüş uyarınca, tahkim kurumunun esası kazai sonuçlar doğuran bir sözleşme olduğu için, hakem kararlarının bağlayıcı gücü tahkim yeri ülkesi yargı yerinden doğmaktadır

D - Özerk Teori

Bu görüş uyarınca, tahkim ile devlet yargısının birbirinden ayrı iki kurum olarak ele alınması gerektiği, ancak bu iki kurumun tamamen birbirinden ayrılmasının da istenmeyen sonuçlara yol açabileceği belirtilmektedir. Bu sebeple, tahkimin tamamen hukuk kurallarından ve devlet mahkemelerinin denetiminden ayrılması doğru değildir. Mevcut hukuk kuralları uygulanırken ve devlet mahkemelerinin denetimi gerçekleştirilirken tahkimin doğumuna sebep olan ticari, ekonomik ve sosyal ilişkiler göz önünde bulundurulmalıdır.

Özerk teori, kanaatimizce günümüz tahkim uygulaması açısından en doğru görüştür. Mevcut tahkim uygulaması da bu doğrultuda şekillenmektedir. Taraflar, akdedecekleri tahkim sözleşmesi ile aralarındaki doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkları kendilerinin belirlediği usule ve esasa ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulmasını kararlaştırmaktadırlar.

Ancak, bu tahkim sözleşmesi hiçbir zaman mevcut hukuk kurallarından tamamen soyut bir nitelik taşıyamaz. Bu sözleşme hukukun emredici düzenlemelerine aykırı olamaz. Devlet mahkemeleri de tahkim sözleşmesi ile ilgili olarak belli konularda destek veya denetleme mahiyetinde tahkim sürecine etki etmektedirler. Bu destek ve denetimler sırasında devlet mahkemeleri tahkim yargılamasına etki edebileceklerdir. Bununla birlikte bu etki hiçbir zaman tahkim yargılamasını etkisiz hale getirecek ve taraf iradelerini tamamen yok sayacak bir nitelik kazanmamalıdır.

1.2 Tahkimin Tarihi Gelişimi

Uluslararası tahkime, tarihte ilk kez iki Sümerli kent devleti olan Lagas ile Umma arasında M.Ö. 3100 yıllarında yapıldığı kabul edilen barış

anlaşmasının bir maddesinde rastlanmaktadır. Söz konusu madde uyarınca devletler, aralarında çıkabilecek bir muhtemel sınır uyuşmazlığına üçüncü bir devlet kralının hakem olarak atanacağını kararlaştırmışlardır.

Daha sonra, DEMOSTHENE ve ARİSTOTE'nun eserlerinden anlaşılacağına göre, eski Yunan hukukunda da tahkim uygulanmakta idi Roma hukukunda klasik hukuk döneminde ise tahkim hukuki himaye altına alınmıştır.

Ortaçağ'da ise, devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde 1225-1465 yılları arasında Papa'nın ya da imparatorlukların çözümüne bırakılan 46 tahkim uygulamasına rastlanmaktadır.

Avrupa'nın diğer ülkelerinde olduğu gibi tahkim, Fransa'da 1250, İskoçya'da 1700, Danimarka'da 1795 tarihinde gelişmeye başlamıştır.

Fransız İhtilali ile birlikte 1789 tarihinde diğer hukuki müesseseler gibi tahkim de Fransa'da ortadan kaldırılmıştır. Ancak, 24 Ağustos 1790 tarihli adli teşkilat hakkındaki kanunun 1. maddesi ile getirilen düzenlemede tahkim ihtilafların çözüme kavuşturulmasında en uygun yol olarak benimsenmiştir. Bu benimseme o tarihteki devlet kurumlarına karşı halkın tepkisinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Tahkimin Asya ülkelerinden İran'da, Çin'de, Hindistan'da, Nepal'de ve Japonya'da uygulandığı görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özellikle ticari işlerde tahkimin yoğun bir biçimde uygulanmaya başlaması ve gelişmesi 1780 yılından sonra olmuştur.

Öte yandan dünya devletleri arasında ticari ilişkilerin gelişmesi, endüstrileşmenin sonucu, elde edilen ürünlerin başka ülkelere satılması zorunluluğu, tarafların arasında akdedilen sözleşmelerden çıkan ihtilafların devlet mahkemeleri yerine tarafların seçtiği hakemler tarafından çözüme kavuşturulmasının daha doğru olacağını ortaya koymuştur. Zaman içinde her bir ihtilaf için taraflarca oluşturulan "ad hoc" tahkim yanında, ihtilafların çözümünün belli bir organizasyon tarafından yürütülmesine ihtiyaç duyulmuş ve bu ihtiyacı gidermek üzere milli ve milletlerarası organize tahkim müesseseleri doğmuştur. "Ad-Hoc tahkim prosedürü, tamamen tarafların bizatihi kendilerinin kaleme aldığı veya atıfta bulunduğu muayyen kural ya da yasalara istinaden, onların veya tarafların verdiği yetkiye istinaden hakemlerin kontrolünde cereyan eden tahkim prosedürüdür." Ad-Hoc tahkim prosedürü, günümüzde özellikle devlet ya da kamu kurum veya kuruluşlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara yaygın şekilde uygulanmaktadır.

18. ve 19. yy'larda ticari tahkim, özellikle deniz ticaretine ilişkin tahkim, uluslararası ticari örgütlerin, ticaret odalarının himayesi altında gelişmiş; 19. yy'ın sonlarına doğru da tahkim üzerinde uzman tahkim kuruluşlarının etkisi oluşmuştur. Ancak, 1899 La Haye Sözleşmesi gereğince oluşturulan Sürekli Tahkim Divanı (*Permanent Court of Arbitration*) 1900 ile 1932 yılları arasında sadece 20 tahkim davasını çözüme kavuşturmuştur. Uluslararası yetkiye sahip ilk tahkim mahkemesi Milletlerarası Ticaret Odası ("MTO") nezdinde kurulmuştur. MTO, 1. Dünya Savaşı'ndan sonra 1919 yılında kurulmuş olan milletlerüstü bir kuruluştur. MTO kuruluşundan beri tahkim ve uzlaştırma konusunda hizmet vermiş, 1923 yılında da MTO tahkim mahkemesi kurulmuştur.

20. yy'da özellikle 1970'lerden sonra, tahkim yolu ihtilafların çözümü için mutad ve normal bir hale gelmiştir. Günümüze geldiğinde, tahkim yöntemini kabul eden en önemli ve en son uluslararası sözleşme 1992 tarihli AGİK çerçevesindeki Uzlaştırma ve Tahkim Sözleşmesidir.

2. TAHKİM MÜESSESİNİN AVANTAJLARI

Tahkim müessesesinin ihtiva ettiği avantajlar, tahkimin özellikle uluslararası ticari ilişkiler açısından Devlet yargısı yerine tercih edilmesini sağlamıştır. Uluslararası tahkimin tercih nedenlerine bakıldığında, hakem kararlarının diğer devletlerde tenfizinin uluslararası sözleşmeler sayesinde, mahkeme kararlarının tenfizine oranla kolaylaştırılmış olması, hakem kararlarının mahkeme kararları yerine tercih edilme sebeplerinin en başında gelir. Özellikle, Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararları'nın Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi bu konuda uluslararası alanda uygulama birliği sağlanması açısından son derece önemlidir.

Tahkimi devlet yargısından daha cazip hale getiren diğer bir husus, tarafsızlık niteliğinden dolayı taraflara daha çok güven vermesidir. Gerçekten de, özellikle az gelişmiş ülke mahkemelerinin kimi zaman milliyetçi bakış açıları ile konuya yaklaşımları devlet yargısı yerine tahkimin tercih edilmesine sebep olmuştur. Bu sebeple, uluslararası bir ilişki içine girecek olan taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların tamamen tarafsız kalabilecek, her iki taraf ile de herhangi bir bağı olmayan kişilerce çözümlenmesini arzulamaktadırlar.

Özellikle uluslararası ticarete tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de, tahkim yargılamasının ucuz ve gizli olmasıdır. Halbuki devlet yargılaması açısından aleni yargılama esastır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini, ticari sırlarının ifşa edilmemesini tercih ederler. Tahkim açısından gizlilik

prensibi esas olduğu için tarafların söz konusu istekleri tahkim ile karşılanabilir.

Genel olarak tahkim heyeti ve hakemler, konularında uzman kişi ve kurumlardır. Böylece, tahkime müracaat edenlerin, devlet mahkemelerine oranla hem daha çabuk hem de daha adil sonuca ulaşacakları kabul edilmektedir.

Son olarak, tahkimi cazip kılan bir başka unsur zaman tasarrufudur. Devlet yargılamasından farklı olarak hakemler *lex fori*'nin uzun teferruatlı usul kuralları ile bağlı olmadan daha esnek karar verebilme olanağına sahiptirler. Ayrıca, mahkemelerin maruz olduğu iş yoğunluğu gibi dezavantajlar tahkim yargılaması için söz konusu değildir.

Bu sayılan tahkimin tercih sebepleri aynı zamanda tahkim yargılamasının ortaya çıkış sebepleridir. Tahkim yargılaması bu belirtilen hususlara duyulan ihtiyaçtan dolayı uygulama alanı bulmuş ve bulmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, taraflar tahkim usulü çerçevesinde verilen karara rızaen uymadıklarında, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinin önüne yeniden gelmesi riski mevcuttur. Bu risk ancak liberal bir tenfiz mekanizmasının kurulması ve devlet mahkemelerinin yargılama yetkilerini hakemlerin kullanımına müsamaha ile bıraktıkları ölçüde en aza indirilebilecektir.

3. TAHKİM ANLAŞMASI

3.1 Kavram

“Tahkim Kavramı” bölümünde örnek olarak verilen Tahkim tanımlarının ortak noktası, tarafların aralarındaki mevcut ya da muhtemel uyuşmazlıkların çözümü hususunda anlaşmış olmaları gereğidir. Tahkim anlaşması tahkim uygulamasının temelini oluşturan kavramlardan en önemlilerinden biridir.

Çeşitli metinlerde ve doktrinde tahkim anlaşması için bir çok tanım yapılmıştır.

UNCITRAL Model Kanunu tahkim anlaşmasını 7.1nci maddede “Tarafların aralarındaki, sözleşmesel olan veya olmayan, ancak yasal bir ilişkiden doğan veya doğabilecek anlaşmazlıkların tümünün veya belli bir bölümünün çözümü için tahkime başvurma konusundaki mutabakatları” şeklinde tanımlamaktadır.

Milletlerarası tahkim uygulamasının diğer bir kaynağı olan New York Sözleşmesi ise tahkim anlaşmasını II/1nci maddede “Tarafların aralarındaki, sözleşmesel olan veya olmayan, ancak yasal bir ilişkiden doğan veya doğabilecek ve konusu tahkim önünde çözümlenmeye elverişli olan anlaşmazlıkların tümünün veya belli bir bölümünün çözümü için tahkime

başvurma konusundaki yazılı anlaşmalarıdır” olarak tanımlamaktadır. Yazılı anlaşma terimi karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgrafları da kapsayacak şekilde geniş tutulmaktadır. (NY Sözleşmesi; m., II/2).

İç hukuk açısından milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen MTK'nun 4ncü maddesinde tahkim anlaşmasının tanımını yapılmaktadır. Bu tanım “*Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır*” şeklindedir. Ayrıca aynı maddenin 2nci fıkrasında da tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunluluğu düzenlenmiştir.

Her üç metnin de yapmış olduğu tanımlar paralellik arz etmektedir.

Tahkim anlaşmasının yapılaş şekli bakımından taraflara iki imkan tanınmıştır. Taraflar, akdettikleri bir sözleşmeye tahkim şartı koymak suretiyle bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkları tahkim usulü ile çözmeyi öngörebilecekleri gibi, müstakil bir tahkim sözleşmesi yaparak gelecekteki bütün uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözmeyi kararlaştırabilirler. Buna karşılık HUMK hükümleri çerçevesinde “sadece belirli (muayyen) bir uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir. Taraflar, tahkim sözleşmesi yaparken, hangi uyuşmazlık hakkında bu sözleşmeyi yaptıklarını bilmelidir. ‘Bundan sonra aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulacaktır’ şeklinde genel bir tahkim sözleşmesi geçerli değildir.”

A) Tahkim Şartı (*arbitration clause*): Taraflar yaptıkları bir sözleşmeye bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğini öngören bir hüküm koyabilirler. Burada tahkim, o sözleşmenin yalnız başına konusu olmayıp, o sözleşmenin yalnız bir şartını teşkil etmektedir. Fakat, bu şart kanunun anladığı manada bir tahkim sözleşmesidir ve tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir.

B) Müstakil Bir Sözleşme Olarak: Taraflar doğmuş olan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için ayrı bir sözleşme de yapabilir. Bu sözleşmenin konusu münhasıran tahkimdir. Dar anlamda tahkim sözleşmesi, bu müstakil tahkim sözleşmesine verilen isimdir. Müstakil tahkim sözleşmesinin uygulaması daha azdır. Uygulamada daha çok tahkim şartına rastlanmaktadır.

Tahkim şartı, asıl sözleşme imzalandığı sırada ortaya çıkmamış ancak gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş ve asıl sözleşmeye bir madde olarak eklenmiş bir tahkim anlaşması çeşidi-

dir. Hatırda tutmak gerekir ki tahkim şartı öngörölmüş olan uyuşmazlık hiçbir zaman ortaya çıkmayabilir. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı hallerde taraflar tahkimde görölecek uyuşmazlığın konusunu asıl sözleşmeye atıfta bulunarak tanımlayabilmektedirler.

Bir tahkim anlaşması çeşidi olan tahkim sözleşmesi ise vuku bulmuş uyuşmazlıkların halli için tahkim yoluna başvurulması amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Bazı hallerde tahkim sözleşmesi yoluna başvurulma sebebi, çözümlü istenen uyuşmazlığın tüm detaylarıyla ortaya konulmasının amaçlanmasıdır.

Geçerli bir tahkim anlaşması yapılabilmesi için tahkim yoluyla çözümlenmesi istenen uyuşmazlığın MTK'nın 1. maddesinde belirtildiği üzere tahkime elverişli olması gerekir. MTK'nın 1. maddesine paralel olarak HUMK'un 518nci maddesine göre de "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez." Her iki maddede de tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda tahkim yoluna başvurabilecekleri belirtilmektedir.

Tahkim yargılaması devlet yargılamasına bir istisnadır. Tahkim sadece kanunun izin verdiği sınır ve şartlar içinde mümkündür. Devlet kendi egemenlik haklarına getirilen istisnaya ilişkin olarak son söz hakkını da elinden bırakmak istememekte ve hakem kararları üzerindeki denetim hakkını elinde tutmaktadır.

Yargıtay'a göre de, "taraflar arasında doğmuş veya doğacak, adli yargının görev alanına giren her çeşit uyuşmazlıkların çözümünde kural olarak mahkemeler görevlidir. Ancak bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın kamu düzenine ilişkin olmayan konularda anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür." Kararda da görüldüğü üzere ancak kamu düzenine ilişkin olmayan konularda tahkim yoluna gidilebilir.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için, tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde olsun, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Bu sebeple, çeşitli Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıtların da, tahkim sözleşmesini hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının şekli ile ilgili diğer bir husus da “yazılılık” prensibi ile ilgilidir. Yazılılık prensibi MTK’da yer almaktadır. Yasaya göre bu şartın yerine getirilmiş sayılması için, anlaşmanın ya taraflarca imzalanmış bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. (MTK madde 4) Yasadaki bu yaklaşım UNCITRAL Model Kanunu, New York Sözleşmesi ve Avrupa sözleşmesinin ilgili maddesi ile paralellik içindedir. Bundan çıkan sonuç, MTK’nın bu konudaki düzenlenmesinin, uluslararası standartlarda olduğudur.

HUMK m. 517 uyarınca, milli tahkim sözleşmeleri için de yazılı olma şartı büyük önem taşımaktadır. Yazılı olma şartı geçerlilik şartı olup, yazılı yapılmayan tahkim sözleşmeleri geçersizdir.

Ayrıca MTK’nın 4ncü maddesinin 2nci fıkrasına göre “asıl sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.” Bu yolla tahkim anlaşmasının kurulduğu durumlarda, hernekadar asıl sözleşmede tahkime ilişkin bir hüküm yok ise de; sözleşmedeki bir atıfla mukavelenin eki haline getirilen belge, kod, kural, genel işlem şartı veya standart sözleşmede tahkim şartı bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflar, tahkim içeren bir belgeye atıfla endirekt olarak tahkime gitmeyi kabul etmişlerdir. Bu metot Incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşması olarak adlandırılır.

Tahkim anlaşmalarının, esas sözleşmeye konulan bir madde ile veya esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme ile yapılması, tahkimin başlangıcından beri bilinen bir uygulamadır. Ancak son zamanlarda, uluslararası ticaret alanında yaygın olarak kullanılan genel işlem şartları veya tip sözleşmelere yapılan atıflarla da tahkim anlaşmaları yapılmaktadır. Incorporation yoluyla tahkim anlaşmalarının yapılması, genel işlem şartları veya standart sözleşmelerin kullanılmasıyla beraber gündeme gelmiş bir yöntemdir.

3.2 Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Tahkim Anlaşmasının, ihtilafın çözümünü hakemlerin kararına bırakırken tamamıyla özel niteliğe sahip bir ilişki meydana getirdiği hüküm ve sonuçlarının sadece borçlar hukuku çerçevesinde kaldığı, hakem kararının bu sözleşmenin bir edimini teşkil ettiği ve bu sebeple ifa ve edimin ifası hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş tahkim anlaşmasını tam anlamıyla bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak niteler.

Bu görüşün karşısında; devlete ait yargılama monopolünün bu sözleşmeyi de içine aldığı, tarafların kendi istekleri ile seçtikleri hakem-

lere, ihtilafı çözmek yetkisini usul kanunlarındaki hükümlerin verdiğini, bu sebeple hakem kararı için gerekli olan hukuki temelin sözleşme ile değil, usul kanunları ile kurulduğunu hakem kararlarının mahkemelerden verilen kararlara eş ve aynı nitelikte olduğunu savunan görüş, tahkim anlaşmasını, borçlar hukukunun düzenlediği sözleşme türlerinden esaslı farklarla ayıran bir usuli sözleşme şeklinde ifade etmektedir.

Bu görüşler, temsilcileri tarafından, sadece ayrıntıda yer alan farklarla ayrılmaktadır. Fakat ayrıntılardaki ayrılıklar görüşlerin genel yönlerini etkileyecek ölçüde değildir. Tahkim anlaşmasının usuli bir sözleşme olduğu görüşü, taraflara sadece, aralarında ihtilafı olan konuyu hake-me götürmek, hakemleri seçmek, usulü ve uygulanacak hukuku tespit etmek bakımından serbesti vermekte, sözleşmenin bağlanması ile adeta bir kamu hukuku tasarrufunun ortaya çıktını kabul etmektedir. Böylece, hakem kararlarının, mahkeme kararları gibi mütalaa edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir.

Günümüzde doktrinde ve Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu daha yaygın bir görüş olarak ortaya çıkmaktadır. Kanaatimce de, tahkim anlaşmasının, gerek doğurduğu sonuçlar bakımından, gerekse asıl sözleşmeden bağımsız olduğu prensibi gözönüne alınırsa, bir usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir.

MTK haricinde, Türkiye’de milletlerarası tahkim konusunda düzenleme getiren bir diğer yasa da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanundur. (“MÖHUK”) MÖHUK’da da tahkim şartının geçerliliğinin tenfiz aşamasındaki yansımaları ele alınmıştır. MÖHUK m. 45/f ve New York Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin 1. Fıkrasının a bendi uyarınca, tahkim sözleşmesi veya şartı, taraflarca bağlı kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz ise, bu anlaşmaya uygun olarak yürütülen tahkim prosedürü sonucunda verilen hakem kararı tenfiz edilemez.

MÖHUK m. 45/h ve New York Sözleşmesinin m.5/1 (c) hükümleri uyarınca, hakem kararı, hakem sözleşmesi veya şartında yer alan konulara ilişkin olarak verilmiş olmalıdır.

Bu noktada karşılaşılabilecek önemli bir sorun, hakemlerin tarafların uygulanmasını istedikleri maddi hukuku yanlış yorumları sonucu yetkilerini aştıkları gerekçesiyle Yargıtay’ın temyiz incelemesi yapabileceğine karar verilen 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanıp uygulan-

mayacağıdır. Söz konusu karar tarafların belirledikleri konularda maddi hukukun yanlış uygulanması ile ilgilidir. Burada söz konusu olan ise hakemlerin tamamen taraf iradesi dışındaki konularda karar vermeleridir. Ayrıca, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin İBK'dan sonra verdiği kararda: "...tenfizi istenilen Türk Hukukunun uygulandığı yabancı mahkeme ilamında, Türk Mahkemelerinde istikrar bulunan yorum sonucundan farklı bir sonuca ulaşarak yorumda hata edilmesi, ilamda Türk Hukukunun uygulanmadığı anlamına gelmez.Yabancı mahkemenin Türk hukukunun yorumunda hata ettiğinden söz edilerek tenfiz isteminin reddi gerektiği yönündeki görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir." denilmektedir. Kanımızca, bu karar yabancı hakem kararları için de kıyasen uygulanmalıdır.

4. SÖZLEŞMENİN MUTEBERLİĞİ VE HÜKÜM İFADE ETMESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR

İki taraflı hukuki muamele olan akdin geçerli olabilmesi için öncelikle akdin taraflarının o akdi yapmaya ehil olmaları gerekmektedir. Ayrıca tarafların, sözleşme serbestisi sınırlarını aşmamaları yani BK m. 19 uyarınca, sözleşmenin konusunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde tayin edilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, akdin konusu hukuka, ahlaka aykırı ve imkansız olmamalıdır. Geçerli bir akdin kurulması için ayrıca akdin taraflarının irade beyanları sıhhatli olmalı, diğer ifade ile beyanlarının arzularına uyması gereklidir. Yukarıda açıklanan şartlara ilave olarak bazı akitlerde gabin bulunmaması, yani edimler arasında açık orantısızlık olmaması ve o sözleşme için özel bir şekil şartı öngörülmüşse, o şekil şartına uyması gereklidir.

Akdin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde akit yoklukla maluldür. Kurucu unsurları mevcut olduğu için kurulmuş olan bir akdin konusunun imkansız ya da hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde ise söz konusu akit batıldır, yani kesin olarak hükümsüzdür. Son olarak iptal edilebilir akit de batıl akitler gibi kurulmuş bir akittir. Ne var ki, iptal hakkı sahibi dilerse iptal hakkını kullanarak akdi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır.

Yukarıda maddi hukuka göre bir sözleşmenin geçersiz olma nedenleri kısaca açıklanmaktadır. Bu geçersizlik sebeplerinden biri nedeniyle, tahkim anlaşmasının içinde bulunduğu asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda, bu geçersiz olan ve hatta yok hükmünde sayılan sözleşme kapsamında bulunan tahkim anlaşmasının durumunun ne olacağı konusu büyük önem taşımaktadır.

Konumuz açısından geçersizlik hallerinden kısmi butlan üzerinde önemle durulmasında fayda vardır. Zira, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlendiği durumlarda, asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde kısmi butlan kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevaplanmalıdır.

4.1. Kısmi Butlan

Kısmi butlanla sakat akitlerde, akdin bazı bölümleri akit serbestisinin sınırlarını aşmakta, imkansız olmakta ya da ahlaka, adaba veya emredici hukuk kurallarına aykırı olmakta iken diğer bölümleri ise ahlaka veya hukuka uygun ya da imkan dahilinde kalmaktadır.

Borçlar Kanun'unun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir akitteki sakatlığın akdin sadece bir kısmına inhisar ettiği hallerde akdin sadece o kısmı batıl olur; fakat bu kısım olmaksızın akdin yapılmayacağı anlaşılırsa akit tamamıyla batıl sayılır. Akdin bir bölümünün geçerli olmasının sebebi, sözleşme lehine yorum (favor contractus) ilkesidir.

Kısmi butlanın uygulanabilmesi için öncelikle sakatlığın akdin sadece bir kısmına inhisar etmesi gerekir. Şayet sakatlık akdin bir bölümü yerine tümünde söz konusu ise, kısmi butlan uygulanamaz, tüm sözleşme geçersiz olur.

Kısmi butlanın uygulanabilmesi için ikinci şart tarafların farazi arzusunun söz konusu sakatlık dışında kalan hususları muteber saymak yönünde olduğunun kabul edilebilmesidir. Diğer bir ifadeyle, kısmi butlanın kabul edilebilmesi için, tarafların farazi iradelerinin bu yolda olması, yani tarafların iradelerinin söz konusu bölüm olmaksızın da akdin yapılacağı yönünde olması gerekir. Kanun'un 20. maddesi ile tarafların farazi iradelerinin bu yönde olduğu aksi ispat edilmedikçe kabul edilmiştir.

Fakat bazı hallerde ihlal edilen emredici kuralın amacı tarafların iradelerini dikkate almamayı gerektirebilir. Söz konusu hallerde taraflar ihlal ettikleri emredici kural olmaksızın sözleşmeyi akdetmek istemeseler dahi, kamu yararı gibi mülahazalarla kısmi butlan uygulanıp batıl hüküm dışında akit muteber sayılabilir.

Örneğin Türk Ticaret Kanun'unun 1466. maddesi uyarınca "... bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyetli makamların kabul etmiş oldukları en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanun'unun 20. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uygulanmaz."

Bu gibi hallerde tarafların farazi iradelerine bakılmadan BK 20/2'nin son cümlesi uygulanarak akdin tamamının geçersiz kılınmasını Kanun

engellemiştir. Sonuç itibariyle, batıl sayılan hüküm akitten tamamen çıkarılmamakta, kanuna uygun seviyeye indirilerek muhafaza edilmektedir.

4.2. Hukuki Sonuçları

Eren'e göre BK m. 20/2, emredici değil, düzenleyici bir hükümdür. Taraflar butlan anlaşması yaparak, akdin bir kısmı batıl olduğu takdirde tamamının batıl sayılmasını veya yalnız o kısmın batıl sayılıp diğer kısımlarının geçerli olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, batıl kısmın değiştirilmesi hususunda da anlaşmaya varabilirler. Böylece kanun, akdin batıl kısmı dışında kalan bölüm için aksi her zaman ispat edilebilir bir karine koymaktadır.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, BK m. 20/2'de düzenlenen kısmi butlan yaptırımını, geçersizliğin sözleşmenin bir kısmına hasrolduğu durumlar için söz konusu olmaktadır. Oysaki, tahkim şartı asıl sözleşmenin bir hükmünde dahi düzenlenmiş olsa dahi, ortada bir sözleşme hükmü değil, ayrı bir tahkim anlaşması söz konusu olduğundan, BK m. 20/2'nin konumuz açısından uygulaması olamayacaktır. Böylece taraflardan biri, iradesinin asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde, tahkim anlaşmasının da geçersiz sayılması yönünde olduğunu ispatlayarak, tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmesini talep edemeyecektir.

5. ASIL SÖZLEŞME İLE TAHKİM ANLAŞMASI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

5.1. Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Özerk Olması

Geleneksel anlamda tahkim anlaşmasının özerkliği ile anlaşmanın ilişkili yada bağlı bulunduğu asıl sözleşmeden özerk olması kastedilir. Anglo Sakson doktrinini bunu "ayrılabilirlik" yada "ayrılık" (*Separability Doctrin*) prensibi olarak adlandırmaktadırlar. Bazı Medeni Hukukçular da özerkliğin geleneksel anlamı kastedildiğinde "ayrılık", "bağımsızlık", "ayırma" gibi genel hukuk terminolojisinin kullanılmasını gerektirdiğini belirtmişler, bu şekilde kelimenin ikinci ve daha çok kullanılan farklı anlamıyla karışmamasını sağlamışlardır. Bununla birlikte Kıta Avrupa'sında, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılması özerklik (*autonomy*) prensibi olarak uygulamaktadır.

Günümüzde tahkim anlaşmasının özerkliği geniş kapsamlı olarak kabul edilmiş olup tahkimin gerçekleştirildiği yer ya da yasaya bakılmaksızın uluslararası hakemlerin güvendiği genel tahkim ilkelerinden biri olmuştur.

Tahkim kuralları kendi yetkilerini, sözleşmelerinde tahkim anlaşmalarına yer veren tarafların iradelerinden almaktadır. Bunun bir sonucu

olarak taraflar tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesinin kabul edildiği tahkim kurallarına atıfta bulunduğu, bu tarafların tahkim anlaşmasının ana anlaşmadan ayrı olması iradesini taşıdıkları kabul edilir. Gerçekten de, bu sadece çürütülebilir bir karinedir ve taraflar her zaman uyarladıkları tahkim kuralları hükümlerinden vazgeçebilirler. Yukarıda maddi hukuk sözleşmesinin geçersizlik nedenleri bölümünde yer alan kısmi butlan başlığı altında açıklandığı üzere, taraflar aralarında akdettikleri butlan anlaşması ile, asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde sözleşmede bulunan tahkim şartının da geçersiz olacağını kararlaştırmış olabilirler. Söz konusu durumda, tarafların iradelerinin tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesini bertaraf etmek yönünde olduğu ileri sürülebilir.

Ancak, böyle bir durumda tahkim şartının geçerlilik kurallarından en önemlilerinden biri olan tahkim anlaşmasının belirli olma koşulunun zedelendiği de ileri sürülebilir.

Ayrıca, tarafların meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak milletlerarası tahkimi seçtikleri ve uluslararası sözleşmelerin ve ulusal mahkemelerin milletlerarası tahkim kararlarını tanıdığı ve icra ettiği göz önüne alınacak olursa; tahkim şartının geçerliliği konusunda karar verme yetkisinin de yine hakem heyetinde olduğu sonucuna ulaşılması hukuksal kuralların ötesinde mantıksal bir gerekliliktir.

Asıl sözleşme ile bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm tarzını düzenleyen tahkim şartı sözleşmenin gerek şekil gerek esas bakımından geçerlilikleri ayrı ayrı ve kendi akit statüleri içinde düzenlenecektir. Maddi hukuk sözleşmesi ile tahkim sözleşmesinin, birbirleriyle içiçe olması durumunda dahi, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi, bu sözleşmelerin konu ve amaç itibarıyla birbirinden farklı olmasına dayanmaktadır. Bu bağlamda tahkim şartı içinde bulunduğu sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir niteliğe sahiptir. Hakem heyeti asıl sözleşmenin yok veya geçersiz olduğuna hükmetse dahi bu sözleşmenin tahkim şartı geçerliliğini korumaya devam etmektedir.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesinin kabul edilmiş amacı, hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersizliği ve bu geçersizlikten kaynaklanan tazminat talepleri hakkında karar verilebilmesinin sağlanmasıdır. Böylece bir yandan zarar gören taraf korunmuş, öte yandan karşı tarafın asıl sözleşmenin geçersizliğine dayanarak sorumluluktan kaçması ve devlet yargılaması ile hakem heyeti arasındaki yetki çatışmaları önlenmiş olacaktır.

Sözleşme içindeki tahkim şartının özerkliği prensibi uluslararası düzeyde kabul görmekte olan bir prensip olarak milletlerarası tahkim konusunun uygulanabilirliği kavramında bir köşe taşı olarak yorumlanmaktadır. ICC'nin 1110 sayılı davası haricinde, bu konuda yayınlanmış hemen hemen tüm kararları bu prensiple paraleldir. Bunun aksi bir durum, hakemlerin karar mercii olarak yetkilerinde ve hakem kararlarının zorlayıcı gücünde zayıflamalara neden olacaktır.

Tahkim anlaşmalarının özerkliği ilkesini 1955 yılında ilk olarak tanıyan dünya çapında bir idari, yardım ve kontrol görevi üstlenmiş ve kurumsal olarak en gelişmiş tahkim kuruluşu ICC olmuştur. Kurumun 1998 tarihli ICC Tüzüğü madde 6 paragraf 4'te şu hüküm yer almaktadır:

“Aksi yönde bir anlaşma olmadıkça tahkim heyeti asıl sözleşmenin geçersiz hükümsüz ya da uygulanamaz olduğuna dair herhangi bir iddiayı neden göstererek tahkim yargılamasından cayamaz ancak tahkim heyeti tahkim anlaşmasının geçerliliğini tasdik etmelidir. Tahkim heyeti tarafların ilgili haklarını belirlemek ve onların talep ve iddialarına uygun cevabı vermek için asıl sözleşmenin yok hükmünde olmasına, geçersiz ve hükümsüz olmasına rağmen tahkimi devam ettirecektir.”

Bu nedenle ICC kurallarında tahkim anlaşmasının geçerliliği hem asıl sözleşmenin hükümsüz olması hem de varlığının kabul edilmemesi durumunda açıkça kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak hakemler asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu ve hatta yok hükmünde olduğunu kabul etseler bile tahkimi bu asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartına göre gerçekleştireceklerine şüphe yoktur. Hakem heyeti sadece tahkim anlaşmasının kendisinin geçersiz olması yada yok hükmünde olması nedeniyle yargılama yetkilerinden vazgeçebilirler.

1958 tarihli New York Konvansiyonu'nda ayrılabilirlik ilkesine doğrudan herhangi bir referans söz konusu değildir. Burada kararın tanınması ve uygulanması, kararın aleyhinde bulunan tarafın tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundaki iddiaları “tarafların bağlı bulunduğu hukuk kapsamında geçersiz olduğunu ya da kararın verilmiş olduğu ülke yasaları kapsamında bununla ilgili herhangi bir delil bulamaması” durumunda reddedilebilir denilmektedir. (Madde V (1) (a)).

1976 yılında kabul edilen UNCITRAL Model Kanun'unun 21nci maddesinin 2. bendinde tahkim anlaşmasının özerkliğinden açıkça bahsetmektedir. Model Kanun Madde 21 tahkim heyeti tarafından yetkinin belirlenmesi konusu ile ilgili olarak, “sözleşmenin bir parçası olan ve bu Kurallar kapsamında bir tahkim yargılamasını öngören bir tahkim hükmü asıl sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak

kabul edilmelidir. Tahkim heyeti tarafından asıl sözleşmenin geçersiz ve hükümsüz olduğuna dair bir karar verilmesi tahkim maddesinin geçersizliğine neden olmaz.” hükmünü düzenlemiştir.

Common Law geleneğine sahip olanlar da dahil olmak üzere bir çok ülke Model Kanun'una dayanarak yasalar çıkartmıştır. Bunun sonucu olarak tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesinin tanınması çok daha geniş kapsamlı olmuştur.

En modern tahkim yasaları tahkim anlaşmalarının ayrılabilirlik ilkesini ortaya koyan açık hükümler içermektedir. 4 Haziran 1972 tarihli Belçika Yargı Kanun'unun 1697nci maddesinde bu açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde 1986 tarihli Hollanda Medeni Kanun'unun 1053. maddesinde “tahkim anlaşmalarının ayrı bir anlaşma olarak ele alınacağına karar verilmiştir denilmektedir” ve “tahkim heyeti tahkim anlaşmasının bir parçası olduğu ya da tahkim anlaşmasının ilgili olduğu sözleşmenin geçerliliği üzerinde karar verme yetkisine sahiptir hükmü yer almaktadır. Yine benzer şekilde 1987 tarihli İsviçre Özel Uluslararası Yasası'nın 178. maddesinin 3. paragrafında “tahkim anlaşmasının geçerliliği asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna dayandırılarak iptal edilemez” hükmü yer almaktadır. 1988 tarihli İspanya Tahkim Kanun'una göre bir sözleşmenin geçersiz uygulanamaz ya da sona ermiş olması bununla ilgili tahkim anlaşmasının uygulanabilirliğine zarar vermez. Yeni Cezayir, Tunus ve Mısır Tahkim Yasalarında da benzer bir yaklaşım açıkça görülmektedir ve daha yakın bir zamanda Latin Amerika'da yürürlüğe giren yasalarda aynı yolu takip etmiştir. Aynı kural 1999 tarihli İsveç Tahkim Kanun'unda da yer almaktadır.

Diğer yasal sistemlerde, mahkemeler özerklik ilkesinin uygulanmasından sorumludurlar. Bu durum 1963'te Fransa'da ve 1967'de Amerika Birleşik Devletlerinde *Prima Paint ile Flood and Conklin* davasında verilen kararda görülmüş olup temyiz mahkemesi “tahkim hükümlerinin içinde buldukları sözleşme hükümlerinden “ayrılabilir” olduğunu federal yasalar uyarınca kabul etmiştir. Japon Mahkemelerinde de Alman ve İtalyan Mahkemelerinin ilkeyi kendi en son tahkim yasalarına uyarladıkları şekilde aynı durum söz konusudur.

Bir çok hakem kararı tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini uluslararası ticari tahkimin genel bir prensibi olarak kabul etmiş olup bu tür bir kabulün belirli bir ulusal yasa referans gösterilerek yapılmasına gerek yoktur.

1970'li yıllarda bu prensip Libya petrol imtiyaz ihtilaflarında veril-

miş olan üç tahkim kararında uygulanmıştır. Bu üç davanın tümünde hakemler imtiyaz sözleşmelerini kamulaştırma sonucunda feshedilmelerine rağmen tahkim anlaşmalarının geçerliliğini koruduğunu ve bu nedenle tahkim anlaşmalarının hakemlere karar verme salahiyeti verdiği hükmetmişlerdir. BP ile Libya arasındaki davada davacı kamulaştırma yasası ve bunu takip eden düzenlemelerin imtiyaz anlaşmasını feshedemeyeceğini ve bunun geçerli ve yürürlükte olduğunu iddia etmiştir. 10 Ekim 1973 tarihli bir kararda tek bir hakem özerklik ilkesini açıkça referans göstermiş “BP kamulaştırma yasası BP’nin imtiyazını feshetmek yetkisine sahip olmakla birlikte, BP’nin imtiyazı Heyet yargılamasının ve Heyet öncesinde davacının davalıdan zararlarını talep etmesi için temel oluşturduğunu belirtmiştir.” *Texaco ile Libya* arasındaki davada tek hakem prensibin tanınmasında çok daha açık davranmıştır. 27 Kasım 1975 tarihli ön yargılama kararında Libya hükümetinin millileştirmenin imtiyaz sözleşmesini geçersiz kıldığı ve bu durumun aynı şekilde sözleşmelerde bulunan tahkim hükümleri için de uygulanması gerektiği yönündeki iddiasını reddederken ilkeyi açıkça referans göstermiştir. Benzer şekilde LIAMCO ile Libya arasındaki davada tek hakem 12 Nisan 1977 tarihli kararında “tahkim hükmünün uluslararası yasalar ve uygulamalarda asıl sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesi halinde bile geçerli olduğu ve hükümlerin fesih sonrasında da yürürlükte olduğunu” belirtmiştir. Gerçekten de, bu tür bir yürürlük Tahkim Anlaşmasının asıl sözleşmeden özerk olmasının en önemli neticesidir.

İlke *Elf ile NIOC* arasında görülen dava için 14 Ocak 1982 de Kopenhag’da görülen davada daha da gelişmiştir. Bir sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf ile ilgili karar veren tek bir hakem şöyle demiştir:

“Bu karara varırken, Tahkim Heyeti ya da tek bir hakem herhangi bir özel yasa ya da kuralla kısıtlanamaz ancak kararını eşitlik düşüncesi ve genel kabul görmüş yasa ilkelerine ve özellikle de uluslararası yasalara dayandırarak verme yetkisine sahiptir.”

Sözleşme, aynı zamanda anlaşmadaki tarafların olmaması durumunda tahkimin yapılacağı yer ve tahkim işlemlerinin tabi olduğu kuralların hakem tarafından belirleneceğini belirtmiştir. Hakem Kopenhag’ın tahkim yeri olmasına ve tahkim işlemlerinin Danimarka yasalarına uygun olarak yapılmasına karar vermiştir. Bununla birlikte “Kompetenz-Kompetenz” (yeterlilik-yeterlilik) ile ilgili konular ve tahkim anlaşmasının özerkliğinin asıl sözleşmenin bağlı olduğu yasalara göre yukarıda belirtilen maddede tanımlanan şekilde yapılması konusunda karar vermiştir. Buna dayanarak hakem şöyle demiştir:

“Tahkim maddesinin özerkliği uluslararası hukukta, milletlerarası tahkim yargılamalarında verilen kararlara, uluslararası tahkim konusunda önde gelen uzmanların eserlerinde, uluslararası organizasyon ve ittifaklar tarafından yürürlüğe konulan tahkim düzenlemelerinde sürekli bir biçimde uygulanan bir ilkedir.”

Hakem şu sonuca varmıştır:

“Tahkim maddesi taraflar için bağlayıcı olup NIOC tarafından anlaşmanın bir bütününe geçersiz ve uygulanamaz olduğu yönündeki bir talepten ötürü yürürlüğü zarar görmez.”

Diğer bir çok kararda da tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi benzer ifadelerle kabul edilmiştir. Bu tahkim uygulamalarında uluslararası tahkim yasalarının genel bir ilkesi olarak uygulanan bir prensibin geniş kapsamlı olarak kabul edildiğini teyit eder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tahkim anlaşmasının özerklik ilkesinin tanınmasına katkıda bulunmuştur. Yunanistan Hükümetinin bir inşaat sözleşmesini bunun içerisinde yer alan tahkim maddesine dayanılarak verilen bir karara rağmen yasa uyarınca feshetmiş olmasını iddia ettiği davada mahkeme şu karara varmıştır:

“Bir sözleşmenin tek tarafı olarak feshedilmesi sözleşmenin tahkim maddesi gibi belirli bazı temel maddelerinin yürürlüğüne zarar vermez. Bu tür bir madde değiştirilerek tesis edilen makinelerin yetkililerce değiştirilmesi taraflardan birini tahkim için özel bir hükümlerle ilgili bir ihtilafta yargılamadan kaçmasına neden olabilir.”

Tahkim anlaşmasının özerkliği konusundaki en önemli gelişme 1985 yılında UNCITRAL Model Yasasının Uluslararası Ticari Tahkime girmesiyle yaşanmıştır. Model Yasasının 16. Maddesinin 1. Paragrafı UNCITRAL Tahkim Kurallarının 21. maddesinin 2. paragraf hükümlerini tekrarlar mahiyettedir ve şöyle der:

“Bir sözleşmenin parçasını oluşturan bir tahkim maddesi kontratın diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alınır. Tahkim heyeti tarafından asıl sözleşmenin geçersiz ve uygulanamaz olduğu yönünde verilen bir karar tahkim maddesinin geçersiz olmasını gerektirmez.”

Bu sürecin devamı olarak, 21.06.2001 Tarih ve 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da, doktrindeki görüşlere paralel olarak iki sözleşme arasındaki bağımsızlık görüşünü destekleyen bir hüküm getirilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 4. bendi “Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu

itirazında bulunulamaz.” hükmünü düzenlemektedir. Bu hükümle birlikte tahkim şartı veya anlaşmasının asıl sözleşmeden (maddi hukuk sözleşmesinden) bağımsızlığı görüşü Kanun tarafından da benimsenmektedir.

MTK'nın 4. maddesinde incelenmesi gereken bir diğer husus, tahkim anlaşmasının yanı sıra, ileride doğacak uyuşmazlıklar için tahkim şartı yapılabilmesine izin vermesidir. Burada uyuşmazlığın doğmamış olması ile, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin doğmamış olması kavramlarının farklı olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, Türk Hukuku'nda tahkim anlaşmasının, ancak mevcut hukuki ilişkiler için yapılabileceği kabul edilmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 178/3. maddesinin tercümesi olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4ncü maddesinde ise, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık yokken, örneğin bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında, tahkim şartı düzenlemenin mümkün olduğu ifade edilmektedir.

Bununla birlikte doktrinde ve yargı kararlarında bağımsızlık görüşünün değişik yansımalarına da rastlamak mümkündür. Örneğin 4686 sayılı Kanun'un kabulünden önceki Yargıtay uygulamasında da tahkim şartı ve sözleşmesinin, içinde bulunduğu, maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı görüşü benimsenmekteydi. Bununla birlikte Yargıtay'ın iki sözleşmenin birbirinden bağımsızlığını farklı bir biçimde yorumladığı görülmektedir.

Yargıtay pek çok kararında tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu, buna karşılık esas sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmiş ve buna paralel olarak asıl sözleşmenin geçerli olmasının zorunlu olarak asıl sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay'ın asıl sözleşmenin geçerli olmaması halinde, o sözleşmedeki tahkim şartının da geçersiz olacağını ifade ettiği kararları da bulunmaktadır. Bu durumda Yargıtay asıl sözleşmenin geçerliliğinin tahkim sözleşmesinin de geçerli olmasını gerektirmediğini, ancak asıl sözleşmenin geçersiz olmasının tahkim şartının da geçersiz olması sonucunu doğuracağını kabul ederek farklı bir bağımsızlık sonucuna ulaşmıştır. Esasen burada Yargıtay'ın tahkim şartı bakımından tipik anlamda bir fer'i hak tanımı yaptığı görülmektedir.

Bunlara ek olarak yine Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlardan bazılarında tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmenin fer'isi olduğu yönündeki ifadeler dikkat çekmektedir. Şöyle ki “taraflar arasındaki tahkim koşulu ise bu geçerli olmayan sözleşmenin (asıl sözleşmenin) fer'ini teşkil eden tahkim koşulunun da geçerliliğinden söz edilemez.ifadesini kullanmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay'ın MTK'nın 2001 yılında yürürlüğe girmesinden önce vermiş olduğu çelişkili kararlar vardır. Ancak MTK'nın 2001 yılında "Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuzmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz." hükmünü içerir biçimde yürürlüğe girmesi ile birlikte tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi konusunda Türkiye'deki düzenlemede de çelişki kalmayacak şekilde uluslararası kabul gören tahkim prensipleri ile paralel bir hale getirilmiştir.

Daha önce de açıkladığımız gibi, tahkim yargılaması devlet yargılamasına bir istisna oluşturmaktadır. Tahkim sadece kanunun izin verdiği sınır ve şartlar içinde mümkündür. Devlet kendi egemenlik haklarına getirilen istisnaya ilişkin olarak son söz hakkını da elinden bırakmak istememekte ve hakem kararları üzerindeki denetim hakkını elinde tutmaktadır.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden özerk olmasının en az iki doğrudan sonucu vardır: Birincisi tahkim anlaşması asıl sözleşmenin geçerliliğinden etkilenmemesi ve ikincisi de asıl sözleşmenin yürürlükte olduğu yasadan farklı bir yasa hükümlerine göre yürürlükte olabilmesidir.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden özerk olmasının dolaylı sonucu ise "kompetenz- kompetenz" kuralını içine almasıdır. Tahkim yasasının temel ilkelerinden birisi hakemlerin kendi yetkileri konusunda karar verme hakkına sahip olmalarıdır. Bu ilke sıklıkla tahkim anlaşmasının özerklik ilkesinin doğal bir sonucu olarak sunulmaktadır. Şu bir gerçektir ki taktiksel bazı düşünceler davacıları "kompetenz- kompetenz" ilkesini daha açık ve net olarak belirlenmiş özerklik ilkesiyle tamamen örtüştürmeye zorlamıştır. Bu düşüncelerin ötesinde her iki ilke birbiriyle yakından alakalı olup benzer amaçlara sahiptir. Ancak kısmen örtüşürler.

Gerçekten de, özerklik ilkesi hakemlerin kendi yetkileri konusunda karar verebilmeleri için uygulayacakları işlemin ilk aşamasıdır. Tahkim anlaşmasının özerkliği sayesinde asıl sözleşmenin herhangi bir şekilde geçersiz ya da uygulanamaz olması durumu tahkim anlaşması üzerinde bir etki doğurmaz ve dolayısıyla da hakemlerin yargılaması üzerinde doğrudan herhangi bir etkiye neden olmaz. Bu nedenle bu özerklik ihtilaf konusu asıl sözleşmenin yürürlükte olmadığı iddialarına dayanılarak yapılan yargısal itirazların hakemler tarafından incelenmesine imkan tanımaktadır. Bu gibi bir durumda tahkim anlaşmasının özerkliği ve "kompetenz- kompetenz" kuralı birbiriyle örtüşür ve birbirini destekler mahiyettedir.

Bununla birlikte bazı açılardan özerklik ilkesi “kompetenz - kompetenz” kuralının önüne geçmektedir. “Kompetenz - Kompetenz” kuralı hakemlere kendi yargılama yetkilerini inceleme yetkisi vermektedir. Eğer sadece “kompetenz - kompetenz” ilkesi ile asıl sözleşmeyi geçersiz bulunursa, hakemlerin yargılamayı reddetme dışında herhangi bir seçenekleri kalmayacaktır. Bununla birlikte özerklik ilkesi hakemlere asıl sözleşmeyi geçersiz ilan etme yetkisi vermekle beraber, tahkim anlaşmasının da bundan etkilenmemesini ve geçersiz kabul edilmemesi konusunda karar vererek bu şekilde yargılamanın devam etmesi imkanını sağlar. Diğer bir deyişle hakem heyetinin yetkisi elinde bulundurma kararının ardından ihtilaf konusu sözleşmenin geçersiz olduğunu ilan etmesine rağmen yargılama yetkisini koruması özerklik ilkesine dayandırılmalıdır. Bunun sadece “kompetenz - kompetenz” kuralına dayandırılması söz konusu değildir.

Bir diğer görüşe göre de, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden özerk olma gerçeği sadece onun asıl sözleşme için yürürlükte bulunan yasadan özerkliğini açıklamakla kalmayıp aynı zamanda herhangi bir hukuk kural seçimi uygulaması sonucu ortaya çıkacak her türlü yasadan özerkliği anlamına da gelmektedir.

Özellikle de Fransa’da asıl sözleşmeden özerk olmanın yanında daha çok asıl sözleşme için geçerli olan ulusal hukuktan özerkliğini belirtmek için de kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle hukuksal yöntem seçimi kapsamında tahkim anlaşmasına da uygulamak için seçilen ulusal hukuklardan da bağımsız kalınacağı anlamına gelir. Bu nedenle tahkim anlaşması geçerliliği için herhangi bir belirli yasal sisteme dayanmaksızın kendi kendine yeter olduğu sonucuna varılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte bu gibi bir yola başvurulması tahkim anlaşmasının herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmayan bir anlaşma haline gelmesi riskini taşımaktadır. Bu ilkenin amacı, asıl sözleşmenin kendisine uygulanacak maddi hukuk bakımından geçersiz sayılması halinde, bu sözleşmeden bağımsız olan tahkim şartına hangi hukukun uygulanacağını belirlemesidir.

Geleneksel Hukuk yöntemi seçimi kullanıldığında tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden özerk olması prensibi, uygulanacak hukuk belirlenirken bunların ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, tahkim anlaşması için uygulanacak olan hukuk ile asıl sözleşme için uygulanacak olan hukuk sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Uygulamada bu tür bir karışıklık tahkim anlaşmasının tahkim şartı şeklinde yapıldığı durumlarda yaygın olarak ortaya çıkmaktadır.

Asıl sözleşmede bir hukuk seçim maddesi olması halinde, bu seçilen hukukun sadece asıl sözleşmeye uygulanacağı ya da tahkim anlaşmasını

da kapsayacağı konusu tartışmalıdır. Gerçekten de, asıl sözleşmeye uygulanacak olan hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olup olmadığı konusu net değildir. Doktrinde bir görüşe göre asıl sözleşmeye uygulanmak için seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı yönünde yapılan yorum amacını aşan bir yorum olacaktır. Bunun nedeni, tarafların asıl sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümü için uygulanmasını istedikleri hukukun, tahkim anlaşması nedeniyle ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıklara uygulanmasını istedikleri hukukla örtüşüp örtüşmediğini sözleşmeden önce teati etmemeleridir. Bu durumda, iki görüş öne çıkmaktadır. Birinci görüş asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanması yönündedir. Diğer görüş ise tahkim için seçilen yerin hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması gerektiğini öne sürmektedir.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olması ve bunun sonucunda asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda dahi tahkim anlaşmasının geçerliliğini devam ettireceği kuralı mutlak değildir. Tahkim şartının bağımsızlığına rağmen, esas sözleşmedeki geçersizliğin bazı hallerde tahkim şartına da yansması kabul edilmektedir. MTK'nın temelini oluşturan İsviçre Tahkim Kanun'unun 178nci maddesinin 3ncü fıkrasına dayanan İsviçre Federal Mahkemesinin National Power Corp.vs. Westinghouse kararında asıl sözleşmeyi sakatlayan geçersizliğin ayrıca tahkim anlaşmasının da geçersizliğine sebep olması halinde tahkim anlaşmasının özerk olmasına rağmen geçerli olmayacağını hükme bağlamıştır.

Örneğin, taraflardan herhangi birinin asıl sözleşmeyi akdetmeye salahiyetli olmaması halinde asıl sözleşme ve onun bir parçası olan tahkim şartı beraber geçersiz olacaktır. Artık tahkim anlaşmasının bağımsızlığına dayanılarak, bu anlaşmanın ayakta tutulması mümkün değildir. Benzer bir yoruma, 1942 yılında Heyman vs. Darwins Ltd. davasında verilen kararda da rastlanmaktadır.

6. 6100 SAYILI HUKUK MUHAKELEMELERİ KANUNU İŞİĞİNDE TAHKİM

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim 407 - 444. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Düzenlemenin amacı milli tahkime ilişkin usul ve esasları belirlerken Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hallerdeki uygulamayı belirlemektir. HMK ile, iç tahkim açısından toprak esaslı benimsenmiştir.

HMK 408. Madde ile taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların tahkime elverişli olup olmayacağı sorunu çözümlenmiştir.

“**MADDE 408-** (1) Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” Ayrıca bu maddeye, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*” Hükmü düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadıkları hususu eklenmiştir.

Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir.

HMK m. 412’nin birinci fıkrasında, doğmuş ya da ileride doğacak uyuşmazlıkların hakem veya hakemler tarafından çözümünü için tahkime gidilebileceği, yine tarafların bir hukukî ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tamamının ya da sadece bir kısmının tahkim yolu ile çözümünü kararlaştırabilecekleri belirtilmiş olup, son durumda uyuşmazlıklardan diğer kısmı için genellikle mahkemeye gidilmektedir. Bu durum tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

Tahkim sözleşmesi genellikle bir başka sözleşmenin bir hükmü olarak görülmekle birlikte, tarafların, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme yaparak da uyuşmazlıklarını tahkime götürebilecekleri düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrafta ise, tahkim sözleşmesinin tahkim yargılamasına dayanak olması nedeniyle, yazılı şekilde yapılması, anlaşmanın geçerlik şartı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, hangi hâllerde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olarak kabul edileceği örnekler sayılarak belirtilmiştir. Bu sebeple, Borçlar Hukukundaki şekil şartına ilişkin prensipler, tahkimde bu fıkra ile çelişmediği ölçüde uygulanabilir.

Ayrılabilirlik prensibi gereği asıl sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası, o sözleşmenin bir parçası olsa bile tahkim şartına karşı ileri sürülemez. Ayrıca, sözleşme gereği tahkim yolu ile çözülecek bir uyuşmazlığın doğmuş olup olmadığı hakem veya hakemler tarafından kararlaştırılacaktır. Bu husus dördüncü fıkrafta düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrafta, bir uyuşmazlığın halli için mahkemeye başvurulmuş olmasının, o meselenin çözümü için tahkime gidilemeyeceği anlamına gelmeyeceği hususu düzenlenmiştir.

HMK m. 414 ile; aksi kararlaştırılmamışsa taraflar, ihtiyatî tedbir veya delil tespiti için esas olarak hakem heyetine başvurabilirler. Tahkim

yolu ile uyuşmazlıklarını çözmek için sözleşme yapan tarafların, tahkim yargılaması esnasında bir ihtiyatî tedbirin alınması veya delil tespiti için öncelikle hakem veya hakem kuruluna başvurulması ve tarafların haklarını nihaî olarak korumak için karar verebilecek hakemlerin, geçici hukukî koruma sağlayan tedbir ve tespite hükmetme yetkisine sahip olmaları, tarafların tahkim iradesi ile uyumludur. Hakem veya hakem kurulu bu yetkisini uygun hâllerde kullanabilir ve tedbir veya tespit kararı verilmesini, doğacak zararların karşılanabilmesi için uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilirler.

Uygulamada, hakem veya hakem kurulunun kararlarına taraflar çoğunlukla uymaktadırlar. Ancak, verilen tedbir kararına uyulmaması veya uyulmaması ihtimali olması hâlinde, yetkili mahkeme, hakem heyeti tarafından verilen ihtiyatî tedbir kararının, taraflardan birinin talebi ve geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması şartı ile icra edilebilirliğine karar verir. Burada, mahkemenin yaptığı inceleme tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olacak; işin niteliği gereği, Türk hukukuna göre icra edilebilir bir tedbir veya tespit kararı ise hakem kararının icrasına hükmedilecektir. Özünde Alman, İsviçre ve İngiliz hukukları gibi bir çok ülke hukuku ile uyum hâlinde olan ikinci fıkra ile amaçlanan husus, tedbir kararlarının etkinliğini, bu kararlara icra kabiliyeti kazandırarak artırmaktır. Üçüncü fıkraya göre, hakem veya hakem kurulu yanında taraflar, ihtiyatî tedbir veya delil tespiti kararı vermek için ön hakem gibi bir başka kişiyi de görevlendirebilirler. Ancak tahkimin niteliği ve işleyişi gereği, hakem, hakem kurulu veya ön hakem gibi kişilerin, henüz atanmamış olması ve kararın vakit geçirilmeksizin derhâl verilmesi ihtiyacının olması sebepleri ile zamanında veya etkin bir şekilde ihtiyatî tedbir ve delil tespiti kararı vermeleri mümkün olmayabilir. İşte bu hâllerde taraflar mahkemeye başvurarak tedbir veya tespit için yardım isteyebilir. Bu hâllerin varlığının takdiri mahkeme tarafından yapılacaktır. Bu hâller dışında, tedbir veya tespit kararının hakem heyetinden alınması kuralı geçerli olup mahkemeye başvuru tarafların yazılı sözleşmesi veya heyetin izni ile mümkün kılınmıştır.

Dördüncü fıkrada, tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında mahkemece verilen tedbir kararı, geçici bir hukukî koruma tedbiri olduğundan, aksi mahkeme veya hakemler tarafından belirtilmedikçe, hakem kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın, hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde, kendiliğinden ortadan kalkacağı hususu düzenlenmiştir.

Mahkeme tarafından verilen tedbir kararının hakem veya hakem heyeti tarafından değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabilmesi de tahkimde taraf iradesine tanınan üstünlüğün bir gereğidir. Uyuşmazlığın esasını

inceleyen hakem veya hakem kurulu, mahkeme tarafından verilen tedbiri değiştirebilir veya gerek olmaması sebebi ile ortadan da kaldırabilir. Beşinci fıkrada düzenlenen bu durum usul ekonomisine de uygundur.

HMK m. 416 Hakemlerin seçiminde, tarafların serbest olduğu kabul edilmiş, tarafların hakemlerin seçimi usulünü belirlemelerine karşın, hakem seçiminin yapılamaması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakem veya hakem kurulunun seçiminin mahkeme tarafından yapılabileceği belirtilmiş ve bu seçimde esas alınacak hususlara yer verilmiştir. Tahkimde hakemlerin atanması büyük önem taşıdığı için atanma usulü açıkça belirlenmiştir. Mahkeme tarafından seçim yapılacak ise mahkeme, varsa seçime ilişkin taraf sözleşmesine uymalı ve hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını temin edecek şekilde seçim yapılmalıdır. Aksi hâlde hakem seçimine ilişkin karara itiraz edilemeyecek; ancak verilen hakem kararının iptali mümkün olacaktır.

HMK m. 422' nin birinci fıkrasıyla, hakemin reddi usulünde taraf serbestisi prensibi kabul edilmiştir. İkinci fıkrada, hakeme, ret talebini öğrendikten sonra çekilme hakkı tanındığı gibi, diğer tarafa da bu talebi kabul hakkı tanınmıştır. Ancak hakemin çekilmemesi veya diğer tarafın reddi kabul etmemesi hâlinde ret talebi konusunda karar verme yetkisi hakem kuruluna bırakılmıştır. Üçüncü fıkra gereğince, ret talebi, bu müessesenin tahkimi geciktirmek suretiyle kötüye kullanılmaması için, gerekçeli olarak yapılmalı ve yine aynı sebeple öncelikle hakem kurulu tarafından karara bağlanmalıdır. Dördüncü fıkrada, sadece karar çoğunluğunu etkileyecek sayıda hakem için yapılan ret taleplerinin doğrudan mahkemeye yapılacağı belirtilmiştir. Bu şekilde, reddedilen hakemlerin kendi ret talepleri hakkında karar verme durumunda kalmalarının önüne geçilmiş olmaktadır. Mahkemelerin konuyu etraflıca inceleyip doğru kararı kolayca verecekleri düşüncesi ve tahkimde sürati sağlamak için, mahkeme kararlarının kesin olacağı belirtilmiştir. Mahkeme tarafından, karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem hakkında ret talebinin kabul edilmesi hâlinde, şayet hakemler ismen belirlenmemişse yeniden hakem tayin edilerek tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmeleri mümkündür. Bu husus, maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

HMK m. 419; Maddede, hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu görevi kabul edip, görevi yerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış, böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır.

HMK m. 423; Tahkimde tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olmaları ve taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânının verilmesi, tahkim usulüne ilişkin genel ilkelerdir ve gözetilmeleri gerekir.

HMK m. 424; Tahkimde yargılama usulünün belirlenmesinde taraf serbestisi ilkesinin kabul edilmiş olduğu bir kez daha ve açıkça belirtilmiştir. Taraf serbestisi ilkesi bu Kısımdaki emredici kurallar ile sınırlanmıştır. Taraf serbestisinin kullanılmadığı hâller için ise bu Kısım hükümleri yedek hukuk kuralı olarak uygulanacak, ancak yine de oluşacak boşluklar, tahkimde sürati ve pratikliği temin bakımından, hakem veya hakem kurulu tarafından doldurulacaktır.

HMK m. 427; Tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de tahkimdeki sürattir. Maddede, hakemlere ve taraflar ile onların vekillerine, tahkimi sonlandırmak için bir yıllık süre verilmiştir. Tahkimin bu süre içerisinde bitirilmesi için taraflar hakemlere yardımcı olmalıdır. Elbette, tahkimin anılan sürede bitirilmesi imkânı olmaz ise bir yıllık süre taraf anlaşması ya da mahkeme kararı ile uzatılabilir. Tahkim süresinin sınırlı olarak belirtilmesi, zaman zaman tahkimin bir tarafınca kötüye kullanılmakta ve sürenin geçirilmesi için tahkimi geciktirici çabalar içine girilebilmektedir. Yetkili mahkeme, tahkim süresinin uzatılmasında bu çeşit kötüniyetli çabaları özellikle dikkate almalıdır. Böyle bir geciktirici çaba olmasa bile uyuşmazlığın çözümündeki zorluklar ile, uyuşmazlığın ağırlıklı teknik konulara ilişkin olması ve benzeri sebeplerden dolayı tahkim süresi uzatılabilir.

HMK m. 439; Maddenin birinci fıkrasında, hakem kararına karşı ancak yetkili mahkemede iptal davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır.

İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır. Üçüncü fıkrada, tahkim sözleşmesi kapsamına giren konularda, verilmiş olan geçerli bir hakem kararının korunması amaçlanmıştır.

Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde tahkimin, süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin, itiraz eden tarafın iptale ilişkin iddiasını ciddi görürse, talep üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın ic-

rasını durdurabileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir. Beşinci fıkrada, iptal başvurusunun süratle karara bağlanması amaçlanmıştır.

Altıncı fıkrada, temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibi kesin bir şekilde belirtilerek, Yargıtay'daki incelemenin, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Tahkim kurumuna sürat kazandırmak ve bu suretle kurumun teşviki için, temyiz aşamasında kararın icrasının durdurulmasının önüne geçilmiştir. Hakem kararına ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında karar icra edilmelidir.

Yedinci fıkraya göre, bir iptal sebebinin varlığını taraflar kabul ediyor ise veya bu fıkrada belirtilen sebeplere dayanılarak iptal kararı verilmiş ise tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözüme iradesi üstün tutulmuş ve ilgili uyuşmazlık veya uyuşmazlıklarının yeniden tahkim yolu ile çözülmesi gereği kabul edilmiştir.

SONUÇ

Tahkim, devlet yargılanmasına alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak günümüz dünyasında önemli bir yer tutmaktadır. Tahkim yargılaması ile çözüme elverişli hususlarda tahkim yargılamasının devlet yargılamasına tercih edildiği durumlar özellikle uluslararası anlaşmalarda görülmektedir.

Dünyada ve ülkemizde de tahkim yargılaması çeşitli düzenlemelerle işlerliğini arttırmakta ve sıklıkla başvuru olan bir çözüm yöntemi haline gelmektedir. Bu durum da hukuksal alanda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Tahkim konusundaki tartışmalardan en önemlilerinden birisi de tahkim yargılamasının uygulayıcıları olan hakemlerin yetkileri konusunda. Tahkim anlaşmasının dayandığı esas sözleşme ile olan ilişkisi pek çok milletlerarası tahkim kararlarında ve ülkemizde de yargıtay kararlarında irdelenmiştir.

Milletlerarası düzenlemelerde, ICC Tahkimi kararlarında ve ülkemizde de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun'unda tahkim anlaşmasının kendisini sakatlayan şartlar mevcut değilse, tahkim anlaşması asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmemektedir. Daha genel bir değiş ile milletlerarası düzenlemeler, milletlerarası tahkim kararları ve Milletlerarası Tahkim Kanunumuz paralel bir uygulama ile tahkim anlaşmasının özerkliği prensibini kabul etmektedir. Bu özerklik prensibi tahkim kararlarının zorlayıcılığının ve uygulanabilirliğinin temelini teşkil etmektedir.

“TAKİP DAYANAĞI SENEDİN SAHTE OLDUĞU” İLERİ SÜRÜLEREK İCRA TAKİBİNİN TEMİNATSIZ - DURDURULMASI

Av. Talih UYAR

İstanbul Barosu Dergisi'nin Mart-Nisan/2012 sayısında (s:199-207) yayımlanan “ *Takip Konusunun Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir?*” isimli makalemizin s o n u ç bölümünde;

“.....*Takip konusu senedin sahte olarak düzenlenmiş olduğunu*” ileri sürerek yapılmış olan takibin durdurulmasını sağlamak isteyen borçlunun (vekilinin), bu konuda ticaret (hukuk) mahkemesine başvurarak *‘sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davası’* açabileceği gibi, C. Savcılığına başvurup *‘hakkında sahte bir senet düzenlendiğini (örneğin; senetteki imzanın kendisine ait olmadığını veya senedin alacak miktarını belirten kısmında değişiklik (tahrifat) yapılarak senedin daha yüksek miktarlı (meblağlı) bir senet haline dönüştürüldüğünü ya da senetteki vade tarihinde değişiklik (tahrifat) yapılarak senedin vadesinin öne çekildiğini’* belirtip, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunup, ceza mahkemesinde *‘sahte senet düzenlemek suçu’*ndan dolayı kamu davası açılmasını sağlayabilir ve daha sonra bu mahkemelerde açılan davanın konusu hakkında açıklamalı yazı (derkenar) alıp, bunu, senedin takip konusu yapıldığı icra müdürlüğüne vererek *‘hakkındaki takibin HMK’nun 209/1 maddesi uyarınca durdurulmasını’* isteyebilir. İcra müdürlüğünce bu konuda lehine bir karar verilmemesi halinde bu kararı *‘şikayet’* (İİK.’nın 16 maddesi vd.) konusu yaparak, icra hakimliğinden aynı konuda yani *‘icra takibinin durdurulması’* konusunda bir karar verilmesini isteyebilir... Ya da, borçlu (vekili) sahtelik iddiasına dayalı olarak açtığı *‘menfi tespit davası’*na bakan ticaret (hukuk) mahkemesine başvurarak, HMK 209/1 maddesi uyarınca *‘teminat aranmaksızın- icra takibinin durdurulmasına karar verilmesini’* isteyebilir.

Bu başvurular üzerine ne icra müdürünün ve ne de icra ve ticaret (hukuk) hakiminin İİK.’nin 72/III. maddesini öne sürerek *‘teminat karşılığında takibin durdurulmasına’* ya da *‘teminat karşılığında icra dosyasına*

yatırılacak paranın alacaklıya ödenmemesine'şeklinde hatalı (yasaya aykırı) bir karar vermemesi, HMK'nun 209/1 maddesini uygulayarak *-ve teminat aramaksızın- 'icra takibinin durdurulmasına'* karar vermesi gerekir...

Ticaret (hukuk) ve icra hakimlerinin HMK'nun 209/1 maddesini doğrudan doğruya uygulamaktan kaçınmalarının *-yukarıda belirttiğimiz gibi-*HMK'nun 46/c ve 46/e maddelerinin, kendileri hakkında uygulanabileceğinin bilincinde olarak davranmaları isabetli olacaktır..."

şeklinde, bu konudaki görüşümüzü açıklamıştık....

Yerel mahkemelerin (özellikle; açılmış olan sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarına bakan asliye hukuk ve ticaret mahkemelerinin) bir kısmı, bu görüşümüz çerçevesinde *davacı-borçludan herhangi bir teminat istemeksizin*, davacı-borçlunun "dava sonuna kadar takibin durdurulması" taleplerini kabul etmişken, diğer bazı yerel mahkemeler *İİK.'nun 72/II ve III çerçevesinde, teminat karşılığında* "takibin durdurulmasına" karar vererek, yüksek mahkemenin (Yargıtayın) bu konuda vereceği kararı/kararları beklemeye başlamışlardı...

Nihayet, yüksek mahkemenin (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin) beklenen kararı çıkmıştır. **Yüksek mahkeme**, bu kararında aynen;

"Taraflar arasında *menfi tespit davasının* yapılan yargılaması sırasında, mahkemece verilen 'ihtiyati tedbir istemini reddine' ilişkin ara kararının süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine; dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Dava, 'davacının keşidecisi olduğu davalı emrine düzenlenen 31.08.2011 keşide tarihli 30.09.2011 vadeli 800.00 TL.lik bononun tahrif edilerek 80.000 TL. haline getirildiği, bu nedenle 79.200 TL.lik kısım için borçlu olunmadığının tespiti ile dava kesinleşinceye kadar 6100 sayılı HMK gereğince teminatsız tedbir kararı verilmesi istemi'ne ilişkindir.

Mahkemece tensiple birlikte 'HMK'nun 209 ve devamı maddelerindeki koşullar oluşmadığından davacının ihtiyati tedbir talebinin reddine, İİK'in 72/3.maddesi uyarınca %15 teminat karşılığında icra veznesine girecek paranın alacaklısına ödenmemesi' şeklinde tedbir kararı verilmiş, bu ara kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Bonoda tahrifat iddiası bulunduğundan, HMK'nun 209.maddesindeki hüküm uyarınca tedbir kararı verilmesi gerekirken, bu yön gözardı edilerek, İİK.nun 72/3. maddesine dayanılarak tedbir kararının verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle 18.11.2011 tarihli yerel mahkemenin takibin teminatsız olarak durdurulması talebinin reddine ilişkin kararın BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine 17.05.2012 gününde oy birliği ile karar verildi” (19. HD. 17.05.2012 T. E:3644, K:8311) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

şeklinde içtihadta bulunmuştur.

Yüksek mahkeme, bu isabetli içtihadı ile “sahtelik iddiasına dayalı menfin tespit davalarında, İİK.’nin 72/II, III’deki koşullar çerçevesinde değil yeni 6100 sayılı HMK’nun 209/I hükmü çerçevesinde takibindurulması gerekeceğini” vurgulamıştır. Böylece, bir bakıma; “İİK.’nin 72. maddesinin ö zelhüküm, HMK’nun 209. maddesinin ise genelhüküm olduğu, bu nedenle, açılmış olan menfi tespit davasının icra takibine etkisi konusunda özelhüküm niteliğindeki İİK.’nin 72. maddesinin uygulanması gerektiği” görüşünün doğru olmadığını da ifade etmek istemiştir...

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin belirtilen bu isabetli görüşünün -HMK’nun 209. maddesinde değişiklik yapılmadığı sürece- yapılan icra takiplerine “takip dayanağı belgede (senette) sahtelik yapılmış olduğu” -örneğin; belgenin (senedin) altındaki imzanın borçluya ait olmadığı; belgenin (senedin) “alacak miktarı”nda, “vade tarihi”nde vb. değişiklik (tahrifat) yapılmış olduğu- ileri sürülerek “takibin durdurulması”nın istenmesi halinde de kabul edilmesi (uygulanması) gerekmesine rağmen, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi “kambiyo senedine dayalı olarak yapılan icra takibinde, borçlu tarafından imza inkarında bulunulması” -yani; ‘takip dayanağı kambiyo senedinin “imza”sında sahtelik yapılmış olduğu’nun (HMK 209/I) icra mahkemesine bildirilmesi- üzerine; “takibin durdurulup durdurulmayacağıнын HMK’nın 209/I hükmüne göre değil, İİK.’nin 170. maddesine göre değerlendirileceği” konusunda bir “ilke kararı” almıştır. **Yüksek mahkeme** aldığı bu “ilke kararı”nı aşağıdaki şekilde gerekçeleri ile açıklamıştır:

“Alacaklı tarafından bonoya davalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlanıldığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçluların yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda borca itirazının yanında, sahtecilik suçundan C. Savcılığı’na suç duyurusunda bulunulduğunu belirterek takibin iptali talep ettiği anlaşılmıştır.

Ankara C. Başsavcılığı’nın 10.04.2012 tarih ve 2012/12736 Esas sayılı iddianamesinin incelenmesinde, borçlunun şikayeti üzerine ala-

çaklı şirketin sahibi ve müdürlerinin resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmaları talebi ile Ağır Ceza Mahkemesi'ne kamu davası açıldığı görülmüştür.

6100 Sayılı HMK'nun 209/1. maddesinde; "Adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme tabi tutulamaz" düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddeyi kapsamı itibari ile ikiye ayırmak gerekir. Bunlardan birincisi senetteki imzanın inkar edilmesi, diğeri ise yazının inkarıdır.

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibinde, imzaya itiraz, İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı takipler yönünden yazının sahteliği iddiası konusunda aynı kanunda özel bir hüküm mevcut değildir. İcra ve İflas Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu kanunun 170.maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 Sayılı HMK'nin 209. maddesinin uygulama yeri yoktur.

Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumu İcra ve İflas Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 Sayılı HMK'nun 209. Maddesinin uygulanması gerekecektir.

İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken İİK. nin 170/1. maddesi uyarınca itiraz satıhtan başka icra takip muamelelerini durdurmaz.

Şu hale göre kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK. nin 170/1. maddesi uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz.

Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 Sayılı HMK'nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir

kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğüne anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK. nun 16/2.maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, bakım, 6100 Sayılı HMK nun 209/1.maddesini re'sen nazara almalıdır.

Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilmeye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir.

O halde mahkemece yukarıda yapılan açıklama ve ilkeler doğrultusunda sahtelik iddiası değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken talebin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçluların temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA)...”(12. HD. 13.12.2012 T. E:19755, K:37752) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:11.02.2013)”

Yüksek mahkemenin bu görüşü **doktrinde** eleştiri konusu olmuştur. Gerçekten; Sayın KURU “... bu içtihadın birinci bölümündeki açıklamalara aynen katıldığını ancak ikinci bölümdeki açıklamalara katılmadığını” ifade etmiştir. (**KURU, B.** Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi “Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2012/3, s:9 vd”)

Kanımızca bu içtihadta “...kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibinde imzaya itirazın, İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesinde açıkça düzenlenmiş olduğu...” belirtildikten sonra “aynı takipler yönünde yazının sahteliği iddiası konusunda aynı kanunda özel bir hüküm mevcut değildir.... Sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumu hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından, sorunun çözümü için 6100 sayılı HMK'nın 209. maddesinin uygulanması gerekecektir....” şeklinde ki gerekçe yerinde değildir. Çünkü yüksek mahkemenin “hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda düzenleme bulunmadığını” belirttiği husus, İİK.'nin 168/I-5 ve İİK. 169a/I'deki “borçlu olunmadığı itirazı”nın kapsamına girdiğinden, eğer “İcra ve İflas Kanunu, icra takip hukuku açısından hu-

kuk muhakemeleri kanununa göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşulu ile genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir...” diye düşünülürse; “imza inkarına (sahteliğine) dayalı iddialar” hakkında olduğu gibi “imza inkarı dışındaki sahtelik iddiaları” hakkında da HMK’nın 209/I maddesinin değil, İİK.’nın 168/1-5, 169, 169/a maddelerinin uygulanması gerekir....

Halbuki aynı yüksek mahkeme daha önce -yani; 1086 sayılı HUMK’nın yürürlükte olduğu dönemde- “bu durumda olaya HMK’nun 317. maddesinin uygulanacağını” çeşitli kararlarında aşağıdaki şekilde belirtmişti;

- “Takibe dayanak yapılan bono için resmi evrakta sahtecilik suçundan Kadıköy 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nde 2011/88 sayılı dava açıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece sözkonusu ceza dosyası getirtilip HUMK’nın 317. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığı tespit edildikten sonra, oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK’nın 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 22/12/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi” (12. HD. 22.12.2011 T. E:12073, K:30235) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Borçlular hakkında bonoya dayalı olarak takip yapılmış; 10 örnek ödeme emri tebliği üzerine, borçlular yasal süre içinde icra mahkemesine verdikleri itiraz dilekçesinde ‘takip dayanağı bononun sonradan alacaklı tarafından doldurulmak suretiyle haksız olarak takibe konu edildiğini ve herhangi bir borçlarının bulunmadığını, ayrıca bonodaki M.G. isminin de sonradan eklenerek şahsen borçlu hale getirilmeye çalışıldığını’ ileri sürmüşlerdir.

HUMK’nın 314 - 316 - 317. maddeleri gereğince, usulüne göre açılmış bir sahtecilik davası sırasında senedin bilirkışı marifeti ile incelenmesine ve olaydan haberdar olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde, senet o dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme esas tutulamaz. Ancak ceza davasının açılmış olması, kişisel hak bakımından davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe, hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etkili değildir.

Olayda, senetle ilgili olarak Çankırı 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 01.10.2010 tarihinde alacaklı (sanık) A.A. hakkında 'hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma' suçundan dolayı açılan ceza davası neticesinde, bu mahkemece, 22.12.2010 tarihinde resmi evrakta sahtecilik suçundan yargılama yapılmak üzere yetkisizlik kararı verildiği ve dosyanın Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/194 esasına kaydedildiği görülmektedir. 24.05.2011 tarihli celsede icra mahkemesince, sahtecilik suçuna ilişkin Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/194 esas sayılı dosyası incelenmiş, müştekinin (katılanın) şikayet dilekçesini tekrar ettiği, sanığın savunması ile şikayetçinin ve tanık H.B.'nin ifadelerinin alındığı, diğer tanıkların ifadelerinin tesbiti için Çankırı Asliye Ceza Mahkemesine yazılan talimatın beklenmesine karar verildiği ve davanın halen derdest olduğu tespit edilmiştir.

Borçlunun temyiz dilekçesine ekli olarak ibraz ettiği Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 18.10.2011 tarih ve 2011/194 esas, 2011/1053 karar sayılı kararı ile takip dayanağı senet yönünden alacaklı (sanık) hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece, anılan davanın icra takibi bakımından bekletici mesele olarak kabulü ile sonucuna göre işlem yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 06/12/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi" (12. HD. 06.12.2011 T. E:21203, K:26949) "Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)"

- "Alacaklı vekili tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekilinin İİK.'nin 168/4. maddesinde öngörülen yasal 5 günlük süre içerisinde icra mahkemesine başvurarak imzaya itiraz ettiği görülmüştür.

Borçlu vekilince, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2010/41564 soruşturma sayılı dosyası ile alacaklı hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan soruşturmanın mevcut olduğu yargılama sırasında bildirildiği, aynı dosyadan Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın düzenlettiği Adana Polis Kriminal Laboratuvarının 08.11.2010 tarihli raporunun icra mahkemesine sunulduğu tespit edilmiştir. Yine, alacaklı hakkında

Adana Asliye Ceza Mahkemesi'ne aynı soruşturma dosyasında resmi belgede sahtecilik suçundan kamu davası açıldığı anlaşılmıştır.

Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, 'imza itirazı' ile birlikte veya 'sahtelik iddiası' ile şikâyette bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunması nedeniyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin 2. cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargusal uygulamada kabul edilmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2003 gün ve 2003/12-3 E.2003/28 K.; 06.02.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K.sayılı kararları).

Nitekim, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin; 'Sahtelik iddiası 308'inci madde ile mevaddı mütaakıbesi ahkamına tevfikân tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihıbre marifetiyle tetkik ve tatbıkına ve vakayi ve hadisattan haberdar olanların istımına karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticei hükme kadar bir güne muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de halel gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zımında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir' şeklindeki hükmü ile de, hukuk ya da ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, 'inkar edilen imzanın borçluya ait olup olmadığı' yönünde bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş ise, 'senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamayacağı' düzenlenmiştir.

Bu düzenleme karşısında; imzaya itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletici sorun olarak kabul edilmelidir.

Zira, icra mahkemeleri şikâyet ve itirazları belli bir usule uyarak yargılayan ve objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözme görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden, dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır.

Genel mahkemeler senetteki sahtelik iddiasını yukarıda içerikleri açıklanan HUMK'nun 309 ve 317.maddelerinin verdiği yetkiyle daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 tarih ve 2010/12-493 esas, 2010/491 karar sayılı kararı)

O halde, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ceza davası incelenip, ön mesele olarak kabulünün ve beklenmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 25/10/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi" (12. HD. 25.10.2011 T. E:4165, K:20120). "Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)"

- *"Alacaklı vekili tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekilinin İİK'nin 168/4. maddesinde öngörülen yasal 5 günlük süre içerisinde icra mahkemesine başvurarak 'senet bedelinde tahrifat yapıldığına' yönelik itirazda bulunduğu görülmüştür.*

Borçlu vekilince, Sincan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2010/4647 soruşturma sayılı dosyası ile alacaklı hakkında sahtecilik suçundan soruşturmanın mevcut olduğunun yargılama sırasında bildirildiği, yine alacaklı hakkında Sincan Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/632 esas sayılı dosyası ile evrakta sahtecilik suçundan kamu davası açıldığı ve davanın derdest olduğu dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, 'imza itirazı' ile birlikte veya 'sahtelik iddiası ile şikâyette' bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunulması nedeniyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin 2. cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2003 gün ve 2003/12-3 E.2003/28 K.; 06.02.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K.sayılı kararları).

Nitekim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317. maddesinin; 'Sahtelik iddiası 308'inci madde ile mevaddı mütaakıbesi ahkamına tevfiikan tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tetkik ve tatbikına ve vakayi ve hadisattan haberdar olanların istimainına karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticei hükme kadar bir güna muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de haleb gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zımnında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir' şeklindeki hükmü ile de, hukuk ya da ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, inkar edilen imzanın borçluya ait olup olmadığı, yönünde bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığı görülenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş ise, 'senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamayacağı' düzenlenmiştir.

Bu düzenleme karşısında, senet bedeline itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletici sorun olarak kabul edilmelidir.

Zira, icra mahkemeleri şikâyet ve itirazları belli bir usule uyarak yargulayan ve objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözme görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden, dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır.

Genel mahkemeler, senetteki sahtelik iddiasını yukarıda içerikleri açıklanan HUMK'nın 309 ve 317.maddelerinin verdiği yetkiyle daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 tarih ve 2010/12-493 esas, 2010/491 karar sayılı kararı).

O halde, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ceza davası incelenip, ön mesele olarak kabulünün ve beklenmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan TTK'nın 690. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 588/1. maddesi gereğince, bono bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile belirlenen bedele itibar olunur. Ancak bu kural rakam ile değer bildiren bölümde tahrifat yapılmaması halin-

de uygulanır. Somut olayda ‘dayanak bononun rakamla değer belirten bölümünde tahrifat yapıldığı’ iddiası olup, bu husus açıklığa kavuşturulmadığı için, bononun yazı ile değer belirten bölümüne itibar edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu durumda senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekir (HGK 14.05.2003 T. 2003/12-347 E. 2003/345 K.). O halde, mahkemece ‘takibin, borçlunun da kabulünde olan 7.500 TL üzerinden devamına’ karar verilmesi gerekirken, takibin tümünden iptali yönünde hüküm tesisi de doğru değildir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK’nın 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 04/10/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi” (12. HD. 04.10.2011 T. E:2245, K:17673) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak takip yapılmış, 163 örnek ödeme emrinin tebliği üzerine, borçlu, yasal süre içinde icra mahkemesine verdiği itiraz dilekçesinde ‘bonodaki imzanın kendisine ait olmadığını’ ileri sürmüştür. Yargılama sırasında, senetle ilgili olarak ceza mahkemesi’nde dava açıldığı belirtilmiştir. Ancak mahkemece, ‘alınan bilirkişi raporu doğrultusunda itiraz edilen imzanın borçluya ait olduğu’ndan bahisle ‘itirazın reddine’ karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine, Dairemizce; takip dayanağı senetle ilgili olarak Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi’ne açılan sahtecilik davasının derdest olduğu, anılan mahkemenin 04.10.2001 tarihli müzekkeresinden anlaşılacakla, icra mahkemesince, HMUK’nın 317. maddesi gereğince anılan davada muteriz borçlunun şahsi hak ileri sürer biçimde bir müdahilliğinin olup olmadığı araştırılarak, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle karar bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak, sahteciliğe ilişkin Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi dosyası celbedilmiş, bu dosyada borçlunun müdahil olduğu ve yargılamanın halen devam ettiği tespit edilip, dosyanın kesinleşmesinin beklenmesine karar verilmiştir.

Takip dayanağı senetle ilgili olarak sahtecilik suçundan dolayı Ağır Ceza Mahkemesinde sürdürülen yargılama neticesinde, takip yapan alacaklı yönünden beraat kararı verildiği ve onun yönünden hükmün kesinleştiği, senet lehtarı ve dava dışı borçlunun eşinin ise sahtecilik suçundan dolayı cealandırılmalarına karar verildiği ve bu şahıslar yö-

nünden dosyanın temyizden Yargıtay'a gönderildiği, haklarındaki kararın henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

Resmi veya hususi bir senedin sahteliği hakkındaki itirazın, HUMK'nun 314, 316 ve 317. maddeleri hükümlerine göre değerlendirilmesi lazımdır. Usulüne göre açılmış böyle bir sahtecilik davası sırasında senedin bilirkşi marifeti ile incelenmesine ve olaylardan haberdar olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde, senet o dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme esas tutulamaz. Ancak, tek başına ceza davasının açılmış olması, kişisel hak bakımından davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe, hukuk davasına ve icra tabibine doğrudan etki etmez.

Somut olayda, takip dayanağı senet yönünden sahtecilik suçu işlendiğinden bahisle bir kısım sanıklar hakkında ceza mahkemesince verilmiş bulunan hüküm henüz kesinleşmemiştir. Mahkemece 'bozma ilamına uyularak, sahteciliğe ilişkin Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi dosyasının kesinleşmesinin beklenmesine' karar verildiği halde, bilahare bu ara kararından dönülerek ceza mahkemesince verilen hükmün kesinleşmesi beklenmeden sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İ.İ.K. 366 ve H.U.M.K.'nin 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 27.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi." (12. HD. 27.09.2011 T. E:1622, K:16904) "Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)"

- "Alacaklı vekili tarafından başlatılan çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe karşı borçlu vekilinin, 'dayanak senetteki imzanın borçluya ait olmadığı ve alacaklıya borcu bulunmadığını' belirterek, takibin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, bilirkşi raporuna dayanılarak 'imzaya itirazın reddine' karar verildiği anlaşılmaktadır.

TTK.'nin 692/5. maddesine göre çekin, kambiyo senedi vasfını taşıyabilmesi için, keşide yeri unsurunu ihtiva etmesi gereklidir. Aynı kanunun 708. maddesi gereğince, ibraz süresi, çekin keşide edildiği yere göre belirleneceğinden keşide yerinin, hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık olarak gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde senedin çek vasfında olduğunun kabulü yasal açıdan mümkün değildir. 14/12/1992 günlü ve 1991/1-1992/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, kısaltılmış olarak yazılan keşide yerinin

kabul edilebilmesi için bunun, belirgin ve duraksamaya mahal bırakmayacak bir yeri göstermesi gereklidir.

Somut olayda, takip dayanağı çeekte keşide yeri olarak “K.paşa” yazılmıştır. Kısaltılmış şekilde yazılan bu keşide yeri yukarıda yazılı ilkeye uygun bulunmadığından, takip dayanağı belge çek niteliğinde kabul edilemez.

O halde, mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nun 02/10/1996 gün ve 1996/12-5 sayılı kararı ile de benimsendiği üzere İİK'in 170/a-2. maddesi gereğince bu husus icra mahkemesince re'sen nazara alınarak 'takibin iptaline' karar verilmesi gerekirken, itirazın esası incelenerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Diğer yandan;

Alacaklı hakkında sahtekarlık suçundan dolayı kamu davası açılırsa ve ceza mahkemesinde senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilirse, dava konusu senet ceza davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz, diğer bir deyişle icra takibi kendiliğinden durur.

Takip dayanağı senet hakkında, borçlunun sahtecilik iddiası ile şikayette bulunması ve alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunması nedeniyle 'sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda' bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin yasal bir düzenleme İcra İflas Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu nedenle HUMK'nun 317.maddesinin 2. cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir. (HGK'nun 22/01/2003 gün ve 2003/12-3 E. – 2003/28K). Bu bağlamda; ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş ise, senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılmaması gerekir. Bu düzenleme karşısında, takibe itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa, ceza davasının sonuçlanması, takibe itiraz davası yönünden 'bekletici sorun' olarak kabul edilmelidir. Zira icra mahkemeleri sınırlı yetkili mahkemeler olup, uyuşmazlıkları çözüme görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinlemeyeceklerinden, sahtecilik iddiasını inceleme yetkisi de genel mahkemelere göre daha kısıtlıdır. Genel mahkemeler senetteki sahtelik iddiasını HUMK'nun 309 ve 317.maddelerinin verdiği yetki ile daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir.

Ayrıca, ceza davasının açılması, borçlu tarafından kişisel hak bakımından davaya müdahil olarak katılıp senedin iptali istenmedikçe hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etkili olmayacaktır.

Somut olayda, borçlu vekili, 22/09/2010 havale tarihli dilekçesinde, 'çekteki imzanın Kemalpaşa Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/139 E.sayıli dosyası ile yargılanmakta olan A.K.'ya ait olduğunu' belirtmiştir.

Bu durumda, mahkemece, anılan ceza dosyası getirilerek, 'alacaklının kamu davasında sanık olup olmadığı, borçlunun kişisel hak bakımından müdahil olup dayanak belgenin geçersizliğini o davada ileri sürüp sürmediği ve HUMK'nın 317. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği' tespit edildikten sonra, oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı gerekçeyle istemin reddi doğru değildir. (HGK.nın 06/02/2002 tarih ve 2002/19-18 E - 2002/48 K. sayılı)

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (BÖZULMASINA), 07/07/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi." (12. HD. 07.07.2011 T. E:2010/33387, K:2011/14787) "Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)"

- "Alacaklı vekili tarafından bonoya çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekilinin İİK'nin 168/4.maddesinde öngörülen yasal 5 günlük süre içerisinde icra mahkemesine başvurarak 'imzaya itiraz ettiği' görülmüştür.

Borçlu vekilince, 'Uşak Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2009/2398 soruşturma sayılı dosyası ile alacaklı hakkında sahtecilik suçundan soruşturmanın mevcut olduğu'nun yargılama sırasında bildirildiği, aynı dosyadan düzenlettilen İzmir Polis Kriminal Laboratuvarının 20.07.2009 tarihli raporunun icra mahkemesine sunulduğu tespit edilmiştir. Yine, alacaklı hakkında Uşak Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/177 esas sayılı dosyası ile evrakta sahtecilik suçundan kamu davası açıldığı ve davanın derdest olduğu dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, 'imza itirazı' ile birlikte veya 'sahtelik iddiası' ile şikâyette bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunması nedeniyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin 2.cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği, yargısal uygulamada kabul edilmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2003 gün ve 2003/12-3 E.2003/28 K.; 06.02.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K.sayılı kararları).

Nitekim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317. maddesinin; 'Sahtelik iddiası 308'inci madde ile mevaddı mütaakıbesi ahkamina tevfikân tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tetkik ve tatbıkına ve vakayı ve hadisattan haberdar olanların istımına karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticei hükme kadar bir güne muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de hâlel gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zımında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir' şeklindeki hükmü ile de, 'hukuk ya da ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, inkar edilen imzanın borçluya ait olup olmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş ise, senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamayacağı' düzenlenmiştir.

Bu düzenleme karşısında; imzaya itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletici sorun olarak kabul edilmelidir.

Zira, icra mahkemeleri şikâyet ve itirazları belli bir usule uyarak yargılayan ve objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözmeye görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır.

Genel mahkemeler senetteki sahtelik iddiasını yukarıda içerikleri açıklanan HUMK'nun 309 ve 317.maddelerinin verdiği yetkiyle daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 tarih ve 2010/12-493 esas, 2010/491 karar sayılı kararı).

O halde, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ceza davası incelenip, 'ön mesele olarak kabulünün ve beklenmesinin gerekip gerekmediği' değerlendirilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), bozma nedenine göre borçlu vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, 12/04/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 12.04.2011 T. E:2010/25564, K:2011/6405) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Resmi veya hususi bir senedin sahteliği hakkındaki itirazın HUMK'un 314 - 316 ve 317.maddeleri hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir. Anılan maddeler gereğince usulüne uygun olarak açılmış bir sahtecilik davası sırasında, senedin bilirkişi marifetiyle incelenmesine ve olaydan haberdar olanların dinlenmelerine karar verildiği takdirde, senet o dava sonucunda verilecek hükme kadar, hiç bir işleme tabi tutulamaz. Ancak, bizzatı ceza davasının açılmış olması yeterli olmayıp, kişisel hak bakımından davaya müdahil olunarak bu mahkeme nezdindeki yargılamada senedin iptali istenmedikçe, hukuk davasına ve icra takibine davanın açılmış olması doğrudan doğruya etkili değildir.

Somut olayda, mahkemece borçlunun itiraz dilekçesindeki ‘takip dayanağı senedin sahte olduğu’ itirazı değerlendirilmeden, ayrıca yukarıda açıklanan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği de irdelenmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 29.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 29.03.2011 T. E:2010/24568, K:2011/5084) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Alacaklı vekili tarafından bonoya dayalı olarak kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, borçluya örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlu vekilinin İİK'nun 168/4.maddesinde öngörülen yasal 5 günlük sürede icra mahkemesine başvurarak, imzaya itiraz ettiği anlaşılmıştır.

Mahkemece yaptırılan inceleme sonucunda Adli Tıp Uzmanı-Grafolog bilirkişi S.K.'nin düzenlediği 22.06.2009 tarihli raporda ‘imzanın borçlunun eli ürünü olmadığı’ bildirilmiştir. Mahkemece imza itirazı-

nun kabulü kararından sonra İstanbul 4.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/477 E. sayılı dosyasından alınan 02.06.2010 ve 13.09.2010 tarihli raporlarda 'imzanın G.Y. ürünü olduğu' açıklanmıştır.

HGK'nun 07.10.2009 tarih ve 2009/12-382-415 sayılı kararında da belirtildiği üzere; herhangi bir belgedeki imza ve yazının atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuvar ortamında, optik aletler ve o incelemenin gerektirdiği diğer cihazlar kullanılarak, grafolojik ve grafometrik yöntemlerle yapılması, bu alet ve yöntemlerle gerek incelemeye konu ve gerekse karşılaştırmaya esas belgelerdeki imza veya yazının, tersim, seyir, baskı derecesi, eğim, doğrultu gibi yönlerden taşıdığı özelliklerin tam ve kuşkuyla yer veremeyecek şekilde belirlenip karşılaştırılması, sonuçta, imza veya yazının atfedilen kişiye ait olup olmadığı, dayanakları gösterilmiş, tarafların, mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla ortaya konulması, gerektiğinde karşılaştırılan imza veya yazının hangi nedenle farklı veya aynı kişinin eli ürünü olduklarının fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleri ile de desteklenmesi şarttır.

O halde, mahkemece raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden ve ehil bilirkişilerden oluşacak bir kuruldan mütalaa alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Öte yandan borçlu hakkında bonoya dayalı olarak takip yapılmış; borçlu icra mahkemesine verdiği itiraz dilekçesinde 'bonodaki imzanın kendisine ait olmadığını' ileri sürmüştür. Yargılama sırasında, senetle ilgili olarak ağır ceza mahkemesinde nitelikli dolandırıcılık, sahtecilik suçundan dava açıldığı anlaşılmış, borçlu vekili, bu davanın bekletici mesele yapılmasını talep etmiştir. HUMK'un 314-316-317.maddeleri gereğince, usulüne göre açılmış bir sahtecilik davası sırasında senedin bilirkişi marifeti ile incelenmesine ve olaydan haberdar olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde, senet o dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme esas tutulamaz. Ancak ceza davasının açılmış olması, kişisel hak bakımından davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etkili değildir.

Mahkemece yukarıdaki ilkelere göre ceza davasının ön mesele olarak kabulü ile sonucunun beklenmesine gerek olup olmadığı saptanmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi de isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 24.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 24.02.2011 T. E:2010/20097, K:2011/1762) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

Bu kararlarda bahsi geçen HUMK'un 317. maddesinin yerini, 6100 sayılı yeni HMK'da 209. madde almıştır. Bu nedenle, daha önce HUMK'un 317. maddesinin uygulandığı durumlarda artık HMK'nun tereddütsüz uygulanması gerekir (Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi “El Kitabı”, 2. Baskı, 2012, C:1, s:108, 291, 822, 917, 921, 981; C:2, s:2414). Nitekim aynı **yüksek mahkeme** de bu hususu “...1086 sayılı yasaya yapılan atıflar 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte HMK'ya yapılmış sayılır” (bknz: 12. HD. 09.05.2012 T. E:2011/31398, K:2012/16124) şeklinde ifade etmişti.

Yine aynı **yüksek mahkeme**; hem “alacaklı hakkında resmi belgeden sahtecilik suçlamasıyla ceza mahkemesinde ceza davası açılması durumunda” ve hem de “alacaklı hakkında sahtelik iddiasına dayalı olarak menfi tespit davası açılması halinde” HMK'nın 209/1 maddesi uyarınca “anılan konuda bir karar verilinceye kadar senedin herhangi bir işleme esas alınmayacağı” gözönünde bulundurularak -teminat aranmaksızın- “icra takibinin durdurulması gerektiğini” şu şekilde belirtmiştir:

- “Borçlu vekili, kambiyo takibine konu edilen çekin kambiyo senedi vasfını taşımadığını, bu çek yaprağının, 2002 yılında kapatılan Çaykara Halk Bankası tarafından verilmiş bir çek yaprağı olduğunu, alacaklı tarafından bu çek yaprağının her nasılsa ele geçirilerek tahrif edilip doldurulduğunu, müvekkili tarafından böyle bir çekin verilmediğini belirterek icra takibinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesini talep etmiş, mahkemece takip konusu çekin tüm unsurlarının tamam olup, borçlunun da İİK'nin 169/a maddesi kapsamında, borcu olmadığını, borcun itfa veya imhal edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile kanıtlamadığından bahisle itirazın reddine karar verilmiştir.

Alacaklı hakkında Resmi Belgede Sahtecilik, suçlamasıyla Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca 25.04.2011 tarihli kamu davasının açıldığına ve iddianamemde Trabzon 3. Asliye Ceza Mahkemesince 09.05.2011 tarihinde kabul edildiğine göre (HGK'nun 05.05.2010 tarih

ve 2010-12-74-243 sayılı kararında da vurgulandığı üzere) HMK md. 209/1 fıkrası gereğince bu davanın sonucunun beklenmesi ve takip konusu çekin 'bu konuda bir karar verilinceye kadar, herhangi bir işleme esas alınmamasına karar verilmesi' gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA)...”(12.HD. 23.01.2012 T. E:2011/14543, K:2012/1094) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatılmış, 10 örnek ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekili takip dayanağı senetteki imzanın müvekkili tarafından başka bir amaçla atılmış olduğunu, bu imzanın çalışanı tarafından kullanılarak bilgisayar ortamında takip dayanağı bononun oluşturulduğunu belirterek borca itiraz etmiş, takibin iptalini istemiştir.

Borçlu icra mahkemesine bu başvurusu dışında İzmir 1.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/592 esas sayılı dosyasıyla menfi tespit davası açmış olup, ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda 6100 sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilinceye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınmaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, istemin imza itirazı olarak vasıflandırılıp, imza incelemesi yapılarak İİK'in 170/3. maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta takibin durdurulması kararı verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda 3 nolu bentte yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'nın 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA), 18.40 TL onama harcının mahsubuna, bakiye 2,75 TL'nin temyiz edenden alınmasına, 20.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 20.03.2012 T. E:2011/16983, K:2012/8706) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Takip dayanağı çekle ilgili olarak borçlu hakkında Kahra-

manmaraş Cumhuriyet Başsavcılığının 05.08.2010 tarih ve 2010/4947-252 sayılı iddianamesi ile Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'ne sahtecilik suçu ile ilgili dava açıldığı anlaşılmaktadır.

HUMK'nun 317. (HMK 209) maddesi koşullarında ceza davasının bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı konusunda gerekli inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA)...” (12.HD. 03.04.2012 T. E:25825, K:10672) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

- “Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatılmış, 10 örnek ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekili takip dayanağı senetteki imzanın borçluya ait olmadığını belirterek imzaya itiraz etmiş, takibin iptalini istemiştir.

Ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda 6100 sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilinceye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınamaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, imza incelemesi yapılarak İİK'in 170/3. maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta takibin durdurulması kararı verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.'nin 366. ve HUMK'nin 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA), 18,40 TL onama harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 03/05/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 03.05.2012 T. E:10024, K:14855) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

Konumuzla ilgili olduğu için ayrıca belirtelim ki; **yüksek mahke-**

me “bononun tanzim tarihinde tahrifat yapıldığına yönelik iddianın İİK.’nun 170/a maddesi kapsamında şikayet olduğunu”-yani “sahtelik iddiası niteliğinde bir iddia olmadığını”- aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

-“Alacaklı vekili tarafından 26.05.2010 tanzim, 17.03.2011 vade tarihli bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlunun İİK. nin 168/3.maddesinde öngörülen yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda bononun tanzim tarihinin 26.05.2011 olarak düzenlenmiş iken tahrifatla 26.05.2011 yapıldığını, bu nedenle senedin kambiyo vasfında olmadığını ileri sürerek takibin iptalini istediği anlaşılmıştır.

Bononun tanzim tarihinde tahrifat yapıldığına yönelik iddia, İİK. nun 170/a maddesi kapsamında şikayettir. Takip dayanağı bononun tanzim tarihinde tahrifat yapılması kambiyo vasfını etkilemiyorsa takibin iptalini gerektirmez. Ancak tahrifat öncesi tanzim tarihinin, bononun vade tarihinden sonrasına ilişkin olduğunun belirlenmesi halinde ise senet kambiyo vasfını kaybedeceğinden İİK. nin 170/a maddesi uyarınca takibin iptali sonucunu doğurur.

Tahrifat iddiasının incelenmesi ise HMK nun 266. maddesi gereğince çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, hakim tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın tahrifatın olduğu ya da olmadığı sonucuna varılamaz.

O halde mahkemece, HMK nun 266.maddesi uyarınca borçlunun tahrifat iddiası yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan mahkemece bononun tanzim tarihinin 26.05.2011 olarak düzenlenmiş iken tahrifatla 26.05.2011 yapıldığı ve bu nedenle bononun kambiyo senedi vasfında olmadığı kabul edilerek takibin iptaline karar verilmiş olup, iptal kararının yasal dayanağı İİK. nin 170/a maddesidir. Bu maddede ise şikayetin reddi ya da kabulü halinde tazminat verileceğine dair düzenleme bulunmadığından mahkemece alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK’un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 15/05/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12.

HD. 15.05.2012 T. E:1566, K:16871) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

Kambiyo senedine dayalı takiplerde İİK. 169a/II ve 170/II uyarınca mahkemece verilen “takibin geçici olarak durdurulmasına” veya “takibin geçici olarak durdurulması talebinin reddine” ilişkin kararların “HMK’nın 389. vd. maddeleri kapsamında olmayıp İİK.’nun da düzenlenmiş takip hukukuna özgü bir karar olduğu bu nedenle HMK’nın 394. maddesinin olayda uygulanamayacağı, çünkü bu tür kararların temyiz edilebileceğinin 363. maddesinde öngörülmediği” **yüksek mahkemece** şu şekilde belirtilmiştir:

- “Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine başvurarak imzaya itiraz ettiği ve takibin dava sonuna kadar geçici olarak durdurulmasını istediği, mahkemece, takibin durdurulması talebinin reddine dair verilen kararın bozulması talebi ile anılan kararı temyiz ettiği anlaşılmıştır.

İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken, İİK. nun 170.maddesi uyarınca itiraz satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmaz. İcra mahkemesi, borçlunun itiraz dilekçesi kapsamından veya eklediği belgelerden edindiği kanaate göre itirazı ciddi görmesi halinde itirazla ilgili kararına kadar icra takibinin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir. Bu maddeye göre icra mahkemesince takibin geçici olarak durdurulması yönünde verilen karar, HMK nun 389 ve müteakip maddeleri kapsamında olmayıp, İcra ve İflas Kanununda özel olarak düzenlenmiş, takip hukukuna özgü bir karardır. Bu nedenle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394.maddesinin olayda uygulanma imkanı yoktur.

İcra mahkemelerinin verdikleri kararların hangilerinin temyiz edilebileceği 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 363.maddesinde tahdidi olarak sayılmış olup, İİK. nun 170.maddesine dayalı olarak icra takibinin geçici olarak durdurulması talebinin reddi ya da kabulüne dair kararlarının temyiz edilebileceğine dair anılan maddede ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda her hangi bir hüküm bulunmadığından, temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.

SONUÇ

Tarafların temyiz dilekçelerinin yukarıda açıklanan nedenlerle (REDDİNE), 28/05/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (12. HD. 28.05.2012 T. E:12775, K:17850) “Bknz: www.e-uyar.com (Erişim:15.11.2012)”

HMK'nun 209. maddesinin mi yoksa İİK.'nin 169a ve 170. maddelerinin mi “**özel hüküm**” olduğu uygulamada son derece önem taşımaktadır.

Uygulamadaki Yargıtayın Daireleri arasındaki görüş ayrılığı **doktrindeki** görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır. Gerçekten **doktrinde** -HUMK'un 317. maddesinin uygulandığı yani; 1086 s. HUMK'nın yürürlükte olduğu 01.10.2011 tarihinden önceki dönemde)- *oybirliği ile gerek “menfi tespit davalarında” (İİK. 72) ve gerekse “borçlunun C. Savcılığına şikayeti üzerine takip alacaklısı hakkında sahte senet düzenlemekten dolayı ceza davası açılması üzerine”* bu ceza davasının icra takibine etkisi hakkında HUMK m. 317, c:2 hükmünün uygulanacağı kabul edilmekte idi. (Bknz: **KURU, B.** İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, s:18 vd.; 20 - **KURU, B.** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, 2001, s:2100 vd.; 2176 - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:304; 664 - **UYAR, T.** İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C:1, 2003, s:34 - **UYAR, T.** İcra ve İflas Kanun Şerhi, C:4, 2008, s:6067 - **TÜRK, A.** maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, 2006, s:264 vd.; 267 vd - **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, 2008, s:373 vd. - **KOSTAKOĞLU, C.** Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 2001, s:721 vd. - **ÇAVDAR, S.** İtirazın İptali, Borçtan Kurulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s:731 vd. - **YAVUZ, N.** İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2001, s:179 - **POSTACIOĞLU, İ. E.** İcra Hukuku Esasları, 1982, s:214.) “Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** agm., s:199 vd.”

Yeni 6100 s. HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra, “HMK'nun 209/I maddesinin -eskiden olduğu gibi- HUMK'nın 317. maddesinin uygulandığı durumlarda bugün uygulanıp uygulanmayacağı” konusunda **doktrinde** görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Gerçekten; bu konuda;

a) “*Hem sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarında ve hem de kambiyo senetlerine dayalı icra takiplerinde HMK'nın 209/I maddesinin tereddütsüz uygulanması gerektiği*” şu şekilde ifade edilmiştir:

- *Adî senetteki imza veya yazı, sahibi tarafından inkâr edilirse, bu mahkemece bir karar verilene kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz (m. 209/1); delil olarak da kullanılamaz...*

HUMK m. 209'daki bu düzenleme HUMK m. 317'deki düzenlemenin yerini almış ve işlemlerin durmasını sahtelik incelemesinde bilirkişiye müracaat veya tanık dinlenmesi kararına bağlamak yerine, iddiada bulunulması veya dava açılmasına bağlamıştır.

İmza veya yazı inkârı menfi tespit davası niteliğinde olan ayrı bir sahtelik davasıyla ya da açılmış bir davada sahtelik iddiası olarak savunma şeklinde ileri sürülebilir. Sahteliği iddia olunan senet, bu iddianın ileri sürülmesi (veya davanın açılması) üzerine hiç bir işleme esas alnamayacağından, o senede dayanılarak yürütülmekte olan işlemler de olduğu yerde durur. Bu sonuç, adı senette sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmasıyla da doğar.

Bu cümleden olmak üzere, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış olan bir icra takibi var ise bu takip de sahtelik davasının açıldığına ya da davada sahtelik iddiasında bulunulduğuna ilişkin bir belgenin icra dosyasına ibraz edilmesiyle birlikte olduğu yerde durur ve yeni bir takip işlemi yapılamaz. Burada icra takibinin, sahtelik davasını inceleyen mahkeme tarafından verilecek bir ihtiyati tedbir kararıyla durması söz konusu değildir; dava açıldığına veya sahtelik iddiasında bulunulduğuna dair belgenin icra dairesine ibrazı üzerine icra müdürünün, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış bulunan takibi durdurması gerekir. HMK m. 209'daki 'o senet hiç bir işleme esas alınamaz' şeklindeki hükmün uygulama bakımından muhatabı, o senedi işlemine esas almakta olan, işlemi yapan makamdır. Şayet sahtelik davasına konu senet icra işlemine esas alınmakta ise, kanundaki hukukî sonucu gerçekleştirecek olan makam, o takibi yürüten icra müdürlüğüdür. Sahteliği iddia olunan senet, aynı zamanda ve işin doğası gereği sahtelik davasını gören mahkeme tarafından da bir işleme esas alınamaz. Bu mahkemedeki işlemler ise usul işlemleridir.

Sahtelik davasının nitelik itibarıyla bir menfi tespit davası olmasından hareketle, menfi tespit davasının başlamış bir icra takibine etkisi konusunda İİK. m. 72 de yer alan düzenlemenin, sahtelik iddiasında da uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda bir tereddüt akla gelebilirse de, HMK m. 209/1'deki düzenlemenin, İİK. m. 72 karşısında da özel hüküm teşkil etmesi sebebiyle, sahtelik iddiasında bulunulması ya da sahtelik davası açılması durumunda İİK m. 72'nin uygulaması ya da sahtelik davası açılması durumunda İİK. m. 72'nin uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir. Zira İİK. m. 72 deki menfi tespit davası, icra takibine konu borcun sona erdiği iddiasıyla ve borcu sona erdiren her türlü sükût sebebine (ödeme, ibra, takas, feragat, butlan

vb.) dayanılarak açılabilir; oysa bu sebeplerden bir tanesi olan sahtelik iddiasının söz konusu olduğu durum, kanun koyucu tarafından ayrılarak, HMK'nda özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sahtelik iddiası dışındaki diğer tüm sebeplere dayanılarak açılan menfi tespit davaları İİK. m. 72'nin kapsamına girerken, sahtelik sebebine dayanan menfi tespit davası HMK m. 209'daki özel düzenlemenin konusunu oluşturur ve bu tür bir iddia ya da davanın icra takibine etkisi de İİK. m. 72'ye göre değil, HMK m. 209'a göre belirlenir.

Sahtelik iddiasına ve bu iddiaya dayanan menfi tespit davasının bu özel durumu, kanun koyucunun, sahtelik iddiasına verdiği özel önemden kaynaklanmaktadır. HMK m. 209 ile kanun koyucu, Türk mahkemelerinde, bir davada, davacı tarafından delil olarak kullanılmak istenen bir senedin sahteliğinin davalı tarafından iddia edilmesi veya sahtelik iddiasına dayanılarak ayrı bir dava açılması durumunda, ön sorun şeklindeki incelemenin ya da davanın sonuna kadar, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak hiç bir işlem yapılmamasını emredici bir düzenleme ile hükme bağlamıştır. Böylece kanun koyucu, sahtelik şeklindeki iddiaya ayrı bir ciddiyet atfetmiş ve sahtelik şüphesi altındaki bir belgenin hiç bir işleme esas alınmamasını, incelemenin sonuna kadar tüm işlemlerin olduğu yerde durdurulması ve yeni bir işlem yapılmamasını sağlamaya çalışmıştır.

HMK m. 209'un, İİK. m. 72 karşısında özel hüküm teşkil etmesinin diğer bir sonucu olarak da, 'o senet herhangi bir işleme esas alınamaz' hükmünün kapsamına icra işlemleri de girdiği hâlde, icra işlemlerinin durması için İİK m. 72'de olduğu gibi bir ihtiyati tedbir kararına gerek yoktur. Zira, ihtiyati tedbir kararı, belli ölçüler içinde de olsa hakimin takdirine bağlı bir karar olduğu hâlde, işlemlerin durması, kanunun emredici düzenlemesine bağlı olarak, kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkacak bir sonuçtur. Böyle bir sonucu hâkimin takdirine bağlamak, kanun koyucunun iradesini yok saymak anlamına gelir.

Buna karşılık kötünîyetle, haksız yere sahtelik iddiasında bulunmuş ve işlemlerin durdurulmuş olması ihtimaline karşı da HMK m. 213'de diğer taraf lehine tazminata hükmedileceğini düzenlemiştir. HMK m. 213/1'e göre 'Sahtelik iddiası sonunda haksız çıkan taraf kötünîyetli ise, bu sebeple ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zarar ziyan tazmin etmeye mahkûm edilir'. Bu hüküm İİK. m. 72'deki asgari bir oranı esas alarak tazminatı düzenleyen hüküm karşısında özel hükümdür. Aslında her iki hükmün de düzenleme amacı aynı olmakla birlikte HMK m.

213'deki düzenlemede, sadece İİK. m. 72'deki belirli oranda götürü tazminata yer verilmemiş, zararın ispatı şartına bağlı olarak tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir." (PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, 2012, s:624 vd.)

- "Genel haciz yoluyla takipte itiraz, takibi kendiliğinden durdururken, kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda, icra mahkemesi bu konuda geçici hukuki koruma mahiyetinde 'geçici durdurma kararı' vermedikçe, itiraz satıştan başka takip işlemlerini kendiliğinden durdurmaz (m. 169, c:2; m. 170, I). Ancak, özellikle imzaya itirazda ya da senet içindeki bir yazının inkarı söz konusu olduğunda HMK m.209'daki 'adi bir sentteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz' hükmü mutlaka dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede Yargıtay böyle bir durumda 'icra takibinin durdurulması' gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır..." (PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, 2012, s:413)

b) "HMK m. 209/I hükmünün icra ve iflas takiplerinde kendiliğinden uygulanmayacağı" karşıt görüş olarak şu şekilde ifade edilmiştir:

- "HMK m. 209/I hükmündeki 'adi bir senetteki bir imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar o senet herhangi bir işleme esas alınamaz' hükmü, icra takiplerinde uygulanmaz. Çünkü, icra ve iflas kanunu imzaya itirazı ayrıca düzenlemiştir (bknz: İİK. m. 68/a ve m. 72, m. 170). İcra ve iflas kanununun bu hükümleri, HMK m. 209/I hükmüne oranla daha özel hüküm niteliğinde olduğundan (bknz: 'daha özel bir kanun olan İİK.'nundaki hükümlerin daha genel kanun olan HMK ile değiştirildiği söylenemez' 6. HD. 07.05.2012 T. E:3005, K:6787; YKD. 2012/6, s:1103-1104) HMK m. 209/I hükmü icra ve iflas takiplerinde kendiliğinden uygulanmaz. Bu halde, adi bir senetteki imzanın sahte olduğundan bahisle açılan bir sahtelik davası, İİK. m. 72 anlamında menfi tespit davası olduğundan icra takibi, ancak menfi tespit davasına bakan mahkeme tarafından icra ve iflas kanununun 72. maddesine göre verilecek bir ihtiyati tedbir kararı ile durdurulabilir. Yoksa mücerret 'adi senetteki imzanın sahte olduğu'ndan bahisle açılmış olan bir sahtelik davası, HMK m. 209/I hükmüne göre icra takibini kendiliğinden durdurmaz" (KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. İcra ve İflas Hukuku "Ders

Kitabı”, 26. Baskı, 2012, s:218, dıpnnot:6; s:363, dıpnnot:16)

- “...İİK.’nin imzaya itiraz hakkındaki hükümleri (İİK. m. 68/a ve m. 72, m. 170), HMK m. 209/1 hükmüne oranla daha özel hüküm niteliğindedir. Çünkü, HMK m. 209’da imza inkarı genel biçimde düzenlenmiştir. İcra takibinde imza inkarı, İİK.’nin özel hükümleri ile ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle, özellikle kambyo senetlerine mahsus haciz yolundaki imza inkarı ile ilgili İİK. m. 170 hükmünü, HMK m. 209/1 hükmüne oranla genel hüküm saymak başka bir deyimle HMK m. 209 hükmünü, İİK. m. 72 karşısında özel hüküm saymak, ve böylece İİK. m. 170 hükmünü yok saymak olur” (KURU, B. agm., s:8”)

1086 sayılı HUMK döneminde; “takibin durdurulması” konusunda menfi tespit davasını düzenleyen İİK. m. 72’nin öngördüğü çok ağır koşullar nedeniyle takibin daha kolay durdurulmasına imkan sağlayan HUMK m. 317’ye âdeta sığınılıp, bu hükmün İİK. m. 72’ye göre “özel hüküm” teşkil ettiği ve “sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarında HUMK m. 317’nin uygulanması gerekeceği” gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** -yukarıda belirttiğimiz gibi- oy birliği ile kabul edilmişken, 01.10.2011 tarihinden sonra yürürlüğe giren yeni HMK’daki 209/I hükmünü -kötüniyetli borçlular tarafından kötüniyetle kullanılacağı endişesi ile- çok tehlikeli ve sakıncalı bir hüküm olarak kabul eden doktrindeki kimi hukukçular bu kez “İİK.’nin 72. maddesinin (ve İİK.’nin 169a ve 170. maddelerinin) HMK’nun 209/I’ye göre daha özel hüküm olduğunu” belirtmektedirler.

Yukarıda belirttiğimiz gibi; **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi** bu durumda kesin ve net biçimde; HMK’nın 209/I hükmünün, İİK.’nin 72. maddesine göre özel hüküm olduğunu kabul ederek “icra takibinden önce açılan sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davasında %15 teminat karşılığında icra takibinin durdurulmasına” karar veren yerel mahkeme kararı -HMK m. 209/I uyarınca tedbir kararı verilmesi gerektiğini’ belirterek oy birliği ile bozmuşken, **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi** -özellikle- “İİK.’nin 170. maddesinin, HMK 209/I’ye göre daha özel bir hüküm olduğunu” belirterek, icra takiplerinde HMK 209/I’in uygulanmasına -bu konuda verdiği 13.12.2012 T. E:19755, K:37752 sayılı kararında- sıcak bakmadığını ifade etmiştir... Buna karşın aynı yüksek mahkeme, ‘takip konusu senet hakkında borçlu tarafından sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davası açılması’ veya borçlunun Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunması üzerine alacaklı hakkında ‘sahtecilik suçundan dolayı ceza mahkemesinde dava açılması’ halinde, bu davanın sonucunun -icra mahkemesince-

'bekletici mesele' yapılmasını istemekte olduğundan, icra mahkemesine 'sahtecilik iddiasına dayalı borca veya imzaya itirazda' bulunan borçluların, bu arada icra takibinin de durmasını istiyorlarsa ayrıca hukuk/ticaret mahkemesinde hem "menfi tespit davası" açmaları ve hem de Cumhuriyet Savcılığına alacaklı hakkında sahtecilik suçundan dolayı şikayette bulunup "ceza davası" açılmasını sağlamaları gerekecektir...

Daha önce de (bknz: **UYAR, T.** agm., s:207 "İBD. Mart-Nisan/2012") belirttiğimiz gibi; Ticaret Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku bakımından "adi senet" sayılan "kambyo senetleri" ile "kambyo senedi niteliğinde olmayan senetler" için özel hüküm niteliğinde bulunan HMK 209/(1)'deki bu yeni düzenleme isabetli mi olmuştur?

"Adi senet" lere dayalı olarak hakkında yapılan tüm takipleri 'sahtelik iddiası' nda bulunarak kolaylıkla durdurabilme imkanının borçluya tanınmış olması, bu suretle takiplerin durmasını sağlayan kötü niyetli borçluların sahip oldukları malları alacaklılarından -ileride; alacaklılar tarafından "tasarrufun iptali davası" açılmasını önleyecek bir takım tedbirleri de alarak- kaçırılmalarına neden olması bakımından sakıncalı olmuştur...

HMK 209/(1)'in altına; "İcra takibine konu olan adi senetler hakkındaki İİK.'nun 68a, 169a ve 170 hükümlerinin saklı olduğu" veya hiç değilse "İcra takibine konu olan kambyo senetleri hakkındaki 169a ve 170 hükümlerinin saklı olduğu" belirtilmiş olsaydı, özellikle kambyo senedine dayalı takiplerde borçlunun takip dayanağı senedin altındaki imzasını inkâr etmesi veya senetteki alacak miktarını da ya da senedin vade tarihinde sahtelik yapıldığını -İİK. 168/4, 5 çerçevesinde- icra mahkemesine bildirilmesi halinde, bu iddia İİK. m. 169a ve 170 uyarınca icra mahkemesince incelenerek, İİK. m. 169a/II ve İİK. m. 170/II doğrultusunda itiraz (sahtelik iddiası) ciddi bulunursa mahkemece -itirazın (sahtelik iddiasının) esası hakkında karar verilinceye kadar- "takibin geçici olarak durdurulmasına" karar verilerek, borçlunun (sahte olduğu ileri sürülen) senede dayalı olarak yapılan takipten zarar görmesi de önlenmiş olurken, gerçekte takip konusu senette herhangi bir sahtelik bulunmamasına rağmen, kötü niyetli borçlular tarafından sahtelik iddiasının gündeme getirilerek, hemen takibin durdurulmasının önüne geçilmiş ve bu suretle alacaklıların da zarar görmemesi sağlanmış olurdu...

Ancak kanun koyucu tarafından -yukarıda önerdiğimiz doğrultuda- yasada bir değişiklik yapılmadan bugünkü şekliyle "sahtelik iddiaları" hakkında hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve hem de İcra ve İflas Kanunu birer genel kanun olmaları nedeniyle, "yeni kanun" ya da "sonraki kanun" durumunda bulunan HMK 209/(1) hükmünün öncelikle uygulan-

ması ve bunun sonucu olarak da ne İİK. m. 72 ve ne de İİK. m. 169a ve 170 hükümlerinin -kambiyo senetlerine dayalı takiplerde- “sahtelik iddiası”nın ileri sürüldüğü durumlarda, uygulanmasının düşünülmemesi gerekir...

Kabul edilmiş bir hükmü hukuken kaldırma yetkisi, yasama organının görevine giren bir tasarruftur.

Belirtilen nedenlerle Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin de, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi gibi, “sahtelik iddiasının” ileri sürüldüğü gerek “borca itiraz”larda (İİK. m. 168/5, 169, 169/a) ve gerekse “imzaya itiraz”larda (İİK. m. 168/4, 170) sahtelik iddiasının, icra takibine etkisini (icra takibini hangi hallerde durduracağını) HMK m. 209/I çerçevesinde değerlendirmesi yasa tekniğine daha uygun olacaktır. 14/02/2013

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

YURTDIŞI ÇALIŞMALARININ TESPİTİ DAVASI HANGİ STATÜYE GÖRE BORÇLANMA YAPILACAĞI

ÖZET: 5754 Sayılı Yasa'nın 79. maddesi ile 3201 Sayılı Yasa'nın 3. maddesi 08.05.2008 tarihinden itibaren değişmiş ve 3201 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk Vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumu'na, Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumu'na, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu yasa ile getirilen haklardan yararlanacağı, sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemlerinin aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşunca yapılacağı hükmü öngörülmüştür.

Y. HGK. E.2010/21/631 K.2011/42 T.09.02.2011

Taraflar arasındaki "Yurtdışı borçlanma hakkının tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Ankara 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 05.11.2008 gün ve 2008/458 E.-602 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 15.02.2010 günve 2009/38 E.-2010/1402 K.sayılı ilamı ile;

("...Davacı, yurtdışında (Almanya'da) geçen hizmetlerini 3201 sayılı Yasaya göre Sosyal Sigortalar Kurumu nezdinde borçlanma hakkının mevcut olduğu hususunun tesbitini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 16.12.1970-01.11.1990 tarihleri arasında Almanya'da çalıştığı, 07.05.2008 tarihinde yurt dışında bulunduğunu beyan ederek 07.05.2008 tarihinde Sosyal Güvenlik

Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü'ne borçlanma talebinde bulunduğu, davacının yurtdışına çıkmadan önce Türkiye'de 01.02.1969-29.05.1970 tarihleri arasında T.C. Emekli Sandığı mensubu olarak çalıştığı, T.C. Emekli Sandığı tarafından Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca sandıklarına tabi 1 yıl 4 aylık hizmeti ile yurt dışındaki 18 yıllık çalışması nazara alınarak 01.11.1995 tarihi itibarıyla kısmi yaşlılık aylığı bağlandığı, davalı Kurumun, Türkiye'de en son T.C. Emekli Sandığına tabi olarak çalıştığından bahisle davacının yurtdışı borçlanma işlemleri yapılmak üzere belgelerini 24.04.2008 tarihli yazı ile Emekli Sandığı Hizmet Borçlanması ve İşlemleri Dairesi Başkanlığına gönderdiği anlaşılmaktadır.

Davacının borçlanma talebinde bulunduğu 07.05.2008 tarihinde yürürlükte bulunan 3201 sayılı Yasanın 4958 sayılı Yasanın 56.maddesi ile değişik 3.maddesine göre,

1-Halen yurt dışında bulunanlar;

a- Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna, Sigortalar Kurumuna,

b-Yurt dışına çıkmadan önce Türkiyede son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna,

c-Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

2-Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a-Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b-Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c-Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte, yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d-Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlananlardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e-Ev kadınlara Bağ-Kur 'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

3-Hak sahiplerinin borçlanması, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar. Davacının yurtdışı çalışmalarını borçlanmak için başvurduğu 16.04.2008 tarihinde yukarıda belirtilen 3201 sayılı Yasanın 4958 sayılı Yasa ile değişik 3.maddesi yürürlükte bulunmaktadır. Anılan maddenin başlığı “Başvurulacak Kuruluşlar” olup, yurt dışı borçlanması yapmak isteyenleri öncelikle üç gruba ayırmış ve bu üç gurubu da kendi içerisinde alt gruplara ayırmıştır. Öncelikle anılan maddenin 1.bendinde halen yurt dışında bulunanların, 2.bendinde Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenlerin ve 3.bendinde de hak sahiplerinin borçlanması düzenlenmiştir. Halen yurt Dışında bulunanlardan yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenlerin, Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna, Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna ve Ev kadınları Bağ-Kur'a yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabileceği öngörülmüştür. Bu durumda, 3201 sayılı Yasanın 3.maddesinin 1.bendinin (b) alt bendinde yer alan “Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karışık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna”, ibaresine göre borçlanma talep tarihinde henüz Türkiye'ye dönüş yapmamış olan davacının, yurtdışına çıkmadan önce Türkiye'de 16.12.1970-01.11.1990 tarihleri arasında T.C.Emekli Sandığı mensubu olarak çalıştığından, 3201 sayılı Yasanın 4958 sayılı Yasanın 56.maddesi ile değişik 3.maddesinin 2/a bendi kapsamına girmemekte olup, T.C. Emekli Sandığına yurt dışı borçlanması yapması gerekmektedir.

Kaldığı, 5754 sayılı Yasanın 79.maddesi ile 3201 sayılı Yasanın 3.maddesi 08.05.2008 tarihinden itibaren değişmiş ve 3201 sayılı Yasanın 1.maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk Vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiyede çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu yasa ile getirilen haklardan yararlanaacağı, sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemlerinin aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşunca yapılacağı hükmü öngörülmüştür.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan ve

özellikle Kurum işleminin yerinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...”)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, yurtdışı borçlanma hakkının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin, Türkiye’de bir süre T.C. Emekli Sandığı mensubu olarak çalıştığını, 16.12.1970 tarihinde yurtdışında çalışmaya başlayan müvekkilinin 31.10.1990 tarihine kadar çalıştıktan sonra bu tarihte emekli olup, Türkiye’ye döndüğünü, müvekkilinin Türkiye’ye döndükten sonra herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışması olmadığından 3201 Sayılı Yasanın 3/2-a maddesi gereğince yurtdışı hizmetlerini borçlanmak üzere Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) 'na başvuruda bulunmuş ise de, talebinin kabul edilmeyerek başvuru evrakının Emekli Sandığına gönderildiğini belirterek, müvekkilinin yurtdışında geçen hizmetlerini 3201 Sayılı Yasaya göre SSK nezdinde borçlanma hakkının mevcut olduğunun tespiti ile aksine kurum işleminin iptaline ve borçlanma talebinin davalı SSK tarafından karşılanmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Devredilen Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü) vekili, 07.05.2008 tarihinde yurtdışı borçlanma talebinde bulunan davacının Emekli Sandığı sigortalısı olarak Emekli Sandığından sözleşmeye göre aylık aldığı anlaşılmış olup, 14.05.2008 tarihinde davacının yurtdışı borçlanma işlemleri yapılmak üzere belgelerinin Emekli Sandığı Hizmet Borçlanmaları Daire Başkanlığına gönderildiğini belirtilerek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Yerel mahkemece; “Davacının borçlanma talebinde bulunduğu tarih göz önüne alındığında, Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalıştığı veya çalışması bulunduğu belirlenemediği, o halde, davacının borçlanma talebinin yerinde olduğu” gerekçesiyle istemin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıda metni

yazılı gerekçe ile hükmün bozulmasına oyçokluğuyla karar vermiş, yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme hükmünü, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının yurtdışında çalıştığı süreleri hangi sosyal güvenlik kurumuna borçlanması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Konuyla ilgili genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Belirtmek gerekir ki, yurt dışındaki vatandaşların sosyal güvenliklerinin sağlanması bakımından, ülkemizde “yurt dışı hizmet borçlanması” olanağı vardır.

Yurt dışındaki vatandaşların sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik ilk düzenleme, 1978 yılında çıkarılan 2147 Sayılı “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunu” dur. Bu Kanuna göre, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın, yabancı ülkelerde çalışmış ve çalışmakta olan Türk vatandaşlarına, yurt dışında geçen hizmetlerinin tamamını borçlanma imkanı tanınmıştır.

Ancak uygulamada ortaya çıkan sorunlara yeteri kadar çözüm getirmediği için 2147 sayılı Kanun'un yerine, halen yürürlükte bulunan ve önceki kanundan yararlananların kazanılmış haklarını saklı tutan 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” çıkarılmıştır.

3201 Sayılı Kanunun 3.maddesinde yurtdışı borçlanma hakkının kullanılması bakımından başvurulacak kuruluşlar gösterilmiştir.

3201 Sayılı Kanunun 29.07.2003 tarih ve 4958 Sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değişik “Başvurulacak kuruluşlar” başlıklı 3. maddesi;

“1)Halen yurt dışında bulunanlar, a- Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna,

Sigortalar Kurumuna,

b-Yurt dışına çıkmadan önce Türkiyede son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna,

c-Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

2-Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a-Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b-Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c-Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte, yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d-Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlanılardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e-Ev kadınlara Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

3-Hak sahiplerinin borçlanması, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar." Hükmünü içermektedir.

Davacının yurtdışı çalışmalarını borçlanmak için başvurduğu 16.04.2008 tarihinde yukarıda belirtilen 3201 Sayılı Yasa'nın 4958 sayılı Yasa ile değişik 3.maddesi yürürlükte bulunmaktadır. Anılan madde, yurt dışı borçlanması yapmak isteyenleri öncelikle üç gruba ayırmış ve bu üç grubu da kendi içerisinde alt gruplara ayırmıştır. Anılan maddenin 1.bendinde halen yurt dışında bulunanların 2.bendinde Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenlerin ve 3.bendinde de hak sahiplerinin borçlanması düzenlenmiştir.

Buna göre halen yurt dışında bulunanlar (1.bent); yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK.)'na; yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna; ev kadınları Bağ-Kur'a yazılı olarak başvurmak suretiyle borçlanabilirler.

Türkiye'ye döndükten sonra yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler (2.bent); herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna; müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları Sosyal Güvenlik Kuruluşuna, başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte yurda dönüş

tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna, hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlanmalardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler; ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna, ev kadınları Bağ-Kur'a, yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

Yurt dışında iken sürelerinin bir kısmını çalışarak geçirmiş ev kadınları, ev kadını olarak geçen süreleri için Bağ-Kur'a çalışarak geçen süreleri için de yukarıda belirtilen düzenlemeye göre durumlarına uygun olan sosyal güvenlik kuruluşuna, kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanlar ise aylık almakta oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat edecektir.

Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri (3.bent); ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.

Uyuşmazlığın çözümünde, yukarıdaki madde hükmünde geçen “Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar” ibaresine kimlerin gireceğinin belirtilmesi gerekir.

Öncelikle, somut uyuşmazlığın çözümü bakımından “tabi olmak” kavramının açıklanmasında yarar vardır:

Kişi, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna prim, kesenek veya karşılık ödemiş ise o kuruluşa “tabi” sayılır. Bunun karşıt anlamından, kişinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna prim, kesenek veya karşılık ödemiş olması halinde, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayacağı sonucu ortaya çıkar.

Öyleyse, bir kimse, yurt dışına çıkmadan veya borçlanma isteminin önce hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi değilse, Sosyal Sigortalar Kurumu'na başvurmalıdır. Borçlanacak kimse yurt dışına çıkmadan veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra Bağ-Kurlu ya da Emekli Sandığı iştirakçisi ise borçlanmak için bu kuruluşlardan birisine başvurmalıdır. Yurda döndükten sonra Bağ-Kur sigortalısı olmuşsa Bağ-Kur'a borçlanabilir (m.3/a)

Diğer taraftan, ilgili kişi, yurt dışına çıkmadan önce SSK'ya ne olursa olsun prim ödemişse, dönüşte ancak SSK'ya başvurabilir. Bağ-Kur'a prim, Emekli Sandığı'na kesenek ödemiş ise, borçlanma isteminin bu kuruluşlara iletilmesi gerekir.

Dolayısıyla prim, kesenek ve karşılığın yurt dışına çıkmadan önce ödenmesi ile kesin dönüşten sonra ödenmesi arasında bir fark yoktur.

(Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, sahife: 1269)

“Tabi olmak” kavramının somut uyuşmazlığın çözümü bakımından yapılan değerlendirilmesi sonucunda; 3201 Sayılı Yasa'nın 3. maddesi 2.bendinin (a) fıkrasında yer alan “Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar” ibaresini; “Yurt dışına çıkmadan önce de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar” şeklinde anlamak gerekir.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.2010 gün ve 2010/21-534 E. 2010/591 K. Sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olayın incelenmesinde; davacının 16.12.1970-01.11.1990 tarihleri arasında Almanya'da çalıştığı, 07.05.2008 tarihinde yurt dışında olduğunu beyan ederek, aynı tarihte Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Ankara Sigorta Müdürlüğü'ne vekili aracılığıyla borçlanma talebinde bulunduğu, davacının yurtdışına çıkmadan önce Türkiye'de 01.02.1969-29.05.1970 tarihleri arasında T.C. Emekli Sandığı mensubu olarak çalıştığı, T.C. Emekli Sandığı tarafından Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca sandıklarına tabi 1 yıl 4 aylık hizmeti ile yurt dışındaki 18 yıllık çalışması nazara alınarak 01.11.1995 tarihi itibarıyla kısmi yaşlılık aylığı bağlandığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davacının, yurt dışında olduğu beyan edilmiş etmiş ise de, pasaportunda Türkiye'ye giriş yaptığı görülmekte olup, bu girişten sonra yurda kesin dönüş yapmadığına karine teşkil eden işsizlik yardımı vs. aldığına veya yurt dışında çalıştığına ilişkin yurtdışı şahsi sicil dosyasında bir bilgi ve belge de bulunmamaktadır.

Davalı Kurumun, Türkiye'de en son T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak çalıştığından bahisle davacının yurtdışı borçlanma işlemleri yapılmak üzere belgelerini, 14.05.2008 tarihli yazı ile Emekli Sandığı Hizmet Borçlanması ve İşlemleri Dairesi Başkanlığı'na gönderdiği de belirgindir.

Ayrıca, davacının yurda kesin dönüş tarihinden sonra Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışmasına ilişkin dosyasında bir bilgi ve belge de yoktur.

Bu belirlemelere göre, davacının yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de 01.02.1969-29.05.1970 tarihleri arasında T.C. Emekli Sandığı mensubu olarak çalıştığı sırada emekli keseneği ödemiş olmakla, Emekli Sandığına “tabi olduğu” açıktır.

Öyleyse, davacı yurt dışına çıkmadan önce sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olması nedeniyle, borçlanma için yapılan başvuru tarihi itibarıyla

davacının Türkiye'de bulunması ile halen yurt dışında bulunması durumu arasında borçlanılacak Kurum bakımından sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.

O halde, Hukuk Genel Kurulu'nca da, benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı Kurum vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 09.02.2011 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

ASKERE ALMADA HİZMET KUSURU

ÖZET: Er G...B...in 10.12.2003 günü askere alındığı, bir gün sonra 11.12.2003 günü intihar ederek yaşamına son verdiği anlaşılmaktadır. Olayın meydana geliş biçimi ve zamanı ölen erin psikolojik olarak askerlik yapmaya elverişli olmadığını göstermektedir. Bu durumdaki bir kişinin askere alınması davacı idarenin hizmet kusurunu oluşturur. Askeri savcılık tarafından olay ile ilgili olarak yapılan soruşturmada; er G...B...in geçirmiş olduğu psikolojik bunalım sonucu intihar ettiği, ölümünde kendi eylemi dışında başka bir kimsenin eyleminin etkisi bulunmadığı kabul edilerek kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bu durumda, davalıların bölüşük kusurundan söz edilemez.

Y. HGK E.2010/4-715 K.2011/52 T.09.02.2011

Taraflar arasındaki "rücuen tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bilecik Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.05.2008 gün ve 2007/202 E.- 2008/399 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalılardan T...Y... ve M...E... vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.06.2009 gün ve 2008/13238-8398 sayılı ilamı ile;

(“... Dava, rücu yoluyla tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacı ile davalılardan T.Y... ile M...E... tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı idare, askerlik görevini yerine getirmek üzere Bilecik 2.Jandarma Eğitim Komutanlığına teslim olup ertesi gün intihar ederek yaşamına son veren er G...B...nin yakınları tarafından açılan tazminat davasında, ölümün intihar eden erin ağır kusuru ile birlikte idare görevlilerin bölüşük hizmet kusurundan kaynaklandığı sonucuna varılarak maddi ve manevi tazminat ödemekle sorumlu tutularak ödediği tazminatın, erin intihar ettiği birliğin tabur komutanı, bölük komutanı, revir baştabibi ve kısım amiri olan davalılardan rücu yoluyla alınmasını istemiştir.

Davalılar ise, askeri savcılık tarafından haklarında kusurları bulunmadığı gerekçesi ile kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar verildiğini belirterek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Yerel mahkemece, tabur komutanının olay tarihinde görevli olmaması nedeni ile onun hakkındaki davanın reddine, bölük komutanı ve kısım amirinin %15, revir baştabibinin %10 oranında kusurlu oldukları yönündeki bilirkişi raporu uyarınca istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Er G...B...in 10.12.2003 günü askere alındığı, bir gün sonra 11.12.2003 günü intihar ederek yaşamına son verdiği anlaşılmaktadır. Olayın meydana geliş biçimi ve zamanı ölen erin psikolojik olarak askerlik yapmaya elverişli olmadığını göstermektedir. Bu durumdaki bir kişinin askere alınması davacı idarenin hizmet kusurunu oluşturur. Askeri savcılık tarafından olay ile ilgili olarak yapılan soruşturmada; er G...B... in geçirmiş olduğu psikolojik bunalım sonucu intihar ettiği, ölümünde kendi eylemi dışında başka bir kimsenin eyleminin etkisi bulunmadığı kabul edilerek kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bu durumda, davalıların bölüşük kusurundan söz edilemez.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, davalıların sorumluluğu yönünde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır...”)

Gerekçesiyle ve oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı ve davalılardan T...Y... ve M...E.... Vekilleri

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

Davacı ve Davalılardan T...Y.... Ve M...E... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının davalılara geri verilmesine, 09.02.2011 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI • İLAMLARIN İCRASI

ÖZET: İdari yargı kararlarının icraya konması için kesinleşmesi gerekmez; 30 günlük süre beklenmez.*

YHGK.E.2011/12-322 K.2011/464 T.06.07.2011

Şikayet kanun yoluna başvuru nedeniyle yapılan yargılama sonunda, Malatya 2.İcra Hukuk Mahkemesince şikayetin kabulüne dair verilen 12.11.2008 gün ve 2008/310 E. 2008/636 K. Sayılı Kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 04.06.2009 gün 2009/3818 E., 11954 K. Sayılı ilamı ile;

(... Alacaklının, borçlu aleyhine idari yargıda açmış bulunduğu tam yargı davası sonucu lehine hükmedilen alacağı icra takibine koyduğu anlaşılmaktadır. 2577 sayılı İYUK 28/2.maddesi tam yargı davaları hakkındaki konularda belli bir miktarı içerenlerin genel hükümler da-iresinde infaz ve icra olmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Bir başka

* Gönderen: Av. İsmail Altay

anlatımla, idari yargının edaya ilişkin ilamları icra dairesinde ilamlı takibe konu edilebilir. Kesinleşmeden takibe konulamayacaklar aynı Kanununun 28/1.maddesine göre idare aleyhine açılan ve haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar olup, somut olaya uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle ilamda hüküm altına alınan tazminat, vekalet ücreti ve yargılama gideri alacakları yönünden yukarıda belirtilen aynı maddenin 6.fıkrası uyarınca alınacakların takip yapmasında yasaya aykırılık yoktur. O halde, mahkemece anılan alacak kalemleri yönünden şikayetin reddi yerine somut olaya uygun düşmeyen 30 günlük sürenin beklenmeden takip yapıldığından bahisle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı-Karşı taraf/alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

İstek, ilamlı icrada icra emri ile icra takibinin şikayet yolu ile iptali istemine ilişkindir.

Şikayetçi / borçlu vekili; müvekkili aleyhine Malatya 6. İcra Müdürlüğü'nün 2008/2685 esas sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını, ancak takibin dayanağını oluşturan ilamın müvekkili Kuruma 26.05.2008 tarihinde tebliğ edildiğini, 2577 Sayılı Yasa'nın 28/1. maddesinde idare mahkemelerince verilen kararların idareye tebliğinden itibaren 30 gün içinde yerine getirileceğinin düzenlendiğini, takibe konu ilamın içerisindeki alacakların ilgisine ödenmesi için ilgili birime talimat verildiğini, 2577 Sayılı Yasa'nın 28/4. maddesi gereği 30 günlük idari yargı takibi yapıldığını, ayrıca takibe konu ilamın kesinleşmeden icra takibi yapılamayacağını belirterek, icra emri ile icra takibinin iptaline karar verilmesini şikayet kanun yolu ile talep etmiştir.

Karşı taraf / alacaklı vekili, ilamlı icrada itiraz nedenlerinin sınırlı olduğunu, somut olayda bu hallerin bulunmadığını belirterek, şikayetin reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece; "2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'un 28/1.maddesi gereği borçlu Kuruma yasa ile tanınan 30 günlük ödeme süresi beklenmeden icra takibi yapıldığı" gerekçesiyle şikayetin kabulü ile icra takibinin iptaline karar verilmiştir.

Kararın incelenmesi karşı taraf/alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Özel Dairece; yukarıda belirtilen gerekçelerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemenin, önceki gerekçelerini yasal sınırlarda genişleterek verdiği direnme kararı, karşı taraf/alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; idari yargı mercilerinin tam yargı davalarına ilişkin verdikleri ilamlarının genel hükümler dairesinde infaz ve icrası için, anılan ilamların kesinleşmesi ile 2577 sayılı İYUK 'nun 28/1.maddesindeki 30 günlük sürenin beklenmesi gerekip gerekmediği; dolayısıyla 2577 Sayılı İYUK'un 28/1. maddesi hükmünün eldeki davada uygulanıp uygulanmayacağı, noktasında toplanmaktadır.

İlkin, konuyu düzenleyen yasal hükümlerin irdelenmesinde yarar vardır.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'un 10.06.1994 tarih ve 4001 Sayılı Kanunu'n 13. maddesiyle değişik ve "Kararların Sonuçları" başlığını taşıyan 28. maddesi;

"1.Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.

2.Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içeren genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4.Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.

5.Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6.Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren

infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir.”

Hükmünü içermektedir.

Bu maddenin birinci (1.) bendinin düzenleniş şeklinden anlaşılacağı üzere, Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak zorunda olduğu belirtilmiş; işlem tesis edilmesi veya eylemde bulunulmasının önkoşulu olarak kararın kesinleşmesi şartına yer verilmemiştir.

Ne var ki, anılan maddenin birinci (1.) bendinin ikinci cümlesinde, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, idarece işlem tesis edilmesi, bu kararların kesinleşmesi şartına bağlanmıştır.

Belirtilen 28. maddenin birinci (1.) bendi hükmü, idarenin tesis ettiği işlem veya eylemlerine ilişkin olarak idari yargı mercilerince verilen esasa ilişkin iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları ile ilgili olup, idari yargı mercilerinin tam yargı davalarında verilen kararlarını kapsamaz. Ayrıca 28.maddenin ikinci (2.) bendinde ise, tam yargı davaları sonucu verilen kararlardan, belli bir miktarı içerenlerin genel hükümler uyarınca infaz ve icra olunacağı belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, İYUK'da idari yargı mercilerinin tam yargı davalarında verilen kararlarının infazı ve icrası için açık bir hükme yer verilmiş, genel hükümlere atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Hemen burada, genel olarak ilamların icrasına da değinmek gerekir.

Medeni Yargılama Hukuku'nda ilamların icra edilebilme koşulları, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK)'nda düzenlenmiştir.

HUMK'un 443/4. maddesinde hangi hükümlerin kesinleşmedikçe icra olunamayacağı gösterilmiştir. Anılan madde hükmüne göre, gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklarla ilgili ilamlar ile aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar kesinleşmedikçe icra olunamaz.

Öyleyse, madde hükmünde belirtilenler dışında kalan ve tazminat niteliğindeki para alacakları ile ferilerini konu alan ilamların icrası için, kesinleşmeleri şartı aranmaz.

Sonuç olarak; İdari yargıda tam yargı davaları sonucu verilen kararlardan, belli bir miktarı içeren para alacağına ilişkin ilamların icra takibine konu yapılabilmesi için kesinleşmeleri gerekmediği gibi, İYUK'un 28/1. maddesinde belirtilen 30 günlük sürenin beklenmesine de gerek yoktur.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Karşı taraf/alacaklı A...Ö... Vekili tarafından 30.05.2008 tarihinde şikayetçi/borçlu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı aleyhine başlatılan ve Malatya 6.İcra Müdürlüğü'nün 2008/2685 esas sayılı dosyası üzerinden yürütülen ilamların yerine getirilmesi yoluyla icra takibinde; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak ve tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla işlemiş faizi de dahil olmak üzere toplam 3.917.93 YTL. Alacağın (asıl alacak vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin) tahsili istenilmiştir. Borcun sebebi olarak "Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 24.04.2008 tarih ve E.2063 K.2724 sayılı İlamı" gösterilmiştir.

İcra takibinin dayanağı olarak gösterilen Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 24.04.2008 tarih ve E.2063 K.2724 Sayılı İlamında, Ankara 13.İdare Mahkemesinin 21.06.2007 tarih ve E.2006/236 K.2007/885 sayılı kararının bozulmasına, eksik ödenen dış tedavi gideri 3.081.00 YTL.'nin dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece (Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) davacıya öenmesine, yine 62.50 YTL.yargılama (posta) gideri ile 350.00 YTL.vekalet ücretinin de davalı idarece davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere, karşı taraf/alacaklı A...Ö... 'in şikayetçi/borçlu Kurum aleyhine idari yargıda açmış bulunduğu tam yargı davası sonucu lehine hükmedilen ilama konu alacağı (tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderini) icra takibine koyduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, İYUK m. 28/2.maddesi hükmü gereğince, tam yargı davaları sonucu verilen kararlardan, belli bir miktarı içerenlerin genel hükümler uyarınca infaz ve icra olunacağı belirtildiğine göre, idarenin tesis ettiği işlem veya eylemlerine ilişkin kararları ile ilgili olan hükümlerin infaz ve icrasına ilişkin hüküm sevkeden İYUK m.28/1. maddesi hükmünün somut olayda uygulanması olanağından söz edilemez.

Öyleyse, genel hüküm niteliğinde bulunan ve İYUK m.28/2. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle somut olayda HUMK'un 443/4. maddesi hükmü uygulanmalıdır.

Şu durumda, HUMK'un 443/4.maddesinde, gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklarla ilgili ilamlar ile aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar kesinleşmedikçe icra olunamayacağı belirtildiğine göre, eldeki şikayet başvurusuna konu icra takibine dayanak yapılan ve tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderleri ile ferilerine ilişkin bir miktar para alacağını konu alan ilamın, kanunda sınırlı olarak düzenlenen ve kesinleşmedikçe icra olunamayacağı belirtilen ilamlar arasında sayılmadığı belirgindir.

O halde, karşı taraf/alacaklının, şikayetçi/borçlu Kurum aleyhine, ida-

ri yargıda açmış olduğu tam yargı davası sonucu lehine hükmedilen ve eda hükmünü içeren ilamın icra takibine konulabilmesi için kesinleşmesi gerekmediği gibi, somut olayda uygulanması olanağı bulunmayan İYUK m.28/1.maddesinde belirtilen 30 günlük sürenin dolmasını beklemeksizin, genel hükümler uyarınca ilamın icraya konulması usul ve yasaya aykırı değildir.

Hal böyle olunca, Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen, aynı hususlara işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak icra takibine konu alacak kalemleri yönünden şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen 30 günlük süre beklenmeden takip yapıldığından bahisle takibin iptaline karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Karşı taraf/alacaklı 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 temyiz edene iadesine, 06.07.2011 gününde oybirliği ile kara verildi.”

TEDBİR NAFKASI • KUSUR KOŞULU

ÖZET: Tedbir nafakası hakim kanun gereği kendiliğinden alacağı geçici bir önlem olup, bu konuda kusur koşulu aranmaz.* ** -

Y.HGK. E.2011/2-533 K.2011/670 T.02.11.2011

Taraflar arasındaki “karşılıklı boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 3.Aile Mahkemesince asıl davanın reddine, birleşen davanın kabulüne dair verilen 13.10.2008 gün ve 2007/782 E. 2008/894 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı-birleşen dosya davalısı H.A. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22.03.2010 gün ve 2009/3194 E. 2010/5286 K. Sayılı ilamı ile;

* Legalbank'dan alınmıştır.

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 29.03.2012 tarihli Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerekçeleri sebeplere ve özellikle boşanmaya neden olan olaylara cinsel birliktelikten kaçınan davacı-davalı kadının neden olduğunun anlaşılmasına göre kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK md.186/1) geçimine, (TMK md.185/3) malların yönetimine (TMK 223,242,244,262,263,264,267,215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK md.185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (resen) almak zorundadır. (TMK 169) O halde; Türk Medeni Kanunu'nun 185/3. Ve 186/3.maddeleri uyarınca tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere davacı-davalı kadın yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur...)

Gerekçesi ile yukarıda (2).bentte gösterilen nedenle hükmün bozulmasına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin yukarıda (1.) bentte açıklanan nedenle onanmasına karar verilerek dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra ge- reği görüldü;

KARAR: Asıl dava, boşanma, nafaka ve tazminat; birleşen dava ise, boşanma ve tazminat istemine ilişkindir.

Davacı-birleşen dosya davalısı kadın vekili, davalının karısını sürekli aşağıladığı ve küçük düşürdüğünü, taraflar arasında cinsel birleşmenin gerçekleşmediğini belirterek boşanmaya ve davacı lehine aylık 500 YTL. (TL.) tedbir ve yoksulluk nafakası ile 50.000 YTL.(TL.) maddi, 50.000 YTL.(TL.) manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Davalı-birleşen dosya davacısı koca vekili, birleşen dava dilekçesinde ve eldeki davaya cevabında, taraflar arasındaki cinsel birleşmenin karşı tarafın rahatsızlığını beyan etmesi nedeniyle gerçekleşmediğini, daha sonra davacı-davalının altınları da alarak ortadan kaybolduğunu belirterek tarafların boşanmalarına ve müvekkili lehine 10.000 YTL.(TL.) manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece, davacı kadının açmış olduğu davanın tam kusurlu olması nedeniyle reddine, davacı kadın lehine tedbir nafakası verilmesine yer olmadığına, koca tarafından açılıp, birleşen boşanma ve tazminat davasının kabulüne karar verilmiştir.

Davacı-davalının temyizi üzerine Özel Dairece; karar diğer yönleriyle onanmış; karar davacı-davalı kadının tedbir nafakası istemi noktasından ve kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiğine işaretle bozulmuştur.

Yerel mahkeme, davacı – birleşen dosya davalısı kadının kusurlu olduğu, açtığı boşanma davasının kusuru nedeniyle reddedilip, birleşen davacının boşanma isteminin de aynı nedenle kabul edildiği, bu kararların onandığı, kusurlu kadın lehine tedbir nafakası takdir edilemeyeceği, gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Direnme kararını davacı-birleşen dava davalısı kadın vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kusurlu olduğu kesinleşen karar ile sabit olan eş yararına tedbir nafakası hükmedilmesine olanak bulunup bulunmadığı, noktasındadır.

Öncelikle “tedbir nafakası” na ilişkin yasal düzenlemeler ile hukuki niteliğinin açıklanmasında yarar vardır:

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’ nun 169.maddesi:

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.”

Hükmünü içermektedir.

Bu madde, yasal gerekçesinde de işaret olunduğu üzere, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanunun 137.maddesinin sadeleştirilmiş şekli olup, herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Böylece, öteden beri uygulanagelen bu hükme göre hakimin, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın, re'sen alması gerekir.

Bu geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasına hükmedilmesidir.

Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır.

Dolayısıyla, tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların ekonomik sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Bu aşamada tarafların kusur durumu belirlenmediğine göre verilecek kararda kusur

bir ölçüt olarak alınamayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödenenlerin geri istenmesini gerektirmez. Zira tarafların “kusur durumu” hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir.

Dahası Kanunda, hakimin geçici bir önlem olarak tedbir nafakasına hükmedebilmesi için, tarafların kusurlu olup olmamaları bir unsur olarak yer almamakta; hangisinin daha az ya da çok kusurlu olduğunun belirlenmesi yönünde bir koşul da öngörülmemektedir.

Bu nedenle, hakimin kusur durumuna bakmaksızın davanın en başında bu geçici önlemi alması ve buna bağlı olarak da tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını tespit edip, uygun ve geçici nitelikte bir nafaka takdir etmesi gerekir.

Görülmektedir ki, bir tarafın kusurlu olması; onun lehine tedbir nafakası tayin edilmesine engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, tedbir nafakası hakimin kanun gereği, kendiliğinden alması gereken geçici bir önlem olup, tarafların kusurunun verilecek karar açısından bir önemi ve etkisi de yoktur.

Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınamayacağına göre tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez.

O halde, somut olayda boşanma davası açılmakla, ayrı yaşama hakkı kazanan ve yeterli geliri olmayan davalı kadın yararına uygun tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir.

Bu durumda, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, kadının kusuruna işaret ve tedbir nafakasının hukuksal niteliğine aykırı gerekçelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı-davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 02.11.2011 gününde ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

ADLİ TATİL • UZAYAN SÜRELER
•
ADLİ TATİL İÇİNDE İŞLEYEN SÜRELER

ÖZET: Adli tatil içinde başlayıp da adli tatil bittikten sonra sona eren sürelerde, adli tatil içinde biten süreler için öngörülen yasal uzatma süresinin uzatılması mümkün değildir.*

Y.HGK. E.2012/4-99 K.2012/201 T.16.03.2012

HGK'ca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: HGK'ndaki görüşme sırasında, esasa girilmeden önce, HGKkararına karşı karar düzeltme isteminin süresinde olup olmadığı, ön sorun olarak incelenmiştir.

Dava, tazminat istemli olup, yazılı yargılama usulüne tabidir ve adli tatilde görülebilen davalardan değildir. Asliye hukuk mahkemesi kararların temyizi üzerine verilen kararlara karşı karar düzeltme süresi tebliğ tarihinden itibaren 15 gündür.

HGK kararı karar düzeltme isteyene adli tatil içinde 24.08.2011 tarihinde tebliğ edilmiş olup; yasal 15 günlük süre tatile rastlamayan 08.09.2011 günü sona ermesine karşın, karar düzeltme istemli dilekçe bu tarihten sonra 09.09.2011 tarihinde ibraz edilmiştir.

Bilindiği üzere; adli tatil içinde başlayıp da adli tatil bittikten sonra sona eren sürelerde, adli tatil içinde biten süreler için öngörülen yasal uzatma süresinin uygulaması olanaklı değildir.

Açıklanan sebeple süresi geçtikten sonra verilen karar düzeltme dilekçesinin reddi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan sebeple davacılar vekilinin karar düzeltme dilekçesinin **REDDİNE...**

* Gönderen: Av. Talih UYAR (e.uyar.com)

ARAÇ KİRALAMASI • ARAÇTA OLUŞAN HASAR • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kural olarak; kiralanan aracın davalı kiracının kullanımındayken oluşan zarardan davalı sorumludur. Davalı bu zarardan sorumlu olmadığını ileri sürüyorsa bu savunmasını ispatlamakla yükümlüdür.

Y.HGK. E.2012/19-56 K.2012/260 T.30.03.2012

(... Davacı vekili, taraflar arasında akdedilen araç kiralama sözleşmesi kapsamında davalı yanca kiralanan aracın hasarlanması üzerine sözleşme hükümlerine göre hasar bedelinin davalıdan talep edildiğini, davalının olumsuz yanıt vermesi üzerine takip başlatıldığını, davalı borçlunun itirazı sonucu takibin durduğunu belirterek itirazın iptali, takibin devamı ve %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilince davacıya ait aracın kötü kullanılmadığını, araca alınan yakıtın ayıplı olması sonucu araçta arıza oluştuğunu ve müvekkilinin somut olayda kusurunun bulunmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacı yanca kanıtlanamayan davanın reddiyle takibin iptaline karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin 13.maddesi uyarınca kiracı kiralananı kira süresi sonunda kiralayana aldığı gibi hasarsız olarak teslim etmekle yükümlüdür. Mahkemece anılan sözleşme hükmü gözetilerek araştırma ve inceleme yapıp varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken bu yönler üzerinde durulup tartışılmadan somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine,

Özel dairece yukarda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla HGKönüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasındaki kira sözleşmesinin 13.maddesinde yer alan “kiracı kiralananı kira süresi sonunda kiralayana aldığı gibi hasarsız olarak teslim etmekle yükümlüdür.” Hükmünün mahkemece irdelenip irdelenmediği, buna göre yeterli araştırma ve inceleme yapıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır.

Ne var ki, HGKnda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle ispat külfeti üzerinde durulmuştur:

Bu nedenle, öncelikle “ispat yükü” ne dair açıklama yapılmasında yarar vardır:

Hakim, davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşır, buna “ispat yükü” denir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun “İspat Yükü” başlıklı 6.maddesi “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Hükmünü içermekte olup, buna göre, bir vakıadan lehine haklar çıkaran taraf, o vakıayı ispat etmelidir.

Diğer taraftan, normal bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını ispat etmesi gerekmez, ispat yükü bu normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer.

Somut olaya gelince:

Taraflar arasında düzenlenen araç kiralama sözleşmesi uyarınca davaya konu araç davalı/kiracıya teslim edilmiş; aracın hasarlanması üzerine de davalı tarafından davacı/kiralayana iade edilmiştir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.maddesi uyarınca kiracı kiralananı kira süresi sonunda kiralayana aldığı gibi hasarsız olarak teslim etmekle yükümlüdür.

Sözleşme gereğince araç davalıya teslim edildiğine ve teslim sırasında davalı tarafça aracın hasarlı olduğu konusunda bir kayıt ileri sürülmediğine göre aracın teslimi sırasında hasarsız olduğunun ya da teslim anında henüz hasarın ortaya çıkmamış bulunduğu kabulü gerekir.

Kendisinin yedinde iken ortaya çıkan hasar üzerine aracı kiralayana iade eden ve davacının hasar bedelinin tazminine yönelik olarak önce takip sonra da eldeki dava ile karşılaşan davalı /kiracının, savunması ise; aracın kendisi tarafından kötü kullanılmadığı, araca alınan yakıtın ayıplı

olması sebebiyle araçta arıza olduğu ve kendisinin kusuru bulunmadığı yönündedir.

Şu haliyle, taraflar arasında araç kira sözleşmesinin varlığı ve aracın hasarlı olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

HGKndaki görüşmede öncelikle yukarıda ayrıntısı açıklanan ispat külfetine dair olmak üzere değerlendirme yapılmış; hasarın varlığının belli olması karşısında, davalının savunma olarak getirdiği hasardan sorumlu olmadığı yönündeki iddiasını, davacının da hasarın miktarını ispat yükü altında oldukları oybirliği ile benimsenmiş; diğer hususların irdelenmesine geçilmiştir.

Kural olarak; kiralanan aracın davalı/kiracı yedindeyken oluşan zarardan, davalı sorumludur. Ne var ki, davalı bu zarardan kendisinin sorumlu olmadığını savunmuş olduğuna göre, bu savunmasını ispat etmek durumundadır. Yerel mahkemece, davalının sorumluluktan kurtulma imkanı olup olmadığı yönünde ve ayrıca davacının da araçta oluşan zarar miktarının ispatı konusunda varsa delilleri incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.

Bu sebeple Yerel Mahkemece, davacıya hem zararın sebep kaynaklandığını hem de zararın miktarını ispatlamak yükümlülüğünün yüklenmesi yanlıştır.

O halde, Yerel Mahkemece, HGK'ca da bozma ilamında ve yukarıdaki ilave gerekçelerle benimsenen Özel Daire bozma kararına, uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, 30.03.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TRAFİK KAZASI • MADDİ TAZMİNAT HESABI • BİR DEFA ISLAH KOŞULU

ÖZET: Trafik kazasından doğan maddi tazminat hesaplanırken hüküm gününe en yakın gündeki veriler esas alınarak maddi tazminat hesaplanmalıdır.

Bir davada bir defa ıslah yapılabilir.*

Y.HGK. E.2012/4-19 K.2012/282 T.04.04.2012

Davacının istekleri arasında bulunan sürekli işgöremezlik zararı, 01.04.2008 tarihli bilirkişi raporu benimsenerek kabul edilmiştir. Sürekli iş göremezlik zararından doğan tazminatının belirlenmesi ileriye dönük bir hesaplama olup zorunlu olarak bazı varsayımlara dayanılarak hesaplanmalıdır. Ne var ki gerçekler belli iken varsayıma gidilmeyeceği, varsayımların ise gerçeğe en yakın olması gerektiği hukukun ana kurallarından biridir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, karar gününe en yakın gündeki verilere göre alınan 03.03.2009 tarihli ek bilirkişi raporuna göre sürekli işgöremezlik zararının ödetilmesine karar verilmesi gerekirken, karar gününden yaklaşık 1 yıl önce alınmış bilirkişi raporuna göre karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, trafik kazası sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, diğer temyiz itirazları reddedilerek, karar, yukarıda başlık bölümünde açıklanan sebeple bozulmuştur.

Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

* Gönderen: Av. Talih UYAR (e.uyar.com)

Uyuşmazlık, zarar miktarının belirlenmesi amacıyla alınan 01.04.2008 tarihli raporun davacı tarafından kabul edilmesi ve bu miktara göre ıslah dilekçesi verilmesine rağmen, karar tarihine en yakın raporu göre karar verilmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

818 Sayılı (BK) nun 46.maddesinde, cismani bir zarara düşer olan kimsenin, külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebileceği, düzenlenmiş; 2. Fıkrasında ise “eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakim, tetkik selahiyetini muhafaza etmeğe hakkı bulunduğu” hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme dikkate alındığında, beden tamlığına karşı işlenen haksız fiillerden zararın gerçek miktar ve kapsamı zamanla daha iyi anlaşılabileninden, zararın tespitinde mümkün olduğu kadar geç bir tarihin esas alınması gereği ortadadır.

BK.nun 46/2.maddesinde cismani zararın hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı hakkında yeterli açıklık bulunmakta; cismani zararın hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplanacağı kabul edilmektedir. (Tekinay S.S., Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İst., 1963 s.201-202)

Diğer taraftan, tazminat hesabına etkili unsurlardan birisi olan asgari ücret kamu düzeni ile ilgili olup, aynı davada, bozmadan sonra da olsa asgari ücretin artması halinde bunun mahkemece kendiliğinden dikkate alınacağı belirgindir. Hatta davacının ilk asgari ücrete göre yapılan hesaba itiraz etmemesi, o günkü verilerin doğru olduğuna inandığı içindir. Bu durum sonraki gelişmeler sebebiyle asgari ücretlerde gerçekleşen artışlardan kaynaklanan hakkını istemesine engel olamaz.

Durum bu olunca, Özel Daire kararında da ifade edildiği üzere kural olarak, karar gününe en yakın zarar durumunun belirlenmesi, en yeni duruma göre rapor alınarak zararın tespiti ve hükme varılırken bu tespitinin temel alınması gerekmektedir. Ne var ki, kural bu olmakla birlikte, somut olay yönüyle, davacının zarar miktarı konusunda ıslah ve bunun gibi kendisini usuli anlamda kısıtladığı hallerin olup olmadığı da hükümde gözetilmelidir.

Diğer taraftan, ıslah kumu, 1086 Sayılı H.U.M.K.'nun83 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 84.maddesinde ıslahın, tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye tabi olmayan davalarda yargıla-

ma sonuna kadar yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 04.02.1948 gün, 1944/10 Esas ve 1948/3 Karar numaralı kararında ıslahın, bir kereye özgü yapılabileceği belirtilmiştir.

Somut olaya gelince:

Dava, davacı Ü.K.'ın, kendisinin yönetimindeki traktör ile davalıya ait kamyonun çarpışması sonucu meydana gelen trafik kazasında ağır şekilde yaralandığı; diğer davalı Güven Sigorta A.Ş. 'nin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Poliçesi ile sigortalı olduğu iddiasıyla, fazlaya dair haklar saklı tutularak açılmış; davacının çalışma gücü ve efor kaybından dolayı 4.900 YTL. (TL.) çalışmadığı günler için gelir kaybından dolayı 100.00 YTL. (TL.) olmak üzere toplam 5.000.00 YTL. (TL.) maddi tazminat ile 20.000.00 YTL.(TL.) manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesi istenmiştir.

Mahkemece, alınan 01.04.2008 tarihli bilirkişi raporunda, toplam zarar 60.771 TL.; davacının 3/8 kusur oranına göre zarar da 37.981.88 TL. olarak ıslah etmiştir.

Kusur ve maluliyet oranı kesinleşmeden alınan zarar raporundan sonra kusur oranında ve maluliyet oranında değişme meydana gelmesi üzerine mahkemece zarar raporunu düzenleyen bilirkişiden ek rapor düzenlenmesi istenilmiş; bilirkişi de değişen değerler üzerinden 03.03.2009 tarihinde ek raporunu düzenlemiştir. Bu ek raporda ise zarar miktarı 76.761.92 TL. olarak bulunmuş; taraflar %50 şer oranında kusurlu kabul edilmiş ve zarar miktarı 38.380.96 TL. olarak belirlenmiştir.

Mahkeme ise 01.04.2008 tarihli raporda belirlenen zarar miktarı olan 60.771 TL. üzerinden %50 oranındaki davacı kusurunu dikkate alarak 30.385.96 TL. zarara hükmetmiştir.

Şu hale göre, yukarda izah edildiği üzere mahkemece yapılacak iş; 01.04.2008 tarihli zarar raporunun üzerine davacı tarafından maddi tazminat talebi ıslah edilerek 37.981.88 TL.ye çıkarıldığı ve bir davada ancak bir kere ıslah yapılabileceği hususları dikkate alınarak; karar gününe en yakın gündeki verilere göre düzenlenen 03.03.2009 tarihli ek bilirkişi raporuna göre ancak ıslah edilen miktarla sınırlı olmak üzere, sürekli işgöremezlik zararının ödetilmesine karar verilmesi olmalıdır.

Bu nedenle; Özel Dairenin ilkeye yönelik bozma nedenleri yanında yukarda açıklanan somut olay yönüyle genişletilmiş gerekçelerle, direnme kararının bozulması gerekir.

Bu nedenle; Özel Dairenin ilkeye yönelik bozma nedenleri yanında yukarıda açıklanan somut olay yönüyle genişletilmiş gerekçelerle, direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire kararında yer alan ilkeye yönelik bozma nedenleri yanında yukarıda gösterilen somut olay yönüyle genişletilmiş gerekçe ile **BOZULMASINA...**

CEVAP SÜRESİ • ZAMANAŞIMI DEFİ



GEÇERLİ ZAMANAŞIMI DEFİ

ÖZET: Yasal cevap süresi geçirildikten sonra zamanaşımı defî ileri sürülmüş, davacı tarafça zamanaşımı define karşı çıkılmamış ve savunmanın genişletildiği itirazı ileri sürülmemiştir.

O halde, geçerli bir zamanaşımı definin mevcut olduğu kabul edilerek yargılamaya devam edilmelidir.*

Y.HGK. 2012/11-158 K.2012/318 T.11.04.2012

(...Davacı, 1974 yılında 10.000 YTL. Ödeyerek davalı şirketten hisse satın aldığını, davalı tarafından kendisine kar payı ödenmediğini, karşı tarafın, sağlığından ve iyiniyetinden istifade ederek kendisini dolandırdığını ileri sürerek, 10.000 YTL.nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesine talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin hisselerinin 2005 tarihinde devredildiğini ve bu tarihte davacının ortaklar arasında bulunmadığını, davacının şirkete borç vermiş olabileceğini, bu durumda da alacağın zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davalı şirkete 1972 ve 1973 yıllarında toplam 10.000 TL.yatırdığı, şirket kayıtlarında davacının ortaklık kaydına rastlanmadığını, denk-

* Gönderen: Av. Talih UYAR (e.uyar.com)

leştirci adalet ilkesi çerçevesinde yapılan hesaplamaya göre davacının davalıya ödediği miktarın 4.017.27 TL. olduğu, bu miktarda davacının alacaklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 4.017.27 TL.nin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya dair istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, anonim şirket hisse bedeli olarak ödendiği iddia edilen paranın iadesi istemine ilişkindir.

Davalı vekili tarafından davanın zaman aşımı süresi içinde açılmadığı savunulmuş, mahkemece, zamanaşımı definin, davaya cevap süresi içinde yapılmaması sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Oysa, zamanaşımı defii, alacaklının alacağını borçlunun rızasına aykırı olarak dava yoluyla isteyebilme hakkını ortadan kaldıran kişisel bir savunma sebebidir. İtirazlardan farklı olarak, diğer savunma sebeplerinden olduğu gibi mahkemece kendiliğinden gözetilmesi söz konusu değildir. HUMK'un 197.(187.)maddesinde düzenlenen ilk itirazlar arasında sayılmadığından yasal cevap süresi içerisinde ileri sürülmesi zorunluluğu da yoktur. Ancak, cevap süresinden sonra ileri sürülen zaman aşımı definin değerlendirilebilmesi için karşı tarafın, savunmanın genişletildiği yolunda itirazda bulunmamış olması şarttır. Ayrıca, 11.04.1940 tarih ve 15/70 Sayılı YİBK gerekçesinde de açıklandığı üzere zamanaşımı defini diğer sübut nedenlerinden önce incelenmesi gerekir.

Somut olayda, davalı tarafça yasal cevap süresi geçtikten sonra zaman aşımı definde bulunulmuş olmasına rağmen, davacı, savunmanın genişletildiği yönünde bir itirazda bulunmamış olup, savunmanın esasına cevap vermiştir. Bu itibarla, mahkemece, zaman aşımı definin süresinde olduğu kabul edilip, özellikle tarafların iddia ve savunmaları da değerlendirilmek suretiyle gerekirse davalı şirketin tüm kayıtları getirtilerek, davaya konu paranın davalıya verilmiş sebebinin ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kesin olarak tespit edilmesi, belirlenecek bu hukuki ilişkiye göre zaman aşımı süresinin ve başlangıç tarihinin belirlenmesi ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün açıklanan gerekçe ile bozulması gerekmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü;

KARAR; Dava, anonim şirket hisse bedeli olarak ödendiği iddia edilen paranın iadesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabul ve reddine dair verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla HGK önüne gelen uyuşmazlık, dosya kapsamına göre davalı tarafın süresinden sonra verdiği cevap dilekçesinde bulunduğu zaman aşımı define karşı, davacı tarafın itiraz ettiği cevaba cevap dilekçesinde savunmanın genişletilmesi itirazında bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, uyuşmazlığın çözümünde 1086 sayılı HUMK (HUMK)nun da yer alan “ilk itirazlar” ile “iddia ve savunmanın genişletilmesi” kavramları üzerinde durulmalıdır.

İlk itirazlar HUMK'un 187.maddesinde “itirazatı iptidaiye” başlığı altında düzenlenmiş olup, bu madde;

“İtirazatı iptidaiye aşağıdaki gösterilen hallerden ibaret olup davanın bidayetinde ve hepsi birlikte beyan edilmek lazımdır:

1-Türkiye'de ikametgahı bulunmayanlardan teminat talebi,

2-Salahiyet iddiası,

3-(Mülga bent: 16.07.1981 – 2494/37 md.)

4-İkame olunan davanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet bulunduğu iddiası,

5-Davanın diğer bir mahkemede dertesti rüyet olan diğer dava ile irtibatı bulunduğu iddiası,

6-Mülga bent: 26.09.1963 – 338/1 md.)

7-Dava arzuhalinin veya davetiye varakasının veyahut cevap layihasının tanziminde kanuni noksanlar bulunduğu veya tebliğin usulüne muvafık olmadığı iddiası,

8-Davayı müteakibinin kabule şayan bulunmadığı iddia”

Hükmünü içermektedir.

Konuyla ilgisi bakımından HUMK'un 202.maddesine de değinmek gerekir.

Anılan Kanununun 202.maddesinde;

“Davalı cevap dilekçesinde karşılık dava da dahil olmak üzere bütün iddia ve savunmaları ile sebeplerini birlikte bildirmeye mecburdur.

Müddeaaaleyh cevap layihasını hasmına tebliği ettirdikten sonra onun muvafakatı olmaksızın müdafaa sebeplerini tevsi veya tebdil edemez. Ancak ıslah haliyle 186.madde hükmü müstesnadır.” Hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen madde metninden anlaşılacağı üzere, davalı taraf cevap dilekçesinde tüm savunmalarını sebepleriyle bildirmek zorundadır. Cevap dilekçesinin davacıya tebliğinden sonra, savunma sebepleri genişletilemez ve değiştirilemez; eş söyleyişle, cevap dilekçesinde bildirilmeyen defiler ileri sürülemez; ayrıca, cevap dilekçesindeki savunmanın dayandırıldığı olgular da genişletilemez ve değiştirilemez.

Öğreti ve uygulamada “savunmanın genişletilmesi yasağı” veya “savunmayı genişletme yasağı” olarak adlandırılan bu yasağın istisnaları da aynı maddede gösterilmiştir. Bunlar; davacının muvafakatı, ıslah ve müddeabihin temlikidir.

Açıkça görüldüğü üzere, zaman aşımı defii HUMK'un 187.maddesinde ilk itiraz olarak düzenlenmemiştir. Hangi hallerin ilk itiraz olduğu (ilk itiraz ileri sürülmesi gerektiği), HUMK m.187.de tahdidi olarak sayılmıştır. (İlhan E.Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975, s.792; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960, s. 205; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul 2001,s.4216)

İlk itirazlar, karşı taraf muvafakat etse bile, esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemez. Buna karşılık, davalı, esasa cevap süresini geçtikten sonra da zaman aşımı defini ileri sürebilir. Davacı, süresinden sonra yapılan zaman aşımı define karşı savunmanın genişletildiği yönünde bir itirazda bulunmayıp, savunmanın esasına cevap verdiği takdirde, savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat etmiş olur ve mahkeme zaman aşımı defini inceler. (Baki Kuru, a.g.e.,C.II, s.1822; HGK'un 09.10.1963 gün ve 1963/2-34-3 E.,K.sayılı ilamı)

Böylece zamanında ileri sürülmeyen zaman aşımı defii diğer tarafın açık veya zımni muvafakatı ile davaya cevap süresinden sonra ileri sürülmesi mümkündür. (Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II,7.Baskı, İstanbul 2000, s.545,546; Necip Bilge-Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s.472)

Ayrıca mahkeme, davalının savunmayı genişletmiş olduğu kendiliğinden gözetemez (Baki Kuru, C.II, a.g.e., s.1829)

Somut olayın açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesine gelince;

Davacı tarafından, anonim şirket hisse bedeli olarak ödendiği iddia edilen paranın iadesi talep edilmiş, davalı vekili tarafından yasal cevap süresi geçtikten sonra zaman aşımı define bulunulmuştur.

Davacı, yasal cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülen zaman aşımı

define, savunmanın genişletildiği yönünde bir itirazda bulunmamış, sadece zaman aşımı savunmasının esasına cevap vermiştir.

Mahkemece, zaman aşımı definin, davaya cevap süresi içinde yapılmamış olması sebebiyle reddine karar verilerek, işin esasına yönelik yapılan değerlendirmede de davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, zaman aşımı defi, alacaklının alacağını borçlunun rızasına aykırı olarak dava yoluyla isteyebilme hakkını ortadan kaldıran kişisel bir savunma sebebidir. İtirazlardan farklı olarak, diğer savunma sebeplerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden gözetilmesi söz konusu değildir.

HUMK'un 187.maddesinde düzenlenen ilk itirazlar arasında sayılmadığından yasal cevap süresi içerisinde ileri sürülmesi zorunluluğu da yoktur.

Ancak, cevap süresinden sonra ileri sürülen zaman aşımı definin değerlendirilebilmesi için karşı tarafın, savunmanın genişletildiği yolunda itirazda bulunmamış olması şarttır.

Davalının zaman aşımı define karşı davacı, savunmanın genişletildiği yönünde bir itirazda bulunmamış, savunmanın esasına cevap vermiştir.

Böylece davacının, davalı tarafından süresi ileri sürülmeyen zaman aşımı define, itiraz etmemek suretiyle, zımnen muvafakat ettiğinin kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, davalı tarafından yasal cevap süresi geçtikten sonra zaman aşımı define bulunmuş ise de, daha sonra davacı tarafından savunmanın genişletildiği yönünde bir itiraz ileri sürülmeyip, açıkça zaman aşımı define karşı çıkmadığından, mahkemece yapılacak iş, zaman aşımı definin geçerliği olduğu kabul edilerek, özellikle tarafların iddia ve savunmaları da değerlendirilmek suretiyle gerekirse davalı şirketin tüm kayıtları getirtilerek, davaya konu paranın davalıya verilmiş sebebinin ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kesin olarak tespit edilmesi, belirlenecek bu hukuki ilişkiye göre zaman aşımı süresinin ve başlangıç tarihinin belirlenmesi ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi olmalıdır.

Diğer taraftan, Özel Daire bozma ilamında ilk itirazların "HUMK'un 197. maddesinde" düzenlendiği belirtilmiş ise de, bu yazım hatasının "HUMK'un 187.maddesi" şeklinde düzeltilmesi heyetçe kararlaştırılmıştır.

HGK'ca da yukarıda açıklanan ilave sebeplerle benimsenen Özel Daire bozma kararına, uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerden dolayı **BOZULMASINA...**

HACİZDE İSTİHKAK İDDİASI • İZLENECEK YOL

ÖZET: Haczedilen menkul mal borçlunun elinde kabul edilir ve üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunur da alacaklı veya borçlu buna itiraz ederse, icra dosyası istihkak iddiası ile ilgili olarak karar vermek üzere icra Mahkemesine gönderilir.

Haczedilen menkul mal üçüncü kişinin elinde olursa, icra Müdürü istihkak iddiasına karşı alacaklıya istihkak davası açması için süre verecektir.*

Y.HGK. E.2012/12-241 K.2012/446 T.04.07.2012

(...HUMK'un 74. maddesinde; mahkemelerin tarafların talepleriyle bağlı olup, fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda şikayetçi, haczin İİK'in 99.maddesine göre yapılmasını, alacaklıya istihkak davası açması için süre verilmesini talep etmiş, bunun için istihkak davasına dair nispi harç yerine maktu harç yatırmış olmasına rağmen, açılmış bir istihkak davası olmadığı halde, mahkemece talep istihkak davası gibi değerlendirilerek mahcuzlar üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yukarıda anılan yasa maddesine aykırı olarak üçüncü kişi tarafından talep edilmemesine rağmen, talepten başka bir konuda karar verilmesi doğru olmayıp kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir...),

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

* Gönderen: Av. Talih UYAR (e.uyar.com)

KARAR: İstem, icra memuru muamelesini şikayete ilişkindir.

İstanbul 13.İcra Müdürlüğünün 2008/24065 esas sayılı dosyası incelendiğinde, alacaklı T.E. tarafından borçlular C.B. vs. aleyhinde bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapıldığı İcra Müdürlüğü tarafından 11.11.2008 tarihinde borçlu C.nin bildirilen adresine hacze gidildiği ve evde bulunan menkullerin haczedildiği anlaşılmaktadır.

Haciz sırasında şikayetçi 3.kişi D.A. tarafından borçlu C.in haciz mahallinde oturmadığını, 2007 yılında boşandıklarını, hacze konu menkullerin de kendisine boşanma protokolü ile bırakıldığını belirterek, istihkak iddiasında bulunmuş, alacaklının buna karşı koyması üzerine, 12.11.2008 tarihinde İcra Müdürlüğünce borçlunun haciz mahallinde oturduğu kanaati ile İİK'nın 97.maddesi uyarınca işlem yapılarak, istihkak iddiası hakkında karar verilmek üzere dosyanın İstanbul 11.İcra Hakimliğine gönderilmesine karar verilmiştir.

Öte yandan şikayetçi D. tarafından sunulan 17.11.2008 tarihli dilekçeyle anılan İcra Müdürlüğü'nden alacaklıya İİK'inn 99.md.si uyarınca dava açması için süre verilmesi istenilmiş; ancak 13.İcra Müdürlüğü 17.11.2008 tarihli kararı ile yapılan haciz hakkında İİK'in 97.maddesi uygulanarak dosya İstanbul 11.İcra Hukuk Hakimliği'ne sevk edildiğinden bu istemin reddine karar vermiştir.

İstihkak; İcra İflas Kanunu'nda istihkak iddiası 96-99. maddelerde düzenlenmiştir.

İİK'in 96. maddesinde; Borçlunun, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut 3.bir kişi tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği taktirde, icra dairesi bunu haciz ve icra zabıtlarına geçirir ve keyfiyeti iki tarafa bildirir. İcra dairesi aynı zamanda istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını bildirmek üzere alacaklı ve borçluya üç günlük mühlet verir.

İİK'in 97. maddesinde ise: İstihkak iddiasına karşı alacaklı veya borçlu tarafından itiraz edilirse, icra memuru dosyayı hemen icra mahkemesine verir. İcra mahkemesi, dosya üzerinde veya lüzum görürse, ilgilileri davet ederek mürafaa ile yapacağı inceleme neticesinde varacağı kanaate göre takibin devamına veya talikine karar verir.

İİK'in 99. maddesine göre de, Haczedilen şeyin borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet hakkı iddia eden 3.bir kişi nezdinde bulunursa, icra memuru o kişi aleyhine icra mahkemesine müracaat için alacaklıya yedi gün mühlet verir. Bu mühlet içinde merci hakimliğine dava açılmazsa

3. şahsın iddiası kabul edilmiş sayılır.

Görüldüğü üzere haczedilen menkuller eğer borçlunun elinde kabul edilir ve 3. bir kişi istihkak iddiasında bulunur da alacaklı veya borçlu buna itiraz ederse, dosya İİK'in 97. maddesi uyarınca istihkak iddiası ile ilgili olarak karar verilmek üzere İcra Mahkemesine gönderilir.

3. Kişinin elinde olursa, İcra Müdürlüğü istihkak iddiası üzerine alacaklıya istihkak davası açması için İİK'in 99. maddesi uyarınca süre verecektir.

Somut olayda, şikayetçi 3. kişi, maktu harç yatırmak suretiyle İcra Mahkemesinden İcra Müdürlüğü'nün 17.11.2008 tarihli İİK'in 99. maddesinin uygulanması talebinin reddine dair işleminin iptalini, İİK'in 16. maddesi uyarınca şikayet yolu ile istemiştir.

Yerel Mahkemece, şikayetçinin istemi aşılarak, ortada bir istihkak davası olmadığı halde talebi istihkak davası olarak nitelendirilerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir. Talepten başka şeye kural olarak karar verilemez. (Mülga 1086 sayılı HUMK madde 74; 6100 Sayılı HMK madde 26)

O halde, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçelerle, HGK'ca da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA...**

TRAFİK KAZASI • KAMU KURUMU
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Araç işletenin veya malikinin Kamu Kuruluşu olması halinde dahi, trafik kazasından doğan davaya adli yargı mahkemelerinde bakılır.

Y.HGK. E.2012/4-261 K.2012/441 T.04.07.2012

(... Davacı, davalı idarede ambulans sürücüsü olarak görevli bulunduğu sırada meydana gelen kaza sebebiyle eşinin yaşamını yitirdiğini, kazanın oluşumunda, gerekli önlemleri almayan davalı idarenin kusurlu bulunduğunu ileri sürerek, uğradığı maddi zararın ödetilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, işin esası incelenerek istem reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davalı Sağlık Bakanlığı bir kamu tüzel kişisi olup işlem ve eylemleri kural olarak kamusal nitelik taşır. Kamu hizmetinin görüldüğü sırada meydana geldiği belirtilen olaydaki eksikliklerin bir bölümünün hizmet kusuru ile ilgili olduğu ileri sürülerek idarenin hizmet kusuruna dayanıldığına göre, idarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2/1-b maddesi gereğince idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasa-ya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir....),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, trafik kazasında ölen sürücü yakınının maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ölen araç sürücüsünün kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen sebeple bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibariyle HGK önüne gelen uyuşmazlık; yargı yoluna dair olup, davada idari yargı mahkemelerinin mi yoksa adli yargı mahkemelerinin mi görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta öncelikle işleten kavramı ve buna dair hukuki düzenleme üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

Kavram olarak işleten; motorlu bir aracı, kendi menfaat ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen, araç ile aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde fiilen ve doğrudan doğruya emir ve tasarruf yetkisine (gücüne) sahip olan kimse olarak tanımlanmıştır. (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-2, 1988, S.243)

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) nun 3.maddesinde ise işleten:

“Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir.

Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.” Şeklinde tanımlanmıştır.

İşletenin hukuki sorumluluğu anılan Kanunun 85.maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bir teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olur. İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.

Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olayd değerlendirildiğinde; davacı vekili, 10.06.2008 tarihli oturumdaki beyanıyla, kaza yapan ambulansın işleteni sıfatıyla davalı idare aleyhine dava açtıklarını belirtmiş durumdadır.

Dosyada mevcut motorlu araç tescil belgesi içeriğine göre, kaza yapan ambulansın davalı Sağlık Bakanlığına bağlı Atkaracalar Devlet Hastanesi adına kayıtlı olduğu konusunda da uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 11.11.2007 tarihinde meydana gelen trafik kazasında am-

bulans sürücüsü YG'nin ölmesi sebebiyle araç maliki olan davalı idarenin "işleten" sıfatına dayalı olarak eldeki davanın açılmış olduğunun kabulü gereklidir.

Bu bağlamda, davanın tabi olduğu yargı yolunun belirlenmesi hususunda ise; Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan davalarda görevli ve yetkili mahkeme aynı Kanun'un 110.maddesinde 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı kanununun 14.maddesiyle yapılan değişiklikle belirlenmiş olup; "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara dair olanları dahil, 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 dair davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acennten bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir." Şeklinde düzenlenmiştir.

Yasada yapılan bu değişiklik metninden de anlaşılacağı üzere; Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan sorumluluk davalarında motorlu araç işletenin kamu kuruluşu olması halinde dahi dava adli yargı mahkemelerinde görülecektir.

Şu durumda, davanın işletenin sorumluluğuna dayanılarak açılmış bulunması ve yerel mahkemenin 2918 Sayılı KTK'nın değişik 110.maddesini göz önünde tutarak, davada idari yargının görevli olduğuna işaret eden Özel Daire bozma ilamına karşı direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Yüksek Özel Daire bozma nedenine göre, davanın esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan sebeplerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4.Hukuk Dairesine gönderilmesine, hükmün tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04.07.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kural olarak kira ilişkisinin varlığını ve şartlarını davacı kiralayanın ispatlaması gerekir.

Kira parasının ödendiğini davalı kiracı ispatlamakla yükümlüdür.

Y.HGK.E.2012/6-248 K.2012/439 T.04.07.2012

(...Dava kira alacağının tahsili amacı ile başlatılan icra takibine itirazın iptali ve tahliye istemine ilişkindir.

Mahkemece kira alacağı konusunda karar verilmesine yer olmadığına, davalı E. Ve H. Yönünden husumet nedeni ile reddine, davalı S.yönünden kiralananın temerrüt, davalı M. Yönünden ise fuzuli işgal sebebiyle kiralananın tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı S.ve M.tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde davaya konu taşınmazı satın aldığını davalıların davaya konu taşınmazda satın almadan önce kiracı olduğunu belirterek davalılar hakkında kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine haksız itirazın iptaline ve kiralananın tahliyesine kara verilmesini istemiştir.

Davalı S.kiracılık ilişkisine karşı çıkararak davanın reddine, davalı M.ise kiracı olduğu kabul ederek kira miktarına ve ödeme zamanına karşı çıkararak davanın reddini savunmuştur.

Davacı davaya konu taşınmazı 03.03.2008 tarihinde iktisap ederek 05.08.2008 tarihinde başlatmış olduğu icra takibinde 2008 yılı Temmuz ve Ağustos ayları kirasının aylık 3000 TL.üzerinden ödenmesini istemiştir.

Davalı S.kira ilişkisine karşı çıkmış; Davalı M.ise eski malik ile aralarında yapılan 30.10.2007 başlangıç tarihli kira sözleşmesine göre kiracı olduğunu ve kira parasının yıllık 6000 TL.olup yıl sonunda peşin olarak ödenmesinin kararlaştırıldığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Bu sözleşmeye davacı tarafından karşı çıkılmış ve sözleşmenin aslı ibraz edilmemiştir.

Davada davalı M.in fuzuli şağil olduğu iddia edilmediği gibi davalı M.kiracılık ilişkisini kabul etmiştir.

Kural olarak kira ilişkisinin varlığını ve koşullarını davacının; ödeme savunmasının ise davalı kiracı tarafından kanıtlanması gerekir.

HUMK 288.maddesi gereğince kira sözleşmesinin miktarına göre davacının iddialarını yazılı delil ile kanıtlanması gerekir. Ne var ki davacı iddiasını yazılı delil ile kanıtlayamamıştır. Davacı dava dilekçesinde sair yasal delillere dayandığına göre bunun içinde yemin delilinin de bulunduğu kabulüyle davacının kira miktarı, ödeme koşulları ve kiracılığı red eden davalı yönünden kira ilişkisinin kanıtlanması için davalılara yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle yıllık kira bedelinin tutarı senetle ispat sınırının (H.U.M.K.md.288) üzerinde bulunmasına, Yargıtay HGK'nın 22.03.2006 gün ve 2006/6-69 E., 2006/89 K.sayıli kararında da aynı hususların benimsenmiş olmasına göre,

HGK'ca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı M.Ş. vekili ve davalı S.Y.nın temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere yapılan 1.görüşmede, 04.07.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

MURİS MUVAZAASI • İSPAT KOŞULLARI

ÖZET: Bedeller arasında fark olması, miras bırakanın varlıklı bir kişi oluşu, mal satmaya ihtiyacının olmaması, davalının belli bir mesleğinin ve gelininin olmaması, satılığın iddia edilen taşınmazın satış bedelinin gerçekten ödendiğinin ispat edilememesi gibi durumlar muris muvazaasının varlığının kanıtlarıdır.*

Y.I.HD. E.2008/1125 K.2008/3573 T.20.03.2008

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirascısının 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 01.04.1974 tarih ½ sayılı inançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesinde Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26.maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekirken bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tesbiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmeside büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yap-

* Gönderen: Erdoğan Gökçe, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

makta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanını alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince; bedeller arasında fark olması, miras bırakanın varlıklı bir kimse oluşu, mal satmaya ihtiyacının olmaması, davalının belli bir meslek ve gelirinin bulunmaması diğer taraftan davalının taşınmazın satış bedelini önceki evliliğinden olma oğluna ait şirketin geliri ile ödediğine dair bir takım çekler ibraz edilmiş ise de, muhtelif tarihli çeklerin bu taşınmazın bedeli karşılığı olduğunu belirlenemediği, çeklerde davalının cirosunun bulunmaması, dosyaya yansıyan diğer bilgi ve belgeler, dinlenen tanık anlatımları yukarıdaki ilkelerle birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde miras bırakanın temlikinin diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanlıya düşülerek açıklanan gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru değildir. Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428.md. gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 20.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MURİS MUVAZAASI • ARAŞTIRMA YÖNTEMİ

ÖZET: Muris muvazaası iddiasında tüm mirasçılara intikal eden taşınır ve taşınmaz mallar ve haklar araştırılmalı, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgeler mercilerinden getirilmeli, her bir mirasçıya intikal ettirilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı ve miras bırakanın paylaştırma kasdının olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.*

Y.I.HD. E.2009/8280 K.2009/10263 T.15.10.2009

Asıl ve birleşen dava tapu iptal tescil olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir.

Mahkemece sübut bulmayan davaların reddine karar verilmiştir.

* Gönderen: Erdoğan Gökçe, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

Gerçekten de; iddianın ileri sürülüş biçimi ve dava dilekçesinin içeriğine göre öncesi 698 ada 1 parsel olan ve sonradan imarla muhtelif parsellere giden taşınmaz bakımından davada dayanılan hukuki sebebe göre iddianın 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca yazıl belge ile kanıtlanamadığı belirlenmek ve bu olgu mahkemece benimsenmek suretiyle bu parsel bakımından davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu yöne değinen davacıların temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine,

Ancak, 553 ada 8 parsel sayılı taşınmazdaki tarafların miras bırakanı Hulusi tarafından 1984 tarihinde davalı Kemal'e satışı yapılan ½ pay yönünden asıl davanın ve birleşen davanın davacıları kendilerinden mal kaçırma amacı ile tapu iptal tescil olmadığı takdirde payları oranında tazminat istemişler, mahkemece iddianın sübut bulmadığı gerekçesiyle bu isteğinde reddine karar verilmiştir.

Çekişme konusu 553 ada 8 parselin tam mülkiyet olarak muris Hulusi'ye ait iken ½ payını üzerinde bırakarak diğer ½ payını davalı Kemal'e satış suretiyle temlik ettiği kayden sabittir. Daha sonra anılan bu taşınmazın üzerindeki bina sebebiyle kat mülkiyeti kurulduğu ve dava dışı Tuncay Güler ve Sabite satış suretiyle intikal ettirildiği görülmektedir. Davada her ne kadar tapu iptal tescil istenilmişse de kayıt malikleri olan Tuncay Güler ve Sabit aleyhine açılan bir tapu iptal ve tescil davası bulunmamaktadır.

Ne var ki, iptal tescil isteği yanında tazminat isteği de bulunmaktadır. O halde bu istek bakımından gerekli irdeleme ve değerlendirmenin yapılması gerekeceğinden kuşku yoktur.

Her ne kadar; mahkemece miras bırakanın yapmış olduğu pay temliki yönünden muvazaa olgusunun sübut bulmadığı gerekçesiyle dava ret edilmiş ise de dava dosyası içerisinde bulunan ceza tahkikatına ilişkin dosyalar gerekse aynı yer 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 16.09.1997 tarih 1997/80 Esas ve 1998/66 Karar sayılı dosyalarındaki tarafların ortak murisi Hulusinin anılan pay satışı sebebiyle bir para almadığını belirtmiş ve ayrıca yapılan temlikin sağlığında mirasçıları arasında paylaşırma gayesi ile yapıldığını belirterek davacıya da bu amaçla taşınmaz verdiğini taşınmazı daha sonra davalıya sattığını bildirmiştir.

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda

açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 01.04.1974 tarih ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanununun 706, Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanununun 26.maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini 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 tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince, yukarıda değinilen ilkeler gözetildiğinde mahkemece araştırma, yapılan inceleme ve değerlendirmenin hüküm kurmaya elverişli olduğu söylenemez.

Hal böyle olunca, yukarıda belirtilen ilkelerde gözetilmek suretiyle gerekli araştırmanın soruşturmanın yapılması özellikle muris Hulusi nin denleştirme yönündeki beyanı da dikkate alınarak gerçekten de davacıya da bir taşınmaz verip vermediği ve vermiş ise davalıya satılıp satılmadığının ayrıca dava dışı mirasçılara da herhangi bir mal verip vermediğinin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde kayden açıklığa kavuşturulması her bir mirasçıya nakledilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı böylece yukarıda değinilen anlamda bir paylaşırma iradesinin bulunup bulunmadığının ortaya konulması, ondan sonra bir hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir.

Davacıların, bu yönde değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 15.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

NESEBİN DÜZELTİLMESİ • AF KANUNU

İTİRAZDA HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ

ÖZET: Küçük çocuk 2716 sayılı Af Kanunu'na göre nüfusa tescil edilmiştir. Bu işleme karşı, tescil işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Medeni Kanun hükümlerine göre, olayın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde itiraz edilebilir.*

Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece re'sen dikkate alınır.*

Y.2 HD. E.2009/14340 K.2009/17784 T.19.10.2009

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

09.01.1992 doğumlu küçük D. 3716 Sayılı Af Kanunu'na göre nüfusa tescil edilmiştir. Bu kanunun uygulanması nedeniyle yapılmış olan tescil işlemlerine karşı ilgililerin genel hükümlerine göre dava hakkı bulunmaktadır. (3716 s.K.md.11) Dava af kanununa göre soybağının düzeltilmesine itiraz davasıdır. Ana babanın kanuni mirasçıları ile müddeiumumi nesebin tahshihine muttali oldukları günden itibaren üç ay içinde itiraz edebilirler. (TKM.md.251) Bu süre hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süreler kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re'sen gözetilir. Dava dilekçesindeki anlatım ve toplanan deliller nazara alındığında davacının üç aylık hak düşürücü süre içinde davasını açmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

TEDBİR NAFAKASI • KUSUR KOŞULU

ÖZET: Boşanma davası görülürken tedbir nafakasına hükmedilmesi için kusur koşulu aranmaz.*

Y.2.HD. E.2012/4470 K.2012/7616 T.29.03.2012

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm tedbir nafakası yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı, boşanma davasıyla birlikte tedbir nafakası talep etmiş, mahkemece, “müşterek yaşamdan davacının kaçındığı, haklı bir sebep bulunmadığı halde evi terk ettiği, bu sebeple tedbir nafakası talebinin yerinde görülmediği” gerekçesiyle bu isteği reddedilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi gereğince, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri bu hususta bir isteğin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın re'sen almak zorundadır. Dava süresince geçerli olacak olan bu tedbirlerin alınması, tarafların “kusursuz” olmaları şartına bağlanmamış, Yasa'da, önlem için “kusur” unsuruna yer verilmemiştir. Başka bir ifade ile tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakası takdirine etkili bir unsur değildir. (HGK. nın 02.11.2011 tarihli 2011/2-533 esas, 2011/670 karar sayılı kararı) Lehine önlem alınacak olan taraf kusurlu olsa dahi, önlemi gerektirici sebebin varlığı halinde kanunda belirtilen geçici nitelikteki önlemlerin alınması gerekir. Öyleyse, ev hanımı olup, herhangi bir geliri ve malvarlığı bulunmayan davacı yararına dava tarihinden geçerli olmak üzere boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar uygun miktarda tedbir nafakası takdir edilmesi gerekirken “kusurlu” olduğu gerekçesiyle bu isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 29.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 02.11.2011 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

FİİLİ AYRILIK NEDENİNE BAĞLI BOŞANMA

KUSUR KOŞULU

ÖZET: Retle sonuçlanan boşanma davasının kesinleşmesinden sonra en az üç yıl süreyle evlilik birliğinin yeniden kurulmamış olması “fiili ayrılık” olgusuna dayanan boşanma nedenidir.

Fiili ayrılık nedenine dayanan bu boşanma davasında “kusur” koşulu aranmaz.

Y.2.HD.E.2011/13318 K.2012/10966 T.26.04.2012

1-Toplanan delillerden davacı kocanın terk (TMK md. 164) davalı kadının evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK md.166/1-2) hukuksal nedenlerine dayalı olarak açtıkları boşanma davalarının birleştirilerek yapılan yargılaması sonucu, her iki davanın reddine ilişkin karar 23.06.2006 tarihinde kesinleştiği ve bu tarihten sonra temyiz incelemesine konu davanın açıldığı 29.06.2009 tarihine kadar evlilik birliği yeniden kurulamamış, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesindeki boşanma koşulları oluşmuş olduğundan; davalı kadının tüm, davacı kocanın ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında temyiz itirazları yerinde bulunmuştur.

2- Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesi uyarınca fiili ayrılık nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için, daha önce eşlerden biri tarafından açılmış ve retle sonuçlanıp kesinleşmiş bir boşanma davasının mevcudiyeti ile bu kesinleşme tarihinden itibaren en az üç yıl süreyle evlilik birliğinin yeniden kurulamaması olması gerekli ve yeterlidir. Fiili ayrılık nedenine dayalı bu boşanma davasında boşanma kararı için kusur araştırılması gerekmez. Kusur, boşanmanın eki olan nafaka ve tazminat taleplerinin değerlendirilmesinde bir unsur olarak araştırılması gerekir. Tarafların retle sonuçlanan önceki boşanma davalarında, taraflara yüklenilecek bir kusurlu davranış belirlenmiş değildir. Yine, eylemli ayrılık döneminde de taraflara yüklenilecek bir kusurlu davranışın varlığı iddia ve kanıtlanmamıştır. Davanın dayanağı olan önceki boşanma davasında her iki tarafın davası da mevcut olup; her ikisi de reddedilmiştir. Bu nedenle boşanma sebebi yaratma bakımından da taraflardan sadece birine kusur yüklenemez. O halde, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesine dayalı bu davada, taraflara bir kusur yükleme imkanı yoktur ve boşanmaya yasal koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle karar ve-

rılmıştır. Boşanmanın eki olan maddi ve manevi tazminatlar ise kusurlu olan taraftan istenebilir (TMK md.174/1-2) Yukarıda açıklandığı gibi, bu davada davacı kocaya yüklenebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, Türk Medeni Kanununun 174/1-2.maddesindeki koşulları oluşmadığı halde, davalı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen sebeple davalı kadın yararına hükmedilen maddi ve manevi tazminatlara yönelik olarak **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 1.bentte açıklanan sebeple **ONANMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcını yatıran E.ye geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 26.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YOKSULLUK NAFKASI

ÖZET: Davacı kadının boşanma sonucunda yoksulluğa düşeceği sabit olduğuna göre, uygun bir miktarda yoksulluk nafkasına hükmedilmelidir.*

Y.2.HD. E.2012/13022 K.2012/17399 T.25.06.2012

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Boşanma ve ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK md.186/1) geçimine (TMK md.185/3), malların yönetimine (TMK md.223,242,244, 262,264,267,215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK md. 185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (resen) almak zorundadır. (TMK md. 169)

O halde; Türk Medeni Kanunu'nun 185/3.ve 186/3.maddeleri uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere kadın yararına uygun miktarda tedbir nafkasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

* (www.kazancihukuk.com) Kazancı Hukuk Sitesinden alınmıştır.

3-Toplanan delillerden; davacı kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği sabit olmuş ve Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davacı kadının annesinin bakımı için devletçe verilen para, annesinin geçimi için verilmekte olup, davacının bir geliri bulunmamaktadır. Davacı kadın için uygun miktar yoksulluk nafakası takdiri gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2 ve 3.bentlerde gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BOŞANMADA EŞİT KUSUR

ÖZET: Kocasına karşı güven sarsıcı davranışa giren kadın, şiddet görse bile manevi tazminat alamaz.

Y.2.HD. E.2011/11796 K: 2012/21568 T: 18.09.2012

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davacı koca tarafından, kusur belirlenmesi, ziynet eşyaları, manevi tazminat, nafakalar ve velayet yönünden temyiz edilerek, temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle, duruşma için belirlenen 18.09.2012 günü temyiz eden davacı ile vekili gelmediler. Karşı taraf davalı vekili geldi. Gelenin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yer-sizdir.

2-Mahkemece davacı koca tam kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan soruşturma ve toplanan delillere göre davacı kocanın eşine fiziksel şiddet uygulamasına karşı davalı kadının da güven

sarsıcı davranışlar içerisinde girdiği, boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle iken davacı koca tam kusurlu kabul edilerek, kadın yararına manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen sebeple kusur belirlenmesi ve manevi tazminat yönünden **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin ise yukarıda 1.bentte gösterilen **ONANMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 18.09.2012

BOŞANMA DAVASI



EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

ÖZET: Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2 maddesi uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığına sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saik açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

Y.2HD. E.2011/19511, K.2012/28336 T.27.11.2012

Taraflar arasındaki “boşanma” ve “nafaka” davalarının birleştirilerek yapılan muhakamesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 27.11.2012 günü duruşmalı temyiz eden davalı HK ile birleştirilen da-

vanın davacısı GK vekili ve karşı davacı ve birleşen dosya davalısı R.K. vekili geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre birleşen davanın davacısı GK'nin temyiz itirazları ile davalı HK'nin aşağıdaki bent kapsamı dışındaki temyiz itirazları yersizdir.

2-Tanıkların taraflardan ve üçüncü kişilerden aktardıkları olaylar sabit kabul edilemez ve bu ifadelere dayanarak boşanma kararı verilemez.

Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2 maddesi uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saik açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen sebeple kocanın davası yönünden **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, duruşma için takdir olunan 900.00 TL.vekalet ücretinin R'den alınıp H'ye verilmesine, aşağıda yazılı harcın G'ye yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna ve 900.00 TL. temyiz başvuru harcının yatıran Hacere geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. (27.11.2012)

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

EVLİLİK DIŞI ÇOCUK • NAFKA

ÖZET: Evlilik dışında doğan çocuk için babanın nafakayla yükümlü tutulması için, çocukla babası arasında soybağı kurulması zorunludur.

Soybağı ise; tanıma, ana ile evlilik ve hakim kararıyla kurulur.

Y.3. HD. E.2011/17467 K.2012/690 T.16.01.2012

Davada, davalı ile boşanma sırasında 1999 yılında bağlanan 15.00 TL. yoksulluk nafakasının 200.00 TL.' ye ve 5.00 TL. iştirak nafakasının ise 150.00 TL' ye yükseltilmesi ile davalı ile tekrar bir arada yaşadıkları dönemde 2004 yılında D.I. için ise 150.00 TL. iştirak nafakasının tahsili istenilmiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile yoksulluk nafakası 150.00 TL. ve iştirak nafakaları S. için 100.00 TL. ve I. için 80.00 TL. olarak belirlenmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı ile davalı 1999 yılında boşanmışlar, küçük İrmak, boşanmadan çok sonra 29.07.2004 tarihinde dünyaya gelmiştir. Bu durumda çocuk evlilik haricinde doğmuştur. Evlilik haricinde doğan çocuk için babanın nafakayla yükümlü tutulabilmesi için, çocukla babası arasında soybağının kurulmuş olması zorunludur. Baba ile soybağı ise, tanıma, ana ile evlilik ve hakim hükmüyle kurulur (TMK.md. 282/2) Dosyaya alınan nüfus kaydında, küçük İrmak 'ın annesinin hanesinde "evlilik dışı doğum" a istinaden kayıtlı olduğu, davacının halen boşanmış dul olarak kayıtlı olduğu, davalı ile bu çocuk arasında, kanunda gösterilen usullerden biriyle bir soybağı tesis edilmediği görülmektedir. Bu durumda, soybağının hüküm ve sonucu olan bakım yükümlülüğü davalı için gerçekleşmemiştir. Öyleyse bu çocukla ilgili ananın nafaka isteğinin reddi gerekirken, bu husus dikkate alınmadan hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.

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, 16.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SULH İLE SONUÇLANAN İŞLER • AVUKATLIK ÜCRETİ

TARAFLARIN SORUMLULUĞU

ÖZET: Sulh veya anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde, gerek avukatın müvekkili ve gerekse karşı taraf avukatın hak kazanacağı ücretlerden müteselsil olarak sorumludurlar.

Y.3.HD. E.2012/1999 K.2012/6771 T.14.03.2012

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacılar, avukat olduklarını, davalı K.S.'nin vekili olarak diğer davalılar hakkında icra takibi başlattıklarını ve hacizler yaptıklarını, davalı K.S.'nin diğer davalılar ile anlaşarak icra takiplerindeki alacaklarından feragat ettiğini, vekalet ücretlerinin ödenmediğini, Avukatlık Kanununun 165.maddesi gereğince avukatlık ücretlerinden davalıların müteselsil sorumlu bulduklarını ileri sürerek davalılar hakkında başlattıkları takibe davalıların haksız itiraz ettiklerini belirterek itirazın iptali, takibin devamı ve %40 icra inkar tazminatı isteminde bulunmuşlardır.

Davalı K. Ltd. Şti. cevap dilekçesinde borcu ödeyerek icra takibine konu çeki geri aldığını, alacaklılara ve vekillerine borcu kalmadığını ileri sürerek davanın reddi ile %40 kötü niyet tazminatı isteminde bulunmuştur.

Diğer davalılar davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davacıların vekalet ücreti alacaklarının müvekkillerinden isteyebilecekleri, borçlulardan isteyemeyeceklerinden davalılardan K. Orman Ltd. Şti. ile T.T. hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine, davalı K.S. hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesine göre "İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar." Hükmü yer almaktadır.

Davalı alacaklı K.S. vekilleri olan davacıların 15.000.00 TL. bedelli çek nedeniyle davalı borçlular K. Orman Ürünleri Ltd. Şti. ile T.T hakkında Ümraniye 3. İcra Müdürlüğünün 2008/14558 Sayılı kambiyo takibi yaptıkları, ödeme emirlerinin tebliğ edilerek kesinleştiği, borcun tahsili için haciz işlemlerine girildiği, davalı alacaklı K.S.'nin 06.04.2009 tarihli dilekçeyle icra takibinden vazgeçtiğinden hacizlerin kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Şu durumda davalıların sulh olmaları ile alacaklı Kerametdin Sayhan diğer davalı borçlular hakkındaki icra takibinden vazgeçmiş ve davacı avukatların vekalet ücretleri ödenmemiştir. Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi hükmüne göre sulh ile sonuçlanan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda avukata karşı müteselsilen sorumludurlar. Mahkemece davalı borçlularında davacıların müvekkili olan davalı alacaklı K.S. ile birlikte vekalet ücreti nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirken davalı borçlular ile aralarında vekalet ilişkisi bulunmadığından haklarındaki davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması 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, 14.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

AYRIMCILIK • KİŞİLİK HAKLARI

İNTERNET SİTESİ YAYINI

ÖZET: Herkesin düşünce ve din özgürlüğü vardır.

Hiç kimse, din ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir kimse tarafından ayrımcılığa tabi tutulamaz, aşağılanamaz ve hedef gösterilemez.

Bu ilkelere aykırı olarak bir kişi hakkında internet sitesinde yayım yapılması kişilik haklarına saldırı oluşturur.

Y.4.HD. E.2010/12084 K.2012/1064 T.30.01.2012

Davacı, davalıların www.h....com, www.c.....org, www.c.....net ve www.o.org isimli sitelerde fotoğraflarının da kullanılmak sureti ile kişilik haklarına saldırıldığını, hakaret ve iftiralarda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece, davalı H...B.... yönünden istem kısmen kabul edilmiş, diğer davalı O...B... yönünden reddedilmiş; karar, davacı ve davalı H...B... tarafından temyiz olunmuştur.

1-Davalı H...B....nın temyizi yönünden; ilam, temyiz eden tarafa 17.09.2010 gününde tebliğ edilmiş, temyiz dilekçesi ise 26.10.2010 tarihinde verilmiştir. HUMK'un 432/1.maddesi uyarınca temyiz süresi onbeş gündür. Kararın tebliğ tarihi ile temyiz edildiği gün gözetildiğinde onbeş günlük yasal süresinin geçtiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalı H...B...nın temyiz dilekçesinin **REDDİNE**

2-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçelendirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacı T...ın davalılardan H..B.. ye yönelik yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddine

3-Davacının davalı O..B... ye yönelik temyizine gelince;

Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bir kimşenin din ya da inançlarını açığa vurma veya vurmama özgürlüğü de bu

kapsamda değerlendirilmektedir. Hiç kimse, din ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir kimse tarafından ayrımcılığa tabi tutulamaz, aşağılanamaz ve hedef gösterilemez. İnsanlar arasında din ya da inançları gerekçeleriyle ayırım gözeterek onları aşağılamak veya hedef göstermek insan onuruna saygısızlık olduğu gibi kişilik haklarına da saldırı oluşturmaktadır. Kişilerin benimsediği din veya inancı nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğrayıp uğramadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Davaya konu olayda; davalıya ait www.o.....com isimli sitede Sebataycılık tanımlanmış ve bu kişilerin Yahudiler tarafından resmi olarak bu dine kabul edilmedikleri, Müslümanlar tarafından da kafir addedildikleri belirtildikten sonra www.o.....org sitesinde E...A... tarafından Adalet Bakanlığı ve Devlet Bakanlığına gönderilen dilekçelerden söz edilirken gerekmediği halde “s....T....A....in kızı” ifadesi kullanılarak davacı yayın konusu ile ilgisiz bir biçimde eleştirilmiştir. Davalının bu sözleri davacıyı hedef gösterme, aşağılama ve ayrımcılık amaçlıdır. Bu bölümde yazılan ifadeler bu yönüyle hukuka aykırı olup davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmaktadır.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, kişilik haklarına saldırıdan dolayı davacı yararına uygun bir manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda 1 nolu bentte gösterilen nedenlerle davalı H...B...nın temyiz dilekçesinin reddine, 2 nolu bentte gösterilen nedenlerle davacı T...H...ya yönelik temyiz takibinin reddine, 3 nolu bentte gösterilen nedenlerle davacının davalı O...a yönelik temyiz takibinin kabulüyle kararın **BOZULMASINA**, ve temyiz edene taraflardan peşin alınan harçların istek halinde geri verilmesine 30.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVADA TARAF SIFATI • TÜZELKİŞİLİK

ÖZET: “Y.K.” dersanesi ibaresi bir özel hukuk tüzel kişisi unvanı niteliğinde olmadığından “Y.K.”dersanesi taraf kabul edilerek hüküm kurulamaz.

Y.4.HD. E.2012/909 K.2012/1030 T.30.01.2012

Davacı M...Ç... vekili Avukat F...K... tarafından, davalı Y...K... dersanesi alayhine 08.12.2009 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 12.05.2011 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Taraf ehliyeti, dava koşulu niteliğinde olup, mahkemece re’sen göz önünde bulundurulmalıdır. Dava dilekçesinde, “Y...K... Dersanesi” davalı olarak gösterilmiş ve aleyhine hüküm kurulmuştur. Dosya kapsamından , bu davalının özel hukuk tüzel kişisi veya bir firma ünvanı niteliğinde olup olmadığı anlaşılammaktadır. Bu yönün araştırılması, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanması ve uyuşmazlığın özümlemesi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA;** bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 30.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YANGINA SEBEBİYET • MANEVİ TAZMİNAT



ISLAHA KARŞI ZAMANAŞIMI DEFİ

ÖZET: Davalının kusurlu eylemi çıkan yangının bulunduğu binada oturan ve ailesiyle birlikte korku ve ölüm tehlikesi yaşayan davacı lehine manevi tazminata hükmedilmelidir.

Dava dilekçesine karşı ileri sürülen zamanaşımı defii islah dilekçesine karşı ileri sürülemez. *

Y.4.HD. E.2010/13695 K.2012/1744 T.09.02.2012

Dava, yangın nedeni ile uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, maddi tazminat isteminin bir bölümü kabul edilmiş; koşulları oluşmadığından manevi tazminat istemleri reddedilmiş; karar, davacılar ile davalılardan R.tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılar, davalılardan R.na ait binanın farklı dairelerinde kiracı olarak ikamet ettiklerini, aynı binanın bodrum katının diğer davalı S.yekiralanmış bulunduğunu, tapu kaydı ve yapı kullanma izin belgesinde sığınak olarak gözüken bodrum katın kiralanması ve kiracı tarafından yanıcı-patlayıcı malzemelerin depo edilmiş bulunması nedeni ile olay günü gece yarısından sonra meydana gelen yangından apartmanın kendilerine ait ev eşyaları ile birlikte yandığını, ailece ölüm tehlikesi yaşadıklarını bildirerek uğradıkları maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemişlerdir.

Davalı R.,yangının kundaklama sonucu meydana geldiğini, olay ile ilgili soruşturmanın devam ettiğini belirterek, kendisinin kusuru bulunmadığından davanın reddini savunmuştur.

Dosya arasında bulunan yangın raporuna göre, olay günü saat 04.20 sularında bodrum katta meydana gelen yangın nedeni ile bodrum katta bulunan eşyalar ile birlikte binada bulunan 4 daireye ait tüm ev eşyalarının duman ve isten komple zarar gördüğü anlaşılmaktadır. Şu durumda davacıların eş ve çocukları ile birlikte evlerinde gece yarısından sonra meydana gelen yangından dolayı büyük bir korku ve panik yaşamaları kaçınılmaz olup, üzerlerindeki giysileri dışında tüm ev eşyalarının zarar gör-

* Gönderen: Doç.Dr. Mustafa Serdar Özbek

mesinden dolayı da huzur ve sükunların bozulacağı, sinir sistemlerinin sarsılacağı kabul edilerek davacıların kişilik değerlerinin haksız biçimde ihlal olunduğunun kabulü ile davacılar yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle manevi tazminat istemlerinin tümünden reddedilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

Davacılar, dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ev eşyalarının yanarak kullanılamaz hale gelmesinden dolayı maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini istemişlerdir. Yargılamanın devamı sırasında düzenlenen bilirkişi raporunda zararın daha fazla olduğunun belirlenmesi üzerine davacılar 06.05.2010 günlü ıslah dilekçeleri ile dava dilekçesindeki talep sonucunu artırarak bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarına göre bakiye zararlarını istemişlerdir. Davacıların ıslah dilekçesiyle ileri sürdükleri istem, yeni bir dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesindeki istek sonucunun arttırılması biçimindedir. Bu nedenle sadece dava dilekçesine karşı ileri sürülebilecek olan zamanaşımı defii ıslaha karşı ileri sürülemez. Islah, 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. Ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup anılan kanununun 177/1 maddesinde ıslahın, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Şu durumda, ıslaha karşı zamanaşımı definde bulunulamaz. Açıklanan yasal düzenleme karşısında; yerel mahkemece, ıslah ile arttırılan bölümün zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda 2/a-b sayılı bentte gösterilen nedenlerle davacılar yararına **BOZULMASINA**, davalının tüm, davacıların öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve temyiz eden davacıardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09.02.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, yangın nedeni ile uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, maddi tazminat isteminin bir bölümü kabul edilmiş; koşulları oluşmadığından manevi tazminat istemleri reddedilmiş; karar, davacılar ile davalılardan R. tarafından temyiz olunmuştur.

Islah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından olup, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemi tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmaktadır. Islah ile taraflar dava sebebini, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilirler. Usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması şartı ile davanın tamamen veya kısmen ıslahı mümkündür.

Dava sebebinin veya dava konusunun değiştirilmesi tamamen ıslah halleridir. (Baki Kuru 4.cilt s.3990) Davanın kısmen ıslahında ise, dava dilekçesinden sonraki bir usul işleminin ıslahı söz konusudur. Gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamalarında kabul edildiği üzere müddeabihî (dava değerini) arttırma halinde kısmi ıslah söz konusu olup kısmi ıslahta, tamamen ıslahın aksine ıslah tarihine kadar yapılan bütün usul işlemleri yapılmamış sayılmaz. Kısmi ıslah yapıldığı tarihten ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

Zamanaşımı ise borcu ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, doğmuş ve var olan bir hakkın istenebilirliğini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu nedenle zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. BK. 133 madde zamanaşımını kesen sebepler sayılmış olup bunlardan biri de dava açılmasıdır. Davanın tamamen ıslahında dava baştan beri (dava dilekçesinden itibaren) ıslah edildiği için ıslah edilen kısım içinde davanın açıldığı tarihte zamanaşımı kesilmiş olur.

Kısmi davada ise zamanaşımı yalnızca dava edilen kısım kesilir. Henüz açılmayan (saklı tutulan) ve daha sonra ıslahla arttırılan bölüm için zamanaşımı işlemeye devam eder.

Nitekim 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK107.maddesinde düzenleme altına alınan belirsiz alacak davası ve tesbit davasında davacının iddianın genişletilmesi yasağı olmadan ve karşı tarafın rızasına ve ıslaha da gerek kalmaksızın talep sonucunun arttırılabileceği kabul edilmiş, maddenin gerekçesinde de bu dava ile ilk dava tarihinde zamanaşımının kesileceği belirtilmiştir.

Aynı Yasanın 109.maddesindeki kısmi davada ise zamanaşımının kesileceği yolunda bir açıklama yoktur.

6100 Sayılı Kanununun hazırlanması sırasında görev alan Prof. Hakan Pekcanitez, Prof. Oğuz Atalay ve Prof. Muhammet Özekan tarafından yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine göre Medeni Usul Hukuku Kitabının 321.sayfasında "Belirsiz alacak davası açılabilmesi mümkün olduğu hallerde kısmi dava açmak davacı açısından üç nedenle daha elverişli olmayacaktır. Birincisi kısmi dava açan davacının alacağının geri kalan kısmı için zamanaşımı süresi kesilmemiş olacaktır. Buna karşılık belirsiz alacak davasında zamanaşımı, dava sonunda alacağın tümü için dava tarihinde kesilmiş sayılacaktır. İkinci olarak kısmi dava açan davacı dava sırasında alacağın geri kalan kısmını talep etmek isterse, bunu ancak ıslah ya da karşı tarafın açık rızası ile yapabilecektir..." şeklindeki açıklamaları ile gerek Dairemizin, gerekse HGK.nun önceki içtihatları gibi yeni HMK'da da kısmi dava açılması halinde sadece dava edilen bölüm için zamanaşımının kesileceği yolundaki istikrarlı uygulamanın devam ettirildiği anlaşılmaktadır.

Davaya konu haksız eylem (yangın) 14.02.2008 tarihinde meydana gelmiş, davacılar zarar miktarını tespit dosyası içinde bulunan 07.03.2008 havale tarihli bilirkişi raporu ile öğrenmişler, ancak dava dilekçelerinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak her bir davacı için 5.000'er TL.maddi tazminat istemişler, 06.05.2010 günlü ıslah dilekçeleri ile de dava ettikleri miktarları arttırmışlardır. Bu ıslah dilekçesine karşı davalılardan R. Vekili tarafından süresinde zamanaşımı defii ileri sürülmüş ancak diğer davalı S.nın ise zamanaşımı defii bulunmamaktadır. Şu durumda mahkemece davalılardan R.hakkında verilen kararın onanması, davalı S.hakkındaki kararın ise zamanaşımı definde bulunmadığı gerekçesiyle bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan bozma kararının 2/b bendindeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.09.02.2012

Başkan Ş.Ö.

ISLAHLA TALEBİN ARTTIRILMASI

•

ZAMANAŞIMI DEFI

ÖZET: Davadaki talep miktarının ıslah dilekçesiyle artırılması yeni bir dava niteliğinde olmadığından, dava dilekçesine karşı ileri sürülmüş zamanaşımı defi ıslah dilekçesine karşı ileri sürülemez.*

Y.4.HD. E.2011/11327 K.2012/2564 T.21.02.2012

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetlilik görülmemesine göre davacıardan G...nın tüm, davacıardan H.ile davalının ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacı H...nin diğer temyiz itirazlarına gelince; dava haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacılar ve davalı tarafından temyiz olunmuştur.

a- Dava dilekçesinde, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak istemde bulunulmuş; bilirkişi raporundan sonra ise, ıslah dilekçesi verilmek suretiyle talep sonucu artırılmıştır. 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. İslah 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. Ve devamı maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Anılan Kanunun 177/1.maddesinde 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-Dava, haksız el koymadan kaynaklanmakta olup; hukuka aykırılık da el koyma tarihinde gerçekleşmiştir. Şu durumda, talep de gözetilerek

* Yayın Kurulu Notu: Bir "defi" olan zamanaşımı; bu Yargıtay kararında "itiraz" olarak yazılmıştır.

el koyma tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir. Mahkemece, dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

3-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; mahkemece maddi tazminatın belirlenmesinde hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplama yöntemi uygun bulunmamıştır. M...Ticaret Odasının yazısına göre, el konulan aracın kullanılması halinde aylık 1.200.00 TL.net kazanç sağlanılabileceği belirtildiğine göre; el koyma ve iade tarihleri arasındaki zarar miktarının aylık kazanç üzerinden hesaplanması gerekir. Karar, bu bakımdan da yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda (2/a-B. sayılı bentlerde gösterilen nedenlerle davacılarından H. yararına (3) sayılı bentte gösterilen nedenle de davalı yararına **BOZULMASINA**; davacılarından G.nin tüm, diğer davacı H. İle davalının öteki temyiz itirazlarının ise (1) sayılı bentte açıklanan nedenlerle reddine ve davacı H.den peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 21.02.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

TAŞINMAZ BEDELİ TAHSİLİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Dava konusu taşınmazın, Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm Bölgesi'nde yeşil alan olarak ayrılmış olduğu gözetilerek, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu'nun 5.maddesindeki "yeşil alan sayılan yerlerde mahalli mahsullerin yetiştirilmesine devam edilir" hükmü uyarınca, davalı idarelerce fiilen el atılmayın taşınmazın bedeli talep edilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi sonucu itibariyle doğrudur.*

Y.5.HD. E:2012/150172 K:2012/22731 T:15.11.2012

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, idari yargı görevli olduğundan bahisle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş; hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yapılan incelemede, taşınmazın 22.07.1983 tarihli Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm uygulaması imar planında yeşil alan olarak belirlendiği ve davalı idarece el atılmadığı tespit edilmiştir.

Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 gün ve 2010/5-662/651 Sayılı kararı uyarınca, imar planında park ve yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılmış bulunan yerlere el atılmamış olsa dahi bedeline hükmedileceği ve taşınmazın aynına ilişkin bu davanın görülme yeri 16.05.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca adli yargının görevi içerisinde ise de;

Dava konusu taşınmazın, Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm Bölgesinde yeşil alan olarak ayrılmış olduğu gözetilerek, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanununun 5.maddesindeki "yeşil alan sayılan yerlerde mahalli mahsullerin yetiştirilmesine devam edilir" hükmü uyarınca, davalı idarelerce fiilen el atılmayın taşınmazın bedeli talep edilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi sonucu itibariyle doğrudur.

Davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından hükmün **ONANMASINA**, peşin alınan temyiz ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 15.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

*Gönderen: Av. Mehmet Bayraktar

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ • KEFİLİN SORUMLULUĞU • UZAYAN KİRA SÜRESİ

ÖZET: Kural olarak kira sözleşmesinde kefilin sorumluluğu kira süresiyle sınırlıdır.

Kira süresinin uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için, özellikle kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekir.

Y.6. HD. E.2012/1448 K.2012/4813 T.26.03.2012

Dava, kira alacağının tahsili ve tahliye istemi ile yapılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve tahliye istemine ilişkindir.

Davacı, 13.03.2009 tarihli bir yıl süreli kira akdine istinaden 13.03.2010 tarihinde başlayan ve yıllık peşin ödenmesi gereken yenilenen dönem kirasının ödenmemesi nedeni ile kira alacağının tahsilini kiracı ve kefiliden icra yolu ile talep etmiş, davalılardan itirazı nedeni ile mahkemece her iki borçlu yönünden itirazın kaldırılmasına karar verilmiş, karar davalı K...T...tarafından, kendisinin sözleşmede kefil olduğundan ve kira sözleşmesinin uzadığı dönemde sorumluluğunun bulunmadığından bahisle temyiz edilmiştir.

Kira sözleşmelerinde, kefilin sorumluluğu, kural olarak kira süresi ile sınırlıdır. Kira süresinin 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 11.maddesi gereğince uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için, öncelikle kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında, kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağının açıkça gösterilmiş olması da şarttır. Başka bir ifade ile ne kadar uzayacağı belirsiz bir kira süresine ilişkin olan ve kefilin sınırsız bir sorumluluk altına sokan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Hakim, bu yönleri resen dikkate almakla yükümlüdür.

Olayımıza gelince; takibe konu kira akdi 13.03.2009 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli olup, temyiz eden davalı kira sözleşmesini müteselsil kefil

olarak imzalamıştır. Kira sözleşmesinin hususi şartlar 16. maddesinde “kefilin kefaleti kiracı kiralananda kaldığı sürece devam eder” düzenlenmesi kabul edilmiş ayrıca kira sözleşmesinin 6. maddesinde uzayan dönemlerde kira parasının % 10 arttırılacağı kararlaştırılmıştır. Taraflarca kira parasının artış miktarı sözleşmede belirlenmiş ise de, kefilin azami sorumlu olacağı süre belirlenmemiştir. Bu nedenle kefilin uzayan dönemde de kefaletinin devam edeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersiz olup, kefilin sorumluluğu, sözleşmede belirlenen bir yıl kira süresi ile sınırlıdır. Takibe konu kira borcu uzayan döneme ilişkin olduğundan, davalı K...T...hakkındaki itirazın kaldırılması talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı K...T..ın temyiz itirazlarının kabulüyle davalı yönünden, kararın **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 26.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KESİNLEŞMİŞ TAKİP • İTİRAZIN İPTALİ • HUKUKİ YARAR

ÖZET: Kesinleşmiş bir takip için itirazın kaldırılmasına karar verilemez.

Y.6.HD. E.2012/1698 K.2012/4976 T.29.03.2012

İcra Mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar, davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşüldü.

Davacı alacaklı tarafından davalı borçlu aleyhine başlatılan icra takibine vaki borçlunun itirazı üzerine davacı İcra Mahkemesinden itirazın kaldırılması isteminde bulunmuş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalı borçlu tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı borçluya ödeme emri 15.04.2011 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı yedi günlük yasal itiraz süresinden sonra 25.04.2011 tarihinde icra müdürlüğüne itirazda bulunmuş ise de, davalı borçlu tarafından itiraz

yasal sürede yapılmadığından takip kesinleşmiştir. Bu durumda davacının itirazın kaldırılmasını istemesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Davacı dava dilekçesinde münhasıran itirazın kaldırılmasını istemiş olmakla ve açıklandığı üzere takipte yasal sürede itiraz edilmeyerek icra takibi kesinleşmiş olduğundan, davacının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı bulunmadığından, istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü ile itirazı kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 29.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

•

İCRA TAKİBİ

ÖZET: Alacaklının icra takibine başlaması zamanaşımını keser.

Ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmemiş olması bu sonucu değiştirmez.*

Y.6.HD. E.2012/4241 K.2012/6067 T.17.04.2012

Uyuşmazlık, kira parasının tahsili amacıyla yapılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece alacağın zamanaşımına uğraması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi üzerine, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İcra takibinde ve davada dayanılan, hükme esas alınan 02.01.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmede kira paralarının her ay peşin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu şart geçerli olup tarafları bağlar. Davacı anılan kira sözleşmesine dayanarak davalı hakkında 09.04.2010 tarihinde Ocak 2003-Ocak 2005 arası kira parasının tahsili için Kocaeli

* Yeni Borçlar Kanununun 154. maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

Dördüncü İcra Müdürlüğü'nün 2010/5886 Sayılı dosyası ile icra takibi yapmış, takibe yasal süresi içinde itiraz eden davalı, kiralananı on iki ay süre ile işletmesine rağmen kendisinden yirmialtı aylık kira parasının yasal süresi içinde itiraz eden davalı, kiralananı oniki ay süre ile işletmesine rağmen kendisinden yirmialtı aylık kira parasının istendiğini, borca bu nedenle itiraz ettiğini belirtmiştir. İtiraz üzerine açılan işbu itirazın iptali davasında da yasal süresi içinde zamanaşımı definde bulunmuştur. Mahkemece, takip konusu yapılan Ocak 2005 kirasının muaccel olduğu tarihten takip tarihine kadar beş yılı aşkın süre geçmesi nedeniyle Borçlar Kanununun 126/1.maddesi hükmü gereğince zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ise de, davacı tarafından davada dayanılan icra takibinden önce 06.07.2007 tarihinde Kocaeli Birinci İcra Müdürlüğü'nün 2007/4803 Sayılı dosyası ile yine aynı alacak nedeniyle davalı hakkında icra takibi yapılmıştır. Borçlar Kanunu'nun 133/2.maddesi hükmü gereğince alacaklının borçlu aleyhine icra takibine başlaması işleyen zamanaşımını kesen bir nedendir. Her ne kadar anılan icra takibinde ödeme emri davalıya tebliğ edilememiş ise de, yasada düzenlenen icra takibi İcra ve İflas Kanunu'nun 58.maddesi uyarınca icra memuruna yazılı ya da sözlü yapılacak takip isteğidir. Alacaklının takip talebi ile icra memuruna başvurması, zamanaşımının kesilmesi için yeterlidir. Bu bakımdan ödeme emrinin borçluya tebliğ edilememesi ya da hacze başlanmaması zamanaşımının kesilmesine engel değildir. Zamanaşımının kesilmesi halinde daha önce işleyen zamanaşımı süresi silinmiş ve yeni bir zamanaşımı süresi başlamış olur. Bu durumda davacının daha önce yapmış olduğu icra takibi nedeniyle zamanaşımı süresi kesilmiş ve son davaya ilişkin takip tarihi itibarıyla yeniden başlayan zamanaşımı süresi henüz dolmamış olduğundan mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

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, 17.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

EVLENMENİN İPTALİ • MİRASÇILARIN HAKLARI • İPTALİN SONUÇLARI

ÖZET: Evlenmenin butlanını talep etme mirasçılara geçmez. Ancak mirasçılar açılmış davayı takip edebilirler.

Dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş yasal mirasçı olamayacağı gibi daha önce kendisine ölüme bağlı işlemlerle verilmiş hakları da kaybeder.

Y.7.HD. E.2011/4602 K.2011/6916 T.17.11.2011

Dava, mirasçılık belgesinin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, miras bırakan ile evli iken miras bırakanın öldüğünü ve TMK'nın 156. maddesine göre, batıl bir evliliğin ancak hakimin kararıyla sona ereceğini, mutlak butlan halinde bile evlenme, hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağını, buna rağmen davalılar tarafından alınan mirasçılık belgesinde kendisine pay verilmediğini ileri sürerek önceki günlük mirasçılık belgesinin iptali ile bütün mirasçıları gösterir yeni mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir.

Davalılar, miras bırakanın evlilik anında yaşlı ve akıl hastası bir kişi olduğunu, davacının bu durumdan yararlanmak amacıyla evlendiğini, evliliğin iptali davası açtıklarını, Aile Mahkemesince evliliğin iptaline karar verildiğini belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, miras bırakanın evli iken vefat ettiğini, TMK'nın 156. maddesi uyarınca, davalının mirasçılık sıfatının devam ettiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dava dosyası ve eklerinin incelenmesinde; miras bırakan 1920 doğumlu İsmail in 21.09.2006 tarihinde davacı P. ile evlendiği, 23.06.2007 tarihinde vefat ettiği, davalılar tarafından A...7. Sulh Hukuk Mahkemesi'nden 2010/2718-2010/2523 E.K. sayılı mirasçılık belgesinin alındığı bu

ilamda davacıya pay verilmediği, davalılardan A. tarafından A...11.Aile Mahkemesi'ne 31.05.2007 tarihinde açılan mutlak butlan sebebine dayalı evliliğin iptali davasının 08.05.2009 tarihinde kabul edildiği, davacı tarafından temyiz edilen bu kararın Yargıtay 2.Hukuk Dairesi tarafından 22.09.2010 tarihinde onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 159.maddesine göre; evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış bir davayı sürdürebilirler. Dava sonucunda evlenme sırasında iyi niyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder. Bu yasal düzenleme uyarınca, sağ kalan eşin, evliliğin akdi sırasında iyi niyetli olup olmadığının tespiti gerekir. Evliliğin iptaline karar veren A...11.Aile Mahkemesi miras bırakan İ.'nin evlilik sırasında 86 yaşında yaşlı, demans ve Parkinson gibi akıl hastalıklarına duçar bir kişi olduğunu, yakın komşusu olan P.'nin bunu bilerek evlendiğini ve bu evliliğin kurulmasında P.'nin iyi niyetli olmadığını kabul ederek evliliğin iptaline karar verdiği, Aile Mahkemesinin bu kararının Yargıtay denetiminden de geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu olgu gözetildiğinde evlenmenin yapıldığı sırada iyi niyetli olmayan sağ kalan eşin mirasçı olamayacağı kuşkusuzdur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2011/7-695 E.K. sayılı kararında da Dairemizin bu yöndeki görüşü benimsenmiştir.

Hal böyle olunca, açıklanan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davalıların temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgililerine iadesine, 17.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

DERDESTLİK KOŞULLARI

ÖZET: Derdestlikten söz edilebilmesi için açılan davaların; taraflarının, sebeplerinin ve konularının aynı olması gerekir.

Bir diğer deyişle aynı davanın iki ayrı dava olarak açılması halinde derdestlik vardır.

Y.8.HD. E.2010/6580 K.2011/3100 T.26.05.2011

Davacı vekili, evlilik birliği içinde vekil edeninin çalışması karşılığı geliriyle katkıda bulunularak edinilen ve davalı adına tescil edilen 392 ve 1277 parsellerin bilahare davalı tarafından satıldığını, ayrıca davalıya miras yolu ile intikal eden 2042 parsel sayılı taşınmaz üzerine inşa edilen binaya da katkıda bulunulduğunu, evlilik içinde edinilen hak ve alacakların, mevduat, menkul ve gayrimenkullerin davalı uhdesinde olduğunu açıklayarak gerek katkı payı ve gerekse katılma alacaklarının belirlenerek, fazlaya ilişkin hakları saklı tutulmak suretiyle 13.000 TL. ile miktar ve niteliği dava dilekçesinde bildirilen ziynet eşyalarının aynen, olmadığı takdirde bedeli karşılığı şimdilik 12.000 TL.nin boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren faiziyle tahsilini; ayrıca 2042 parsel üzerine inşa edilen binaya aile konutu şerhi konulmasını istemiştir.

Davalı vekili, aynı hususta açılan davanın derdest bulunduğunu, zamanlaşımı süresinin dolduğunu, nizalı taşınmazların vekil edeninin çalışması karşılığı geliriyle edinildiğini, davacının katkısı bulunmadığını açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, derdestlik itirazının kabulü ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar 23.11.1967 tarihinde evlenmiştir. Davacı taraf dava dilekçesinde, Keşan Birinci Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/250 Esas sayılı dosyasıyla yapılan yargılama üzerine boşanmaya hükmedildiğini, hükmün henüz kesinleşmediğini bildirmiştir. Davacı taraf temyiz incelemesine konu davanın açıldığı tarihten önce 12.04.2010 tarihinde, evlilik birliği içinde edinilerek davalı adına kaydedilen 195,255,256,763 parsel sayılı taşınmazlar ile 22...516,22...390 ve 22...582 plakalı araçlar için katkı payı ve katılma alacağı istekli dava açmış, Keşan Birinci Asliye (Aile. Hu-

kuk Mahkemesinin 2010/133 Esas numarasına kaydedilen söz konusu önceki dava dilekçesinde parsel numaraları tespit edilemeyen taşınmazlar ve her türlü alacağa ilişkin fazla hakların saklı tutulduğu belirtilmiştir.

Davalı taraf temyiz incelemesine konu davanın, daha önce açılan Keşan Birinci Asliye (AilE. Hukuk Mahkemesinin 2010/133 Esas sayılı dava ile derdest bulunduğunu bildirerek sürede derdestlik ilk itirazında bulunmuştur. Derdestlik itirazının söz konusu olabilmesi için aynı davanın iki defa ayrı ayrı açılmış olması gerekir. Somut olayda incelemeye konu davada daha önce açılan yukarıda esas numarası yazılı davada ileri sürülmemeyen istekler talep konusu edilmiştir. Derdest olduğu kabul edilen dava ile temyize konu davanın konusu aynı değildir. Her iki davanın tarafları ve sebebi aynı ise de, konusu (müddeabih) aynı olmadığından derdestlik itirazının kabulü ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetsiz bulunmaktadır. Mahkemece yapılacak iş; öncelikle taraflar arasında görülen boşanma davasına ilişkin dosyanın getirtilerek boşanmaya hükmedilmiş olması durumunda hükmün kesinleşip kesinleşmediğinin belirlenmesi, sonra davanın irtibat nedeniyle halen derdest bulunduğu takdirde Keşan Birinci Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/133 Esas sayılı dosyası ile birleştirilmesinin düşünülmesi, ondan sonra iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak değerlendirilmesi ve davanın esası bakımından bir karar verilmesidir. Davanın yazılı gerekçeyle reddi doğru değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile usul ve yasa hükümlerine uygun bulunmayan hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine 26.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KATKI PAYI
•
DAVA DİLEKÇESİNE YAZILAN DEĞER
•
HÜKME ESAS OLAN DEĞER

ÖZET: Evlilik birliği içinde alınarak davalının üzerine tapu tescilleri yapılan taşınmazların tamamının katkı payından doğan mal rejimi gereği paylaşılması için açılan davada; dava dilekçesinde beyan edilen değer değil yargılama esnasında tespiti yapılan tüm taşınmazları kapsayan değer esas alınarak hüküm kurulmalıdır.

Bu noktada eksik dava harcının tamamlattırılacağı da kuşkusuzdur.*

Y.8.HD. E.2012/11954 K.2012/12987 T.20.12.2012

Davacı vekili, evlilik birliği içinde alınarak davalı adına tapuya tescil edilen ve dava dilekçesinde ada ve parsel numaraları yazılı taşınmazlar üzerinde davacının katılma alacağı olduğunu açıklayarak, taşınmazların hisseli olarak, olmazsa satılarak taksim edilmesini, satılan taşınmaz bulunduğu takdirde bugünkü bedeli üzerinden davacının payının tazminat olarak davalıdan yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiş, dava dilekçesinde gösterilen 10.000 TL.üzerinden harcını yatırmıştır.

Davalı vekili, yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, bozmaya uyularak davanın kısmen kabulü ile 203.563 TL. katılma alacağının kararın kesinleşme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınmasına, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiş, Dairece; davalı vekilinin sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş, ancak dava dilekçesinde harca esas değer 10.000 TL. olduğu gösterilerek harcın bu miktar üzerinden yatırıldığı, yargılama sırasında dava konusu taşınmazların tamamının yasal mal rejimi gereği paylaşılmasını istemiş ve davacının katılma alacağı 203.563 TL.olarak tespit edilmiş ise de, davacı tarafca dava dilekçesindeki değer artırılmadığı, ıslah talebinde bulunulmadığı gibi bu değerlere göre herhangi bir harç da yatırılmadığından

* Gönderen: Av. Gürkan Başaran

taleple bağıllık ilkesi göz ardı edilerek davacının harcı yatırılan isteğinin 10.000 TL. olması sebebiyle bu miktar üzerinden kabule karar verilmesi ve davacının fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulması gerekirken yazılı şekilde talepten fazlasına karar verilmiş olmasının doğru olmadığına işaret edilerek bozma sevk edilmiş, davacı vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde ada ve parsel numaraları yazılı taşınmazlar üzerinde vekil edeninin katılma alacağı olduğunu açıklayarak, taşınmazların hisseli olarak, olmazsa satılarak taksim edilmesini, satılan taşınmaz bulunduğu takdirde bugünkü bedeli üzerinden müvekkilinin payının tazminat olarak davalıdan yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiş olup, talep mal rejiminin tasfiyesine yöneliktir. O halde; davacı vekilinin dava dilekçesinin sonuç bölümünün “e” bendi kapsamına göre katılma alacağının tamamını istemiş olduğunun kabulü gerekir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davanın 10.000 TL. değer gösterilerek açıldığı ve bu değer üzerinden hükme bağlandığı anlaşılmaktadır. Ancak, yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu uyarınca dava konusu taşınmazların dava tarihindeki değerlerinin ve dolayısıyla dava değerinin bu miktarın fazlaca üzerinde olduğu, buna rağmen mahkemece, eksik harç ikmal edilmeden neticeye gidildiği görülmektedir.

Hemen belirtmelidir ki talep, dava konusu taşınmazlar üzerindeki katılma alacağına ilişkin olup dava konusu hakkın para ile değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu açıktır. Bu tür davada, 6100 sayılı HMK’un 120.maddesi (HUMK’un 413) ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 16.maddesi uyarınca dava değeri üzerinden Harçlar Kanununun 26,27,28,30 ve 32.maddelerinin öngördüğü şekilde işlemlerin yerine getirileceği ve gerekli olan harcın alınacağı tartışmasızdır.

Öte yandan, Harçlar Kanunu harç alınmasını veya tamamlanmasını yanların isteklerine bırakmamış; değinilen yönün mahkemece kendiliğinden (resen) gözetilmesini hükme bağlamıştır. 492 sayılı Kanunun 32.maddesinde ise, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe, müteakip işlemlerin yapılamayacağı vurgulanmış, 30.madde hükmünde de; “... Muhakeme sırasında tespit olunan değerın dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa yalnız o celse için muhakemeye devam olunur; takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz” düzenlenmesine yer verilmiştir.

Hal böyle olunca, dava değeri üzerinden yukarıda değinilen ilkeler

ve düzenlemeler uyarınca harç ikmalinin sağlanması, ondan sonra işin esasına girilmesi gerekirken, belirtilen hususlar göz ardı edilerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru olmadığı gibi mahkemece re-sen yerine getirilmesi gereken bir hususun sorumluluğunun davacı tarafa yüklenilmesi de hakkaniyete uygun olmaz. Kaldı ki; hükümle birlikte keşif sırasında belirlenen değer üzerinden Harçlar Kanunu uyarınca alınması gereken harçlara hükmedilmiştir.

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına, davanın niteliği gereği usul ve yasaya uygun denetime elverişli bilirkişi raporları dikkate alındığına, toplanan deliller ve alınan beyanlar karşısında davalının gerek şirket adına alındığı, gerek alınan taşınmazlarda tamir ve tadilat yapıldığına ilişkin savunmasını ispat edemediği, dava konusu 410 ada 13 parseldeki 2 numaralı meskenin satılarak diğer dava konusu 381 ada 1 parseldeki 7 numaralı meskenin alınması karşısında her iki taşınmazın da tasfiyeye girme imkanı olmadığına, davacı tarafça yargılama sırasında dava konusu taşınmazların tamamının yasal mal rejimi gereği paylaştırılmasını istenildiğine, mahallinde yapılan keşifler sonunda belirlenen değerler ve 20.10.2011 tarihli bilirkişi raporunda tasfiyeye girmesi gereken üç taşınmazın toplamı üzerinden davacının katılma alacağı usulüne uygun olarak belirlendiğine göre mahkemece yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davacı vekilinin karar düzeltme isteği bu bakımdan yerinde bulunduğundan kabulüyle Dairenin maddi yanılığa dayalı 10.07.2012 tarihve 2012/5096-6950 esas ve karar sayılı bozma ilamının **KALDIRILMASINA**, yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 43.90 TL.ret harcının onama harcına mahsubu ile kalan 12.047.74 TL.nin temyiz eden davacıdan alınmasına 20.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME • BAKİYE SÜRE ÜCRETİ • CEZAI ŞART

ÖZET: İşyerinde belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin hizmet sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haklı neden olmadan feshedilmesi halinde işçi bakiye sözleşme süresi ücretine hak kazanacaktır.

Bu durumda sözleşmede öngörülen cezai şart koşulu da oluştuğundan, takdiri indirim yapılmak suretiyle cezai şarta hükmedilmelidir.*

Y.9.HD. E.2005/16344 K.2005/33643 T.18.10.2005

Taraflar arasında 15.02.2002 tarihinde iş sözleşmesi imzalanmış ve davacının 01.08.2002 ile 31.07.2003 tarihleri arasında lise müdürü ve rehberlik öğretmeni olarak çalışması kararlaştırılmıştır. Davalı işveren 24.09.2002 tarihli yazı ile yeterli öğrenci kaydı olmadığı için lise hazırlık sınıfı açılmadığı ve davacının hizmetine ihtiyaç kalmadığı belirtilerek iş sözleşmesi feshedilmiştir.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada bakiye süre ücreti ile iş sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen cezai şartı talep etmiş aynı zamanda çalıştığı süre için ödemelerin eksik yapıldığını ileri sürerek fark isteklerde bulunmuştur. Mahkemece isteklerin reddine karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesinin haklı olarak feshedilmediği açıktır. Başvuran öğrenci sayısının az olması iş sözleşmesinin feshi için haklı nedeni oluşturmamaktadır. Bu durumda bakiye süre ücreti yönünden Borçlar Kanununun 325.maddesi bir değerlendirme yapılarak istekle ilgili bir karar verilmelidir.

İş sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen cezai şartın koşulları da oluşmuştur. Davacının bu talebi dikkate alınarak ve Borçlar Kanununun 161/son maddesi de bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir.

Davacı işçi müdürlük tazminatının ödenmediğini ve Eylül maaşının ise eksik ödendiğini ileri sürerek bu yönde taleplerde bulunmuştur. Bi-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

lirkişi raporunda, gerekli belgelerin getirilmesi halinde hesaplama yapılabileceğini bildirilmiştir. Mahkemece davacının bu yöndeki talebinin de 31.07.2003 tarihine kadar çalıştığı ve bu ay ücretlerini aldığı şeklinde somut olaya uymayan bir gerekçeyle reddi hatalı olmuştur. Gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak bir karar verilmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davacı yararına takdir edilen 400.YTL.duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: İşi kendisi bırakan işçiye ihbar tazminatı takdir edilemez.

Y.9.HD. E.2010/26015 K.2012/34901 T.17.10.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini ileri sürerek kıdem, ihbar tazminatları ile izin, fazla çalışma ücreti alacaklarını istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davalılardan LM Kozmetik San. Tic. Ltd. Şti. temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

1- Karar içeriğinde birleşen dosya davalısının dahili davalı olarak yazılması mahallinde düzeltilebilecek hata niteliğinde olduğundan bozma nedeni yapılmamıştır.

2-Yerel mahkeme karar gerekçesinde davacının işi kendisinin bıraktığına işaret ettikten sonra ihbar tazminatının davalıdan tahsiline karar vermiştir. Haklı dahi olsa iş akdini fesheden davacının ihbar tazminatına hak kazanamayacağıın gözetilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F. Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ • HAKLI FESİH • GEÇERLİ FESİH

ÖZET: İş Kanunu'nun 25/II anlamında işveren yönünden "haklı fesih" oluşturacak sözleri işçi, işveren veya işveren vekilinin tahrikleri sonucunda söylemiş ise, haklı feshin değil "geçerli feshin" şartlarının doğduğu kabul edilmelidir.

İşyeri aracının önüne geçerek bir süre durduran işçinin hizmet sözleşmesinin feshinin "geçerli fesih" olduğundan söz edilemez.

Y.9.HD.E.2007/38663 K.2008/13505 T.02.06.2008

İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi verilmiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği işi sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil, onun sözleşmesel yüküm-

lülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25.maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II.bendinin (D. fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, anayasanın 25 ve 26.maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarfettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II-d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.

İş Kanunu'nun 25. maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözler, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğundan geçerli fesihten bahsedilemez.

Dosya içeriğine göre, davacı işçi, işyerine ait kapsam dışı personeli taşıyan servis aracının önüne geçerek bir süre durdurmuş, araç içindeki personelin aşağıya inmesi ve yetkilinin araya girmesi ile davranışına son vermiştir. Davacının bu eylemi iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmenin ih-

lali niteliğinde, işyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkileyici nitelikte kabulü ölçülülük ilkesine aykırı kabulü gerekir. İşverence yapılan fesih geçerli nedene dayanmadığından davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

3-Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE,**

4-Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE,**

5-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-Davacının yapmış olduğu, 50.00 YTL.yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500 YTL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak oybirliği ile karar verildi. (02.06.2008)

İŞÇİYE YAPILAN FAZLA ÖDEME



SEBESİZ ZENGİNLEŞME • İYİ NİYET

ÖZET: Yasa'ya dayanılarak işçiye yapılan bir ödemenin fazla olduğunun anlaşılması halinde bu fazlalık işçiden geri istenemez.

Hatalı olarak fazla ödemeyi yapan kurum zararına katlanmak zorundadır.*

Y.9.HD.E.2009/33526 K.2009/28432 T.23.10.2009

Davacı İş Kurumu'nca davacı işçiye 4046 sayılı Yasa'nın 21.maddesinin 4.fıkrası uyarınca iş kaybı tazminatı 506 Sayılı Yasa'nın 77. Ve 78. Maddeleri uyarınca yapılan ödemelerin hak edilenden fazla oluşu nedeniyle icra takibinde bulduklarını, yapılan itiraz üzerine itirazın iptali ve %40 tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına mahkum edilmesi isteminde bulunulmuştur.

Davalı işçi yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenemeyeceğinden söz ederek davanın reddi savunusunda bulunmuştur.

Mahkemece dava reddolunmuş, karar davacı Kurum tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık kuramsal açıdan sebepsiz zenginleşme ve iyiniyetli sebepsiz zenginleşmenin iade borcunun sınırlanması noktasında toplanmaktadır.

Sebepsiz zenginleşme, Roma Hukukundan günümüze gelen bağımsız borç kaynağıdır. Türk Hukukunda yasal dayanağı Borçlar Kanununun 61-66.maddeleridir. Ortak bir tanıma gitmeden ziyade koşullarından sonuca gidilerek sebepsiz zenginleşme kavramına yaklaşım kanımızca daha doğru olmaktadır.

Genel olarak koşullar; taraflardan birinin malvarlığında azalma, diğerinde çoğalma, anılan durumun nedensellik bağı sonucunda oluşması, nihai olarak da haklı bir sebebin bulunmamasıdır.

Asıl sorun sebepsiz zenginleşmede iadenin sınırlarıdır. Kötüniyet halinde sınırlamadan sözedilemez. Alınan mal veya bedel iade edilir. O halde iyiniyetli sebepsiz zenginleşmenin iade borcunun sınırlarının belirlenmesi önem kazanır.

* Gönderen: Av. Mustafa Serdar ÖZBEK

Dairemizce bu konuda temel ölçüt güvenin korunması ilkesinin yargıcın takdir yetkisi ile dengelenerek tamamlanması, bu yolla hakkaniyete ulaşılmasıdır. Bu bağlamda sebepsiz zenginleşmenin zenginleştirene güven duyması ve güven duymasını gerektiren konumu, olayın özellikleri, yargıcın hakkaniyeti uygun bir karar vermesi; gerektiğinde BK. M.43 ve 44 ten yararlanmasıdır.

Somut olayda davacı bir Devlet Kurumu, davalı işçidir. Kurumca davacı işçiye yasaya dayanılarak fazla ödemede bulunulmuştur. Davacı kurumun davacı işçiye göre sahip olduğu hesaplama ile ilgili üstün donanımı ve ödeme miktarının belirlenmesinde uzmanlığı tartışılmazdır. İşçi iyiniyetlidir. Taraflar arasında ekonomik ve sosyal açıdan büyük bir fark vardır. O halde somut olayın özelliği itibarıyla alacaklının zarara katlanması gerekir. Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 27.01.1973 gün 6/2 sayılı kararı ve Danıştay Büyük Genel Kurulu'nun 22.12.1973 gün 8/4 sayılı kararı içerik olarak yukarıda varılan sonucu desteklemektedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **ONANMASINA**, 23.10.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava, 4046 Sayılı Yasa'nın 21.maddesinin 4.fıkrası hükmü uyarınca davalıya fazla ödenen iş kaybı tazminatının geri alınması istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalının ödemeye yönelik herhangi bir beyan ve talebinin (dahilinin) olmadığı, davacının kazanılmış hakkının bulunduğu, sebepsiz zenginleşmediği gerekçesi ile davanın reddine ilişkin kararı sayın çoğunluk tarafından da benimsenmiş ise de bu sonuca aşağıda açıklanan gerekçelerle iştirak edilmemiştir.

Bilindiği üzere, 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın 21.maddesinde düzenlenen "iş kaybı tazminatı" özelleştirilen kuruluşlarda sözleşmesi feshedilen işçilerin işlerini kaybeden kaynaklanan maddi zararın giderilmesini amaçlayan bir tazminat olup, bu düzenleme ile sözleşmesi feshedilenlerle (işlerini kaybedenlerle) idare arasında özel hukuktakinden farklı olarak tek yanlı bir borç ilişkisi doğmaktadır. Yasa koyucu anılan borcun ifası ile ilgili işlemlerin davacı kurum aracılığı ile yürütüleceğini belirtmiş ve kurumu gerekli işlemleri yapmaya yetkili, görevli ve sorumlu kılmıştır. Kurumun borcun ifasındaki görev ve sorumluluğunun yasanın belirlediği miktarla sınırlı olacağı kuşkusuzdur. Yasada öngörülen miktarı aşan ödeme işlemi ise aşılabilir itibarı ile yasaya dayanmadığından yok hükmünde olup yok hükmünde olan işlemde iptal yönünden bir süre söz konusu olamayacağından miktar fazlasının haksız zenginleşme durumu oluşturacağı açıktır. Haksız zenginleşenin herhangi bir dahilinin bulunmaması hali iade yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu durum sadece iadenin kapsam ve miktarının belirlenmesinde etkili olur.

Açıklanan nedenlerle, somut olayda, davacı kurumun yasal çerçevede ödemekle yükümlü olduğu iş kaybı tazminatının miktar belirlenip buna göre fazla ödeme olup olmadığı varsa miktarının tesbit edilmesi, bundan sonra idarenin ödemelerin usul ve esaslarını bağlı işlemlerle düzenlenmeden gerçekleştirdiği dikkate alınarak BK.43 ve 44 maddeleri uyarınca bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi icap etmektedir. Tüm bu yönler nazara alınmadan oluşturulan hükmün bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan onama kararına katılamıyorum.

FESHİN SENDİKAL NEDENE DAYANMASI

ÖZET: İşyerinde fesih tarihi itibari ile çalışanlardan kaç işçinin sendikaya üyesi olduğu, kaçının üyelikten çekildiği, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan işçi olup olmadığı, kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve işten çıkarılanların tamamının sendika üyesi olup olmadığı, işyerinde çalışması devam eden sendika üyesi işçiler olup olmadığı gibi hususlar dosya içeriğinden anlaşılmamaktadır. Feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususunun kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturulması için belirtilen yönlerden gerekli araştırmaya gidilmeli ve toplanacak deliller dosya içeriği ile yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.9.HD. E.2009/16876 K.2010/6687 T.15.03.2010

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan-sendikal nedene işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının davalı İstanbul Halk Ekmek A.Ş. ile hiçbir hukuki ilişkisi olmadığını ve husumet yokluğu sebebi ile davanın reddi gerektiğini, davacının sendika üyesi olması nedeniyle işten çıkarıldığının doğru olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece fesih için geçerli neden bulunmadığı, feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı işverence feshin geçerli nedene dayandığı kanıtlanmadığından mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiş olması dosya içeriğine uygun olup, davalının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı iş sözleşmesinin sendikal nedene feshedildiğini ileri sürmüştür. Dinlenen davacı tanıkları iddia doğrultusunda, davalı tanıkları ise savunmayı teyit eder şekilde beyanda bulunmuşlardır. Dosya içeriğine göre İşyerinde fesih tarihi itibari ile çalışanlardan kaç işçinin sendikaya

üyesi olduğu, kaçının üyelikten çekildiği, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan işçi olup olmadığı, kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve işten çıkarılanların tamamının sendika üyesi olup olmadığı, işyerinde çalışması devam eden sendika üyesi işçiler olup olmadığı gibi hususlar dosya içeriğinden anlaşılmamaktadır. Feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususunun kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturulması için belirtilen yönlerden gerekli araştırmaya gidilmeli ve toplanacak deliller dosya içeriği ile yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre karar verilmelidir.

Eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

DAVACI TALEPLERİ • TALEPLERİN AÇIKLANMASI

•

DAVA HARCİ

ÖZET: Dava dilekçesinde miktar belirtilmeden bir takım alacakların tahsili talep edilmiş olup; talep edilen miktarın açıklattırılması, harcın tamamlattırılması ve davaya devam edilmesi gerekir.*

Y.9.HD. E.2011/51609 K.2012/1072 T.23.01.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalının sendikal örgütlenmeyi engellemesine rağmen davacının TİS imzalayan Liman İş Sendikası'nın imzaladığı Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması için dayanışma aidatı kesilmesini talep ettiğini, dayanışma aidatı kesilmesine rağmen davacının TİS hükümlerinden yararlandırılmadığını belirterek, davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerektiğinin tespiti ile eksik ödenen kısımların tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

* Gönderen: Doç.Dr.Mustafa Serdar Özbek

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, husumet itirazı yanında, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının dayanışma aidatı ödediğini ve TİSden yararlanmak istediğini bildirmek ve istediği sonucu açacağı eda davasını sağlaması gerektiği, tespit davası açmasında hukuki yararı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Davacı vekili, dava dilekçesinde tahsil istemlerinin olduğu belirterek kararı temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

01.10.2011 tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleleri Kanununda tespit davası olarak bir dava türüne yer verilmemiştir. Ancak bazı durumlarda tespit davasının mümkün olduğu yargı kararları ile kabul edilmiştir. Eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı kabul edilmektedir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleleri Kanunu'nda ise tespit davası yanında (Md.106) belirsiz alacak ve tespit davası (Md.107) türüne yer verilmiştir. Keza 6100 Sayılı Yasa'nın 114. maddesinde dava şartlarına yer verilirken, hukuki yarar şartının da dava şartı olduğu, 115.maddesinde ise "Mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı, taraflarca her zaman ileri sürülebileceği, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, davanın usulden reddedilemeyeceği" açıkça belirtilmiştir. Kanun'un 448. maddesinde " Bu kanun hükümlerinin, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı" açıklanmıştır.

Somut uyuşmazlıkta dava tespit davası türüne yer vermeyen HUMK'un yürürlükte olduğu zaman açılmış ve karar verilmiştir. Ne var ki dava dilekçesi incelendiğinde davacı vekili toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğinin tespiti yanında miktar belirtmeksizin ödenmeyen farkın tahsiline de karar verilmesini talep etmiştir.

Dava açıldığında mahkemece tahsil istemi de dikkate alınarak talep edilen miktarın açıklattırılması, harcın tamamlattırılması gerekirdi. Zira salt tespit istemi bulunmamaktadır. Mahkemece bu olgu gözetilmeksizin

yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan temyiz aşamasında 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri yürürlüğe girdiğinden davacının isteminin kanununun 106, 107 ve 115. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira davada, davacının istemi tespit yanında alacağın tahsilinide kapsadığından dava şartı olan "hukuki yarar" belirsiz olacak ve tespit davası yönünden gerçekleşmiştir. O halde dava hakkında esasa yönelik deliller toplanılarak, alınan bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

F. SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİ ÜCRETİNDEN KESİLEN VERGİLERİN İADESİ

GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Sakatlık indirimi yapılmaksızın işçinin ücretinden kesilen vergiler Maliye Hazinesine yatırılmaktadır. Bu nedenle, haksız olarak kesildiği iddiasıyla vergi iadesi için açılan davaya Vergi Mahkemesinde bakılmalıdır.*

Y.9.HD.E.2011/52395 K.2012/2235 T.30.01.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 1991 yılı mart ayında 2007 yılı temmuz ayına kadar davalı işyerinde çalıştığını, emekli olarak işten ayrıldığını, davacının sakat işçi kadrosunda çalıştığını, ancak sakatlık indiriminden yararlandırılmadığını iddia ederek, davacının 1991 yılı mart ayından temmuz 2007 ayına kadar sakatlık indiriminden faydalandığının tespiti ile bu dönem arasında hak ettiği sakatlık indiriminin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının çalıştığı süre boyunca maaşında vergi muafii

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

yetinin uygulandığını, davacının vergi muafiyeti için Maliye Bakanlığında aldığı bir belgeyi sunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işverenin davacıya sakatlık indirimi uygulamadığı için fazla vergi kesintisine neden olduğu gerekçesi ile taleple bağlı kalınarak 100 TL.sinin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Davacı vekili gerekçeli kararın tebliği üzerine, karar kesinleştikten sonra 02.07.2010 havale tarihli tavzih dilekçesi ile "...davacının 14.11.1991-16.07.2007 tarihleri arasında davalı şirket nezdinde sakat işçi kadrosunda çalıştığının karar gerekçesinde belirtilmesine rağmen bu hususun hüküm kısmında açık ve anlaşılır biçimde yazılmadığını" belirterek "...davacının 14.11.1991-16.07.2007 tarihleri arasında davalı şirket nezdinde sakat işçi kadrosunda çalıştığının tespitine ilişkin tespit hükmü fıkрасına eklenmesini talep etmiştir.

Davacı vekilinin tavzih talebi Mahkemenin 19.07.2010 tarihli ek kararı ile reddedilmiştir.

Davacı vekili tavzih talebinin reddi kararını,

Davalı vekili ise Mahkemenin kabul kararını temyiz etmiştir.

Davacı işverenin ihmali sonucunda sakatlık indiriminden yararlanmadığını iddia etmiş,

Davalı vekili davacının vergi muafiyeti için Maliye Bakanlığı'ndan aldığı bir belgeyi sunmadığını savunmadığını savunmuş

Mahkemece davalı işverenin davacıya sakatlık indirimi uygulamadığı için fazla vergi kesintisine neden olduğu gerekçesi davanın kabulüne karar verilmiştir.

Sakatlık indirimi 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun değ.31.maddesinde düzenlenmiştir.

Sakatlık indirimi doğrudan doğruya gelir vergisi ile ilgilidir. Sakatlık indiriminin uygulanmaması sonucunda işçinin ücretinden fazla kesilen vergiler işverenin uhdesine kalmamakta, Maliye Hazinesine intikal etmektedir.

Fazla kesildiği iddia edilen vergiden kaynaklandığı iddia edilen paranın talep edileceği merci işveren olmayıp, Maliye Hazinesidir.

Vergi ile ilgili ihtilafların çözüm yeri adli Mahkemeler olmayıp, Vergi Mahkemesidir.

Bu nedenle Mahkemece davanın 6100 sayılı HMK'nın 114/1-b ve 115/2.maddeleri uyarınca "Yargı yolunun caiz olmaması" nedeniyle reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F.Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 30.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İŞVERENE HAKARETİ**HAKLI FESİH • HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ**

ÖZET: İşçinin kullandığı bilgisayarda işçinin işveren hakkında hakaret niteliğinde yazışmalar yaptığı görülmektedir. Bu yazışmaların yapıldığı tarihte hizmet sözleşmesinin devam edip etmediği ve feshin İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen altı günlük hak düşümü süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği araştırılarak sonuçlarına göre hüküm kurulmalıdır.*

Y.9.HD. E.2009/48748 K.2012/6935 T.05.03.2012

A. Davacı isteminin Özeti:

Davacı, iş yerinde yapılan sayımda 559 adet açık çıktığını, davalının bu açıktan kendisini sorumlu tuttuğunu, iş sözleşmesinin 09.11.2006 tarihli fesih bildirimiyile işverence feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, genel ve hafta tatili ücret alacaklarını istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının iş sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedildiğini, hafta ve genel tatillerde çalışmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık iş sözleşmesinin feshinin haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacının iş sözleşmesi davalı işverence İş Kanununun 25/II-b, e ve 1 bentlerine aykırı davranması nedeniyle feshedilmiş olup, yerel mahkemece, fesih nedeni olarak gösterilen zarar keyfiyetinin kanıtlanamadığı, davacının bu nedenle açılan ceza davasında beraat ettiği gerekçesiyle işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğu sonucuna varılmıştır.

Ancak dosyada mevcut ve işyerinde davacının kullanımına sunulduğu ileri sürülen bilgisayarda bulunan chat kayıtlarında davacının işveren hakkında hakaret niteliğinde yazışmalar yaptığı görülmekle bu hususta ayrıca fesih sebebi sayılmıştır.

Mahkemece bu yazışmaların yapıldığı tarihte iş sözleşmesinin devam edip etmediği, işverenin bunları öğrenme tarihi ile İş Kanununun 26.maddesi hep birlikte değerlendirilerek işverence yapılan feshin haklılığı tartışılmadan eksik incelemeye dayalı karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F. Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVEREN • DEĞİŞEN ALT İŞVERENLER • İŞÇİLİK HAKLARI

ÖZET: İşçinin asıl işverene ait işyerinde değişen alt işverenlerin işçisi olarak çalışması halinde işyerinin devri kurallarına göre çözüme gidilecektir. Bu durumda birbirini izleyen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılırlar. İşçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmesi değişen alt işverenle devam edeceğinden işyerindeki çalışması devam eden işçi için feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti haklarının doğduğundan söz edilemez.

Buna karşın süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanında çalışması yeni bir iş sözleşmesidir. Bu durumda işçi; feshe bağlı işçilik hakları olan kıdem ve ihbar tazminatını ve izin ücretini talep edebilecektir. *

Y.9 HD. E.2010/1870 K.2012/10005 T.26.03.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 02.06.2000 tarihinde davalı şirkette çalışmaya başladığını, davalı şirketin temizlik işlerini üstlendiği Mersin Üniversitesi işyerinde görev yaptığını, çalışma süresince dört kez işinden ayrılarak Mersin Üniversitesi bünyesinde çalıştığını, devlet kadrosuna giremeyince işine geri döndüğünü, davalı şirketin üstlendiği işi ihale sonucunda yitirmesi sonrasında işi yeni üstlenen Ü. Ltd. Şti.nde işe başlamak için kendi isteği ile 31.03.2007 tarihinde istifa edip, 01.04.2007 tarihinde o şirkette çalışmaya başladığını, işçinin istifa etmiş olması nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, davacının iddia ettiği üzere hafta sonu çalışma, genel tatil çalışma ücretleri ile fazla çalışma ücretlerine hak kazanmadığını, zira davalı şirketin yaptığı işin niteliği gereği bu olguların gerçekleşmesinin olanaklı olmadığını, ayrıca bu kalem alacaklarda zamanaşımı definde de bulunduğunu ifade ederek davanın reddini istemiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının 02.06.2000 – 31.03.2007 tarihleri arasında kesintisiz çalıştığı ve iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının çalışma süresi ve davacının çalışmasının kesintili olup olmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Somut olayda, davacı uyuşmazlık konusu olan çalışma döneminde zaman zaman asıl işveren konumundaki dava dışı Mersin Üniversitesi nezdinde çalışmıştır.

Davacının Mersin Üniversitesi nezdinde geçen çalışmalarının tüm çalışma süresinden düşülerek davacının kıdemine esas çalışma süresinin tespiti ile sonucuna göre davacının taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken bu çalışmalar dışlanmadan yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

3- Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık,değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun için işçilik haklarına etkileri konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde, işveren bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için öncelikle mal veya hizmetin üretildiği işyeri bulunan bir işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için öncelikle mal veya hizmetin üretildiği işyeri bulunan bir işverenin ve aynı işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması nedeniyle, alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira asıl işveren veya alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından bakıldığında, asıl işin tabi bulunduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de 4857 Sayılı Kanun'un 3.maddesinin açık hükmü karşısında, işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayırık tutulması gerekir.

Gerçekten, 4857 Sayılı Yasa'nın 2/III. maddesinde, "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kuralla yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren al işveren ilişkisi düzenlenmiş, bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayırık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3.maddesinde "Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür." şeklinde kuralla yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Belirtilen çözüm şekli alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce de alt işverenin işyerinin, asıl işveren ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır. (Yargıtay HGK.06.06.2001 GÜN 2001/9-711 E.2011/820 K.)

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir.

4857 Sayılı Kanunun 6.maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. (9.HD. 18.09.2008 gün 2006/26306 E. 2008/23980 K.)

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce alt işverenin, ilişkisini sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması, ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanununun 6.maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır.

Alt işverenlerin, aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmayacak, buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelecektir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2 maddesi hükmü, 4857 sayılı Kanunun 6.maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki

veya fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın, kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korumasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddi ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, iş gücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir. (Süzen, v.Zehnacker Krankenhausservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259.; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119)

Avrupa Adalet Divanı, maddi ve maddi olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, ekonomik birliği önemli unsuru olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. (ATAD, 10.12.1998, 173/96, Hidalgo, para. 26, NZA 199, H.4, 189 vd.)

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, “hukuki işlemle devir” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı, sözlü veya zımni bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında, devreden işveren bilmese dahi işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer hükme sahip İsviçre’de Federal Mahkeme, devreden ve devralan arasında doğrudan hukuki işlemin bulunmasının şart olmadığı sonucuna varmıştır. (Bkz. Yenisey, K.Doğan: İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları, Kadir Has Üni. İşHukukunda Üçlü İlişkileri, s.135)

Yapılan bu açıklamalara göre, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirim ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşul-

ları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.

Somut olayda, davalı alt işveren ile asıl işveren Mersin Üniversitesi arasındaki alt işverenlik sözleşmesi 31.03.2007 tarihinde sona ermiştir.

Davacı ise asıl işverenden iş alan sonraki alt işveren dava dışı Ü. şirketine 01.04.2007 tarihinde aynı işi yapmak üzere çalışmaya başlamıştır.

Davalının iş sözleşmesini feshettiğine dair bir işlemi ya da beyanı da bulunmadığı dikkate alındığında davalı ile dava dışı Ünisaş şirketi arasında alt işverenler arasında işyeri devri gözükmemektedir.

Bu nedenle davacının iş sözleşmesi sona ermeyip dava dışı Ü.şirketi nezdinde devam ettiğinden iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hakların talep edilemeyeceği dikkate alınmaksızın kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti taleplerinin yazılı şekilde hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F. Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ MUVAZAA İDDİASI • ARAŞTIRMA YÖNTEMİ

ÖZET: İş Müfettişi tarafından tanzim edilen rapordaki tespitler de dikkate alınmak suretiyle liman işletmesi olan işyerinde hizmet veren şirketler arasında asıl işveren – alt işveren ilişkisi ya da muvazaa olup olmadığı mahallinde keşif yapılmak suretiyle araştırılmalıdır. Y.9.HD.E.2012/12111 K.2012/12346 T.11.04.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, iş sözleşmesinin işverence geçerli nedene dayanmaksızın feshedildiğini ileri sürerek, davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

B.Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Mersin Uluslar arası Liman İşl.A.Ş. vekili; teknolojik uzmanlık gerektiren işlerin sözleşme ile U. A.Ş. verildiğini bu nedenle davanın husumet yokluğundan reddi gerekeceğini savunmuştur.

Davalı U. Denizcilik A.Ş.vekili, davalı M.N.Ç. ile U. A.Ş. arasında dökme yağ, dökme asit ve dökme çimento boşaltılması konusunda sözleşme imzaladığını, sözleşmenin muvazaaya dayanmadığını, alt işverenin zarar etmelerini gerekçe göstererek sözleşmeyi sonlandırdığını bu nedenle kendilerine yöneltilen davanın reddi gerekeceğini savunmuştur.

M.N.Ç. vekili; iş yerinde 30 işçi çalışmaması sebebiyle davacının işe iade hükümlerinden faydalanamayacağını, asıl işverenle doğan ihtilaf sonucu davacıya yeni iş teklif edildiğini ancak davacının kabul etmediğini bu nedenle akdin geçerli nedenle feshedildiğini beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihle geçerli nedene dayanmadığı, ayrıca davalılar U. Denizcilik A.Ş. ile M.N.Ç. arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davalı Mersin Uluslararası Liman İşl. A.Ş. vekili ve U. Denizcilik A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Yasa'nın 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt işverenlik Yönetmeliğinin 11. maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi” şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla İş Kanunu'nun 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuraları ile ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanunu'nun 2. maddesinin ye-

dinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 Sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 2.maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 Sayılı Kanun'un 2.maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanunu'nun 5.maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları da bu doğrultudadır. (Yargıtay 9HD. 24.10.2008 gün 2008/33977 E. 2008/28424 K.)

İş Kanunu 3. maddesinin ikinci fıkrası, 15.05.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 Sayılı Yasa'nın 1.maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimle asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca resen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği raporu ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde, alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilebilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konuları, 5763 Sayılı Yasa'yla iş kanununda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte "yazılı alt işverenlik sözleşmesi"nden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinde;

1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri,

İhtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Somut olayda; Mahkeme değerlendirmesinin aksine dosya içerisinde yer alan Bölge Çalışma Müdürlüğü müfettişince tutulan tutanakta işverenler alayhine değerlendirilebilecek bir tespite yer verilmediği dikkate alınarak uzman bilirkişiler aracılığı ile mahallinde keşif yapılarak yukarıda belirtilen ilkeler ışığında davalılar arasındaki asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F. Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRETİN YAPILAN İŞE GÖRE BELİRLENMESİ • HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Somut olayda davacı işçi yüklediği ya da indirdiği yük miktarına göre ücret almakta olup, ücretin parça başı veya yaptığı iş tutarına göre belirlenmesi taraflar arasında hizmet sözleşmesi ilişkisi olmadığı anlamına gelmez.*

Y.9.HD. E.2012/14925 K.2012/17100 T.15.05.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, hafta tatili, ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının davalı işverenler yanında hizmet akdine dayalı olarak çalışmasının bulunmadığı, hizmet akdine dayalı olarak çalışan birinin ücretinin belirgin olması gerektiği, dava dilekçesinin içeriğine göre davacının tonaj başına çalışan yüklediği ya da indirdiği yük miktarına göre ücret alan kendi adına ve hesabına çalışan serbest piyasa hamalı olduğu, davacının davalı işverenler yanında sürekli çalışmasının bulunmadığı, başkaca şirketlerde de aynı işi yaparak çalıştığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 1.maddesinin ikinci fıkrası gereğince 4.maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir asliye hukuk mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava “iş mahkemesi sıfatıyla” açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi tarafından, verilecek bir ara kararı ile davaya “iş mahkemesi sıfatıyla” bakmaya devam olunur.

Davanın, İş Kanunu kapsamı dışında kalması halinde, mahkemenin görevsizliğine ve dosyanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırıdır.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 1.maddesi uyarınca, İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle işveren ve işveren vekilleri arasında, iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Mahkemece davacının ücretinin belirgin olmaması, davacının serbest hamal olarak çalışması gerekçeleriyle görevsizlik kararı verilmiştir.

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. Kanun’un kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. Yukarıda değinilen Yasa 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 İş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanununun 323. maddesinin ikinci 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 işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 Sayılı Yasa’nın 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 halinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir.

Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusu mahkemece resen araştırılmalıdır. (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. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 Sayılı Kanun'un 8. ve 37. maddelerinin , bu konuda işveren açısından bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümlülüğüne yardımcı olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmesi, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenmiş olup olmamasının da araştırılması gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, melse ünvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçileri ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek ünvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda davacı yüklediği ya da indirdiği yük miktarına göre ücret almaktadır. Ücretinin parça başı veya yaptığı iş tutarına göre belirlenmesi ücretin miktarının maktu olarak açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Asgari ücretin altında kalmadıkça bu şekilde bir ücretlendirme yapılması mümkündür.

Daha önce aynı işyerinde çalışan bir kısım işçinin açtığı davalarda hükmedilen işçilik alacakları taraflar arasında iş ilişkisi bulunduğu kabul edilerek Dairemizce onanmıştır. (9.HD.27963 E. 2011/50283 K. ; 2010/27959 E. 2011/50282 K.)

Taraflar arasında iş ilişkisi bulunduğundan işin esasına girilmesi gerekirken davanın görev yönünden reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F. Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 15.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**FAZLA ÇALIŞMA • ARA DİNLENMELERİ
•
HESAP YÖNTEMİ**

ÖZET: Günlük iş süresi içinde işçinin hiç ara vermeden kesintisiz olarak çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara veya dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Dört saate kadar olan çalışmalarda onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat, yedibuçuk saat ile onbir saat arasındaki çalışmalar için en az bir saat, onbir saat ve üzerindeki çalışmalar için en az birbuçuk saat ara dinlenmesi verileceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Sabah sekiz ile akşam sekiz arasında oniki saat çalışan işçinin birbuçuk saat ara dinlenmesi vereceği kabul edilmelidir.*

Y.9.HD.E.2010/15165 K.2012/19803 T.06.06.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti, genel tatil, hafta tatili ve fazla çalışma alacaklarını istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, da-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

valının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının yerinde olmaması nedeni ile reddine,

2-İşçiye, işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir.

Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır.

İş Kanununun 63. maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir.

Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan (11 saat dahi) çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saati aşan ve daha fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez.

Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin

normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullanılır.

Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun şekilde kullandırılması gerekir.(Yargıtay 9HD. 17.11.2008 gün 2007/35281 E. 2008/30985 K.)

İş Kanunu'na ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3.maddesinin ikinci fıkrasında, ara dinlenmelerinin iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Değinen maddenin birinci fıkrasında ise, ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Somut olayda, davacının fazla çalışma alacağı mahkemece kabul edilmiştir. Ancak, yukarıdaki yasal düzenleme ve ilkelere göre davacının 08-20 saatleri arasında süren çalışmasında ara dinlenme süresini 1.5 saat yerine 1 saat düşerek hesaplama yapan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır.

F. Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 06.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI • PUANTAJ KAYITLARI
•
HAKSIZ FESİH

ÖZET: Puantaj kayıtlarında işçinin işyerine devamsızlık yaptığı iddia edilen günlerde işyerinde çalıştığı anlaşıldığından, bu durumda işçinin işyerine devamsızlık yaptığından söz edilemez.*

Y.9.HD. E.2010/18866 K.2012/25661 T.03.07.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin davalı işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret ve fazla çalışma alacaklarını istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının devamsızlık yapması nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, ücret bordrolarında fazla çalışma sütunu bulunduğunu ve bordroların imzalı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihle haklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E. Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İş sözleşmesinin, işçinin devamsızlık yapması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25.maddesinin (II) numaralı bendinin (g)

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

alt bendinde, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” halinde, işverenin fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur. (Yargıtay 9.HD. 01.07.2008 gün 2007/21656 E. 2008/18647K.)

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez.

Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır. (Yargıtay 9.HD. 09.05.2008 gün, 2007/16956 E. 2008/11983 K.)

İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir.

Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp, kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmaması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir.

İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsız sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 Sayılı Yasa'nın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Maddede geçen “bir ay” ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder.

İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dol-

muş olur. Sonraki devamsızlar söz konusu ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır.

İş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa , bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır.

İşyerinde cumartesi günü iş günü ise belirtilen gündeki devamsızlıkta diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir. (Yargıtay 9.HD. 05.10.2009 gün, 2008/43280 E. 2008/10326 K.)

Somut olayda davacı iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini belirtmiştir. Davacı tanıklar davacıyı doğrulamıştır. Davalı işveren ise davacının 1,4 ve 5 Haziran 2007 tarihlerinde devamsızlık yapması nedeniyle iş sözleşmesini 11.06.2007 tarihinde haklı nedenle feshettiğini savunmuş ve buna ilişkin devamsızlık tutanakları ile fesih ihtarnamesi ibraz etmiştir.

Davalı tarafça ibraz edilen 2007/Haziran ayı puantaj cetvelinde davacının 7 gün çalışması bulunmaktadır. Yine davacı 04.06.2007 tarihinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini belirterek bölge çalışma müdürlüğüne başvuruda bulunmuştur.

Davacı tanıklarının beyanları, bölge çalışma müdürlüğüne yapılan başvuru ve puantaj kayıtları nazara alındığında davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiği sabittir. Mahkemece davacının kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddi isabetsizdir.

F. SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 03.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM TAZMİNATI

HESABA ESAS ÜCRETİN TESPİTİ • TIR ŞÖFÖRÜ

ÖZET: Kıdem tazminatı işçinin brüt ücreti esas alınarak hesaplanmalıdır.

Kıdem tazminatının hesaplanmasında esas olan ücretin tespitinde asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya parayla ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur.

Bu menfaatlerin tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen menfaat tutarı bulunur.

İşçiye dönemsel olarak verilen menfaatlerde, son dönemde verilen menfaat tutarı esas alınır.

Koruyucu elbise, gözlük gibi yapılan işin yürütülmesi için verilen şeyler ücrete ilave edilecek "menfaat" olarak kabul edilmez.

Yurt dışına sefer yapan tır şöförünün asgari ücretle çalıştığı kabulü mümkün değildir.*

Y.9.HD. E.2012/27811 K.2012/33103 T.04.10.2012

A. Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile hafta tatili, genel tatil, fazla çalışma ve yıllık izin alacaklarını istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

* Gönderen: Av.Sait KARAKAYA

E. Gerekeçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kıdem tazminatının hesabı noktasında toplanmaktadır. Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret, işçinin son ücretidir. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihte önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ve ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından, iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı, işçinin fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesaplanır.

Tazminata esas aylık ücret, saat ücretinin önce yedibuçuk sonra da otuz ile çarpımı sonucu belirlenmelidir. Aksine, aylık ücretin tespitinin işçinin fiilen çalıştığı gün sayısı üzerinden hesaplanması doğru olmaz.

Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder. İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.

İşe iade davasının yargılaması sırasında en çok dört aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği konusunda Dairemiz kararları istikrar kazanmıştır. (Yargıtay 9.HD. 03.10.2005 gün 2005/16932 E. 2005/31926 K.) Yine Dairemizce, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 Sayılı Yasa'nın 14.maddesi hükmü gereğince, fesih tarihindeki ücret olması gerekir.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 Sayılı İş Kanununun 32.maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur.

Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan prim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere verilen havlu, sabun yardımı, arızı fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.

Uygulamada ağır vasıta ve özellikle tır şoförleri bakımından gidilen mesafeye göre yol pirimi adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Çoğunlukla asgari ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte ve ücretin esaslı kısmı belirtilen pirimlerle sağlanmaktadır. Yurt dışına sefer yapan bir tır şoförünün sadece asgari ücretle çalıştığı kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, tazminata esas şoförünün sadece asgari ücretle çalıştığı kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, tazminata esas ücretin tespitinde yol pirimi adı altında yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerekir. Dairemiz kararları bu yönde köklemiştir. (Yargıtay 9.HD. 07.02.2005 gün 2005/950 E. 2005/3328 K.)

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin, tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir. (9 HD. 29.09.2005 gün 2005/342 E. 2005/31714 K., Yargıtay 9.HD. 12.04.1999 gün 1999/5910 E. 1999/7119 K.) Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından, yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir. Örneğin tır şoförünün yıl içinde aldığı sefer (yol) pirimi sürekli değişiklik gösterebilir ve belli bir dönemin hesaplamada esas alınması zorluk taşıyabilir. Öte yandan, işçiye dini bayramlarda yılda iki kez ödenen harçlığın belli bir dönem için yapıldığını söylemek pek olası değildir. Burada yıllık ödeme tutarının 365 rakamına bölünmesi yerinde olur. Son olarak belirtmek gerekir ki, yılda bir kez yapılan parasal yardımların (yakacak yardımı gibi) tazminata esas ücrete yansıtılacağı ve yıllık tutarın 365'e bölünmesi suretiyle gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

Yıl içinde düzenli ve belirli periyotlarla ödenen parasal haklar bakımından ise, kıdem tazminatının son ücrete göre hesaplanması gerekir. Gerçekten işçinin son ücreti üzerinden kıdem tazminatı hesaplandığına

ve yıl içinde artmış olan ücretlerin ortalaması alınmadığına göre, ücretin ekleri bakımından da benzer bir çözümün aranmalıdır. Örneğin işçinin yıl içinde aldığı üç ikramiyenin eski ücretten olması sebebiyle daha az olması ve fakat son ikramiyenin işçinin son ücreti üzerinden ödenmesi halinde tazminata esas ücretin tespitinde dikkate alınması gereken ikramiye de bu son ikramiye olmalıdır. Hesaplamanın, son dilim ikramiyenin ait olduğu dönemdeki gün sayısına bölünerek yapılması hakkaniyete de uygundur. Daha somut bir ifadeyle, yılda dört ikramiye ödemesinin olması durumunda her bir ikramiye 3 aylık bir dönem için uygulanmaktadır. İşçinin artmış olan ikramiyesinin ait olduğu doksan güne bölünmesi suretiyle, bir güne düşen ikramiye tutarının bulunması, kıdem tazminatının son ücretten hesaplanacağı şeklinde yasal kural ile daha uyumlu olacaktır. Aynı uygulamayı yol ve yemek yardımı gibi ödemeler için de yapmak olanaklıdır. İşçiye aylık olarak yapıldığı varsayılan bu gibi ödemelerin son ay için ödenen kısmının fiilen çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar tespit edilmelidir. Buna göre periyodik olarak ödenen ve yıl içine artmış olan parasal haklar yönünden son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile tazminata esas ücrete yansıtılacak tutar daha doğru biçimde belirlenebilecektir. Dairemizin kararları da bu yöndedir. (Yargıtay 10.10.2008 gün 2007/27615 E. 2008/26209 K.)

Somut olayda, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi sonucunda, davacının kıdem tazminatına hak kazandığı anlaşılmaktadır.

Davacının ilk dönem çalışması için 1994 tarihindeki ücrete göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, davalılar tarafından ödenen miktar kıdem tazminatını karşılıyorsa ilk dönemin tasfiye edilmesi, ödenen miktar kıdem tazminatını karşılamıyorsa tüm süre için kıdem tazminatı hesaplanarak sunulan ibraname makbuz hükmünde kabul edilerek ödenen miktarın hesaplamadan mahsup edilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F. Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TELEVİZYON DİZİSİ
•
OYUNCU İLE YAPIMCI FİRMA ARASINDAKİ İLİŞKİ
•
DAVADA GÖREV

ÖZET: Televizyonda yayımlanan dizide oyuncu olarak görev yapan kişi ile yapımçı firma arasında iş kanunu kapsamında hizmet sözleşmesi ilişkisinin varlığından söz edilemez. Bu ilişkinin istisna sözleşmesi olduğu dikkate alınarak İş Mahkemesince görevsizlik kararı verilmelidir.* **

Y.9 HD.2010/23111 K.2012/35748 T.01.11.2012

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işyerinde çalıştığını, işyerinin medya sektöründe faaliyet gösteren bir yapımçılık şirketi olduğunu, ücret alacağını ödenmediğini bunun üzerine Şişli 8.İcra Müdürlüğü'nün 2008/2763 Esas sayılı dosyası ile takip yaptığını, davalının icra takibine itiraz ettiğini belirterek Şişli 8. İcra Müdürlüğü'nün 2008/2763 Esas sayılı takibine yapılan itirazın iptaline, takibin devamına, % 40 dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine, karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, mahkemenin görevli olmadığını, taraflar arasında eser sözleşmesinin olduğunu, aralarında bir bağımlılığın olmadığını, davacının ücretinin 20.10.2008 tarihli fatura ile ödendiğini savunarak haksız açılan davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı yapımçı şirketin ajans durumunda bulunan şirkete yapmış olduğu ödemenin davacıya olan ücret borcunu ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne ve itirazın iptaline karar verilmiştir.

* Gönderen: Süleyman Sami Acar İstanbul 6.İş Mahkemesi Yargıcı

** Bu karara konu olan olayda, davacı televizyonda yayımlanan dizide oyuncu olarak görev yapmıştı.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8.maddesinin birinci fıkrası uyarınca "iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt eden en önemli kıstas bağımlılık unsurudur. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır. Ancak, iş 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 edimlere 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 işverene bağlı olmaktan kurtulmaktadır.

İş sözleşmesini belirleyen başka bir 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 getirmek durumundadır. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı da bulunmaktadır.

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 sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendilerine 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, karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Yukarıda sayılan ölçütler dışında, bağımsız çalışan kişiyle işçiyi birbirinden ayıran önemli diğer bir kriter, işin yönetim ve denetiminin kime ait olduğudur. İşçi, işverenin yönetim ve denetim sorumluluğu altında bulunan bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri ve işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dökümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu konudaki alt bir kriter ise çalışanın kendisi, başkası ya da bir hizmet organizasyonu kapsamında iş yapması olgusudur. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışan açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşçinin önceden iş koşullarını ve işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçme yetkisi ya da işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse dahi, 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. Çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) durumunda, çalışan kişinin “bağımsız çalışan” olduğu kabul edilmelidir. Vekilin dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, işverene karşı mutlak olmamakla birlikte bir ölçüde bağımsızlığını ortaya koymaktadır. 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 bulunduğuna kanıt oluşturabilir.

Kural olarak işçi sayılan kişinin kendi işçileri ve müşterileri bulunmaz. Bu kapsamda dikkate alınabilecek bir ölçüt de, 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.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde iş mahkemelerinin görevi, “İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya iş-

veren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyumsuzluklarının çözülmesi" olarak belirlenmiş olmakla, işçi sıfatını taşımayan kişinin talepleriyle ilgili davanın, iş mahkemesi yerine genel görevli mahkemelerde görülmesi gerekir.

Somut olayda davanın konusu ücret alacağı, istisna sözleşmesinden kaynaklıdır. Taraflar arasında işçi işveren ilişkisi bulunmamaktadır.

Dava konusu ve tarafları dikkate alındığında talep hakkında yargılama görevi genel mahkemelerindir. Mahkeme görevsizlik kararı verilmesi gerekirken davanın esasına girip kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 01.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

BAKİYE SÜRE ÜCRETİ

ÖZET: Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence feshedilmesi gerekir.

Geçerli bir nedenin varlığına rağmen belirsiz iş sözleşmesi haklı bir neden olmaksızın feshedilmiş ise, bu durumda da bakiye süre ücreti istenebilir.

İşçinin belirli sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği değerler bakiye süre ücretinden mahsup edilir.*³

Y.9.HD. E.2010/27094 K.2012/35894 T.05.11.2012

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından ekonomik nedenlerden dolayı haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek bakiye ücret alacağı istemiştir.

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2012 T. 2010/27093-2012/35893 sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının iş akdinin ekonomik gerekçelerle sona erdirildiğini, çalışmadığı dönem ücretini talep etmesinin yasal dayanağı olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshine dayalı olarak işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücretler konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir." Şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirtilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 408. maddesinde işverenin işi kabuldeki temerrüdü sebebiyle işçinin iş görememesi halinde yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir işi yaparak kazandığı veya kasten kaçındığı yararlarının indirileceği de hükme bağlanmıştır.

Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için, iş sözleşmesinin haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshedilmiş olması gerekir. İşverenin feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25.maddesinde yazılı sağlık sebeplerine, ahlak ve iyi niyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere veya zorlayıcı sebeplere dayanması halinde, sözleşmenin kalan süresine ait ücretler yönünden işçinin talep hakkı doğmaz.

15.03.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 15.03.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4773 Sayılı Yasa ile "geçerli fesih" kavramı iş hukukunda yerini almıştır. Her ne kadar geçerli fesih gerek yukarıda değinilen Yasa ve gerekse 4857 Sayılı İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmuş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da tartışılmasında yarar bulunmaktadır. Geçerli neden ister işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın, isterse işçinin yeterliliği ve

davranışlarına dayansın, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde (6098 Sayılı TBK 136) sözü edilen ifa imkansızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez. İfa imkansızlığı, edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin iş görme edimini ifa edememesinin, işverenin temerrüdünden kaynaklanması durumunda, sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir. Bakiye süre ücreti eylemli bir çalışmanın karşılığı olmadığından, 4857 Sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen özel faiz uygulanmaz ve bu ücretlere ilişkin olarak sigorta primi ödenmesi de gerekmez.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine (6098 sayılı TBK 408) göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılmalıdır.

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse bu tutarın, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan miktar üzerinden mahsup edilmesi gerekir. (Yargıtay 9.HD.16.06.2008 gün 2007/16098 E. 2008/15750 K.)

Somut olayda, davacının yeni tarihli hizmet cetveli getirtilerek bir iş yerinde çalışıp çalışmadığı araştırılıp, Borçlar Kanunu 325.maddedeki (6098 sayılı TBK 408) yasal düzenlemeler ve yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak takdiri indirim yapıp yapılmayacağı değerlendirilmeden karar verilmesi hatalıdır.

3- İslahla faiz talep edilmediği halde hükmedilen alacağın tamamına dava tarihinden itibaren faiz hükmedilmesi HUMK'un 74. (HMK 26.)maddesine aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

ADLİ TATİLDE YÜRÜYEN SÜRELER

İŞ DAVALARI

ÖZET: İş davaları adli tatilde görülebilir, süreleri de işler. Bu nedenle iş davasının temyiz süresinin adli tatil sonrasına uzadığından söz edilemez.*

Y.9.HD. E.2012/36458 K.2012/42262 T.11.12.2012

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre iş mahkemesinden verilen kararlar tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir. Bu süre içinde temyiz dilekçesinin hakime havale edildikten sonra temyiz defterine kaydının yaptırılması ve harcının yatırılması gerekir. 6100 Sayılı HMK geçici 3.madde 1.fıkrasına göre, "Bölge Adliye Mahkemeleri'nin 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur." 2. fıkrasına göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2004 tarihli ve 5236 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. Madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre iş mahkemesinden verilen kararlar tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir. Bu süre içinde temyiz dilekçesinin hakime havale edildikten sonra temyiz dilekçesi temyiz defterine kaydedilmiş, ancak harç yatırılmamış ise, harç ve temyiz giderlerinin yatırılması için ilgili tarafa HUMK'un 434/3.maddesi gereği 7 günlük kesin süre verilmesi gerekir. 8

* Gönderen: Av. Şevket Güney BİGAT

günlük süre içinde temyiz edilmeyen (HUMK 432/4) temyiz defterine kaydı yapılmayan (HUMK 434/2) veya verilen kesin süre içinde temyiz harç ve gideri yatırılmayan (HUM 434/3) kararlar kesinleşmiş olur.

Karar davalıya 27.07.2012 tarihinde usulüne uygun olarak tefhim edilmiştir. 6100 sayılı HMK 103/1-ç maddesine göre iş davaları adli tatilde görülebilir ve süreler de işlemeye devam eder. Davalının temyiz talebinin 8 günlük temyiz süresinin son günü olan 06.08.2012 tarihi geçtikten sonra 07.09.2012 tarihinde yapıldığı temyiz defterine kayıt ve harç makbuzlarından anlaşıldığından, davalının temyiz talebinin reddine ilişkin 28.09.2012 tarihli karar HUMK'un 432/4 maddesine uygun olduğundan bu karara yönelik temyiz isteminin reddi ile ek kararın **ONANMASINA**, 11.12.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİNİN REKABET YASAĞI

GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İş akti sonlandırıldıktan sonraki rekabet yasağında Asliye Ticaret Mahkemesi yetkilidir.

Y.11.HD. E.2009/36458 K.2010/640 T.22.01.2010

DAVA: Davacı vekili, müvekkili ile imzaladığı 29.04.2003 tarihli hizmet sözleşmesi ile müvekkili şirketin Bursa satış bölgesinden sorumlu satış mühendisi olarak çalışan davalının 5 yıl süre ile çalıştıktan sonra 21.01.2008 tarihinde istifa yoluyla şirketten ayrıldığını, taraflar arasında imzalanan sözleşme ile işten ayrıldıktan sonra 2 yıl süre ile şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren herhangi bir şirkette doğrudan veya dolaylı olarak görev almamayı kabul ettiği halde şirkette çalıştığı dönemde kurma hazırlıklarına başladığı dava dışı E..... Ltd. Şti.ni kurarak aynı alanda çalışmaya ve müvekkili şirkete rakip şirketlerin reklamını yapmaya başladığını ve çekilen ihtara rağmen bu eylemine son vermediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydıyla (40.200) YTL. cezai şartın 12.04.2008 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, ayrıca hizmet akdine ve BK'nın 348-352. Maddelerinde düzenlenen rekabet yasağına aykırılık ve TTK'nın 56 vd. maddelerinde düzenlenen hak-sız rekabet hükümlerine aykırılıktan kaynaklanan tazminat ve diğer talep hakları saklı kalmak kaydıyla davalının fiillerine son verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Yasası'nın 1. maddesine göre davaya bakmaya Bursa İş Mahkemesi'nin görevli olduğunu ve ticari sırrın söz konusu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın hizmet akdine ve işçi – işveren ilişkisine dayandığı ve bu sebeple davanın iş mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine, karar kesinleştiğinde ve talep halinde dosyanın Bursa İş Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

KARAR: Dava rekabet yasağının ihlalinden doğduğu ileri sürülen ce-

zai şartın tahsili ve ihlale son verilmesine ilişkin olup, yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere davalının, davacı ile imzaladığı sözleşme uyarınca, “Bursa Satış Bölgesinde Sorumlu Satış Mühendisi” olarak çalıştığı ve 5 yıllık bir çalışma sonrası 21.01.2008 tarihinde kendi isteğiyle işten ayrıldığı ve yanlar arasında imzalanan sözleşme ile davacının hizmet akdi sona erdikten sonra 2 yıl boyunca davacı işverenin faaliyet sahasında çalışan herhangi bir şirkette doğrudan ya da dolaylı olarak yer almamayı ve hiçbir şekilde akrabası kanalıyla dahi bir ilişki içinde bulunmamayı taahhüt ettiği çekişmesiz olup, davacı, davalının akdin sona ermesinden sonra aynı alanda faaliyet gösteren şirkete ortak olduğu ve rekabet yaşamı ihlal ettiği iddiasıyla işbu davayı açmıştır.

BK'nın 348. maddesi “İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfus etmek hususlarında işçiyle müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasına ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olmamasını şart edebilirler. Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımamasından ve esrara nüfusundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar hükmüne sebebiyet verebilecek ise caizdir. İşçi akdin yapıldığı zamanda reşit değilse rekabet memnuniyetine dair olan şart batıldır” hükmünü haiz olup, madde metninden de anlaşılacağı üzere bu madde sözü edilen sırlara vakıf işçinin mukavele yapmak şartıyla işten ayrılması halinde aynı işi kendi adına yapmamasını, rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olmamasını düzenlemektedir. Düzenleme hizmet sözleşmesi içinde yer almakla birlikte hizmet akdi süresince yapılmaması gereken bir hususu değil, hizmet akdinin sonra yapılmaması gereken bir hususta düzenleme getirmektedir. Hizmet akdinin devamında yapılan bir sadakatsizlik bu ister sözleşme ile düzenlensin ister kanunla düzenlensin elbette ki iş mahkemesinde görülecek bir davanın konusunu oluşturacaktır. Oysa davada davacı taraf davalının akdin sona ermesinden sonra gerçekleşen eylemi nedeniyle cezai şart istemekte ve bu eylemin durdurulmasını talep etmektedir. Uyuşmazlığın bu niteliği itibarıyla davanın iş mahkemesinde görülmesini gerektirir bir durum mevcut değildir. Ayrıca ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi “ Rekabet Yasağı” kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur. Kaldı ki, TTK'nın 4. maddesiyle yasa koyucu çok açık bir şekilde BK.nun 348.maddesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari davalardan olduğunu öngörmüştür. Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlama

noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmediği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalar olup somut olayda olduğu gibi dñzenlenen bir hizmet sñzleşmesi içinde yer alması davanın mutlak ticari dava olduğu niteliğini değiştirmez. Nitekim Dairemizin yerleşmiş içtihatları da bu yoldadır. (2008/7321 e-2008/9007 K. 2000/8808 E. – 2000/10150 K. 2006/9411 E. – 2007/12223 K. 2007/4507 E. – 2008/6825 K. 2005/6508 E. – 2006/9306 K.) Ayrıca doktrinde de (Bkz. Prof.Dr.Polat Soyer, Rekabet Yasağı Sñzleşmesi, Ankara 1994 s. 14) davanın mutlak ticari dava olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bir kısım yazarlar (Bkz. Prof.Dr.S.Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Onuncu Bası, s.96) davanın mutlak ticari dava olduğunu, ancak böyle sayılmanın anlamsız olduğunu kabul etmektedir.

Açıklanan tüm bu nedenlerle mahkemece mutlak bir ticari dava olan davaya bakılmak gerekirken, anılan hususlar nazara alınmadan dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22.01.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ŞİRKET HİSSE DEVRİ



SATIŞIN İPTALİ DAVASI

ÖZET: Dava tarihinde şirkete ortak olmak, dava açmak için yeterlidir.

Y.11.HD. E:2009/7073 K:2011/153 T: 17.01.2011

DAVA: Davacı vekili, müvekkilinin davalı B...Mad.San.Tic.Ltd.Şti.nin ortağı olan ve 29.08.2005 tarihinde ölen M.Ş.S.in kardeşi ve mirasçısı olduğunu, muris Mustafanın davalı şirketin %50 hissedarı olup ölümünden sonra hisselerinin davacı ve kardeşi M.R.S.e miras yolu ile intikal ettiğini, şirketin Çanakkale İli, Sicil numarasında kayıtlı mermer işletme sahasının ruhsat sahibi olduğunu, davalı BK.nun yetkisi olmadığı halde davalı G...A.Ş.nin temsilcisi K.Ç.ile 22.08.2005 tarihinde yaptığı protokol uya-

rınca madenin kullanım hakkını 49 yıllığına 50.000 YTL.karşılığında devrettiğini, bu protokolün yapılması konusunda ortaklar kurulunca alınmış bir karar bulunmadığını, söz konusu maden işletmesinin davalı G..A.Ş.ne devrine ilişkin olarak alınan 27.03.2006 tarih ve 6 nolu ortaklar kurulu kararının usule aykırı olduğunu, toplantıya müvekkilinin çağrılmadığını, hazır gösterilerek yerine sahte imza atıldığını, kararın yoklukla malul olduğunu, davalı B.K.tarafından verilen 31.03.2006 tarih 09376 nolu vekaletnameye istinaden yapılan devir işleminin de iptali gerektiğini, bu devire bağlı olarak şirket kasasına herhangi bir para girişi olmadığını, devir için ortaklar kurulu kararı yoklukla malul olduğundan hükümsüzlüğünün tespiti ile iptaline, bu karar dayalı olarak şirketin ruhsatının davalı G...A.Ş.ne devrine ilişkin 18.08.2006 tarihli satışın iptaline, 22.08.2005 tarihli protokol ile yapılan kiralama – kullanımın hükümsüzlüğünün tespiti ile iptaline ve davalının tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı G...A.Ş.vekili, müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, müvekkili şirkete ruhsat sahasının satışına ilişkin kararın usulüne uygun olarak gerçekleştirildiğini, müvekkili yönünden bu satış kararının iptalinin istenemeyeceğini, 22.08.2005 tarihli protokol uyarınca yapılan kiralama konusunda davacının şirkete daha sonra ortak olması nedeni ile iptal isteminde bulunamayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalılar vekili, 27.03.2006 tarihli ortaklar kurulu kararı ile maden sahasına ilişkin ruhsatın ittifakla diğer davalı şirkete devrine karar verildiğini, verilen vekaletname ile 18.08.2006 tarihinde devir işlemini gerçekleştirdiğini, davacının İstanbulda oturduğunu ve durumdan haberdar olduğunu, karar defterinin her defasında İstanbula gönderilerek davacının imzasının alındığını, 22.08.2005 tarihinde kira sözleşmesini imzalayan müdürün yetkili olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ortağın toplantı için çağrılmadığı, 27.03.2006 tarihli ortaklar kurulu toplantısının çağrısız yapıldığının davalı anlatımları ile sabit olduğu, ortaklar kurulunda alınan kararların geçerliliği için TTK'nın 388.maddesi uyarınca pay çokluğunun sağlanması gerektiği, ortaklar kurulunda alınan karara davacı adına atılan imzanın davacıya ait olmadığını saptandığı, sahte imza ile oluşturulan kararların mutlak butlan ile batıl olduğu, iptali isteminin TTK'nın 381.maddesinde belirlenen süreye tabi olmadığı, dava konusu toplantıda alınan kararların ve sonuçlarının yok hükmünde, keza şirkete ait maden sahasının devrine ilişkin işlemin yok hükmünde olduğu, maden sahasının 22.08.2005 tarihli protokol ile kiralama-kullanımının

hükümsüzlüğünün tespiti ile davalının tahliyesine karar verilmesi talep edilmiş ise de, bu karar davacının ortak olmasından önce alınan bir karar olup, şirketin yetkili temsilcisi tarafından alınan usul ve yetkiye uygun bir karar olduğu, şirketin tasfiyesi sonucunda kira ilişkisinin kendiliğinden sona ereceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 27.03.2006 gün ve 6 nolu ortaklar kurulu toplantısında alınan kararın mutlak butlanla batıl olmak suretiyle yok hükmünde olduğunun tespitine, şirket maden sahasının devrine ilişkin işlemin yoklukla malul olduğunun tespitine, diğer istemlerin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve davalı G...A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

KARAR: 1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı G..A.Ş. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Davacı yönünden yapılan temyiz incelemesine gelince, davacı davada 22.08.2005 tarihli davalı G..A.Ş. ile imzalanan protokolün de yokluğunun tespiti talebinde bulunmuştur. Her ne kadar kural olarak bir sözleşmenin iptalini ancak tarafları isteyebilir ise de, Dairemizin yerleşik içtihatlarında kabul edildiği üzere (02.12.2009 Tarih, 2008/12962 E. 2009/12319 K, 22.10.2009 Tarih, 2008/12764 E. 2009/10850 K.) iptali istenen sözleşmenin yoklukla malul bulunması halinde şirket ortaklarının da ilgili sıfatıyla böyle bir sözleşmenin yokluğunu talep etmede menfaatleri vardır. Davacının dava tarihi itibarıyla ve davanın devamı müddetince ortak olması da böyle bir davayı açmak için yeterli olup, sözleşmenin imza tarihinde ortak olması gerekmez. Maden sahasının şirketin tek malvarlığı olup olmadığı ve 49 yıllığına kiralanmasının bir ortaklar kurulu kararı gerektirip gerektirmediği daha doğru bir deyişle ortada sözleşmenin yokluğu sonucunu doğuracak bir halin bulunup bulunmadığı belirlenerek, davacının aktif husumeti buna göre değerlendirilmesi gerekirken, bu husustaki istemin yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı G..A.Ş.vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 02.80 TL. temyiz harcının temyiz eden davalı G...A.Ş. nden alınmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 17.01.2011 tarihide oybirliğiyle karar verildi.

SENET İPTALİ • ÇEKİŞMESİZ YARGI**TİCARET MAHKEMESİ**

ÖZET: Kıymetli evrakın zayiinden doğan çekişmesiz yargı uyuşmazlığında Ticaret Mahkemesi görevlidir.*

Y.11.HD. E.2012/404 K.2012/12243 T.11.07.2012

Bu durumda, Yargıtay Kanunu madde 15 yönünden içtihatların birleştirilmesi gerekeceği düşünülebilecektir.

Davacı vekili, müvekkilinin İnegöl Organize Sanayi Bölgesi'nde faaliyet gösterdiğini, bu faaliyet nedeniyle müşterisinden ciro yolu ile aldığı Şekerbank Çankaya/Ankara şubesine ait 31.12.2011 keşide tarihi, 10000914 numaralı, 13.000.00 TL.lık çeki tahsil edemedi zayı etmesi nedeni ile mağdur olduğunu belirterek bu çekin zayı nedeni ile iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın 382.e/6 ve 383.maddesi gereğince kıymetli evrak iptali davalarına bakma görevinin Sulh Hukuk Mahkemeleri'ne ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dosyanın Ankara Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine hükmedilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

İstem, kıymetli evrakın zayii nedeniyle iptaline ilişkindir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 383.maddesinde çekişmesiz yargı işleri ile ilgili olarak "aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece" sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda konuya yaklaşıldığında, TTK'nın 563 vd.maddelerinde düzenlenen kıymetli evrakın zayı nedeniyle iptaline ilişkin davaların gerek 1086 sayılı Kanunun yürürlükte kaldığı süreçteki yargısal uygulama ve gerekse de 6100 sayılı HMK'un 383/2-e/6 maddesi uyarınca ticaret hukukuna dahil çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle, ilk bakışta, bu nitelikteki davaların da sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak bu nitelikteki davalar ve/veya HMK'da tercih edilmiş tanımıyla işlerin, aynı zamanda TTK'nın 4.ve 5. maddeleri uyarınca ticari dava ve/veya iş niteliğinde bulunduğu da kuşkusuzdur. TTK'un 4

* Yargıtay 17.Hukuk Dairesi aksi görüşü benimsemiştir. Bkz. Dergimizin 2013/1. Sayısında yayımlanan Yargıtay 17.Hukuk Dairesi kararları. Bu durumda, Yargıtay Kanunu Madde 15 yönünden içtihatların birleştirilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

ve 5. maddesinin özel nitelikte birer usul hükmü niteliğinde buldukları düşünüldüğünde, bu davalar ve esasen ticaret hukukuna dahil ve mahkemece görülecek olan çekişmesiz yargı işlerinin tümü bakımından görevli mahkemenin tayininde, HMK'nın 383.maddesinde belirtilen hükmün aksine ve özel bir düzenlemenin var olduğunda duraksanmamalıdır. Bu durumda TTK'nın 5.maddesi başlığı ile birlikte nazara alındığında, ticaret hukukunda yer alan çekişmesiz yargı işleri bakımından asıl görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu, ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerler bakımından ise asliye hukuk mahkemesinin görevli kabul edilmesi gerektiği açıktır. Nitekim, 6100 Sayılı HMK ile aynı tarihte kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 757/1.maddesinde bu tür işlerde ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesi gerektiği açıktır. Nitekim,6100 sayılı HMK ile aynı tarihte kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 757/1.maddesinde bu tür işlerde ticaret mahkemelelerinin görevli olduğunun belirtilmiş olması da yasa koyucunun iradesinin de Dairemizin yorumu yönünde olduğunu göstermektedir.

Tüm bu nedenlerle, mahkemece yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmiş olması doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile yerel mahkeme kararının **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 11.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MARKAYA TECAVÜZ • DAVANIN İSPATI

ÖZET: Davacının dava konusu yaptığı markanın haksız olarak kullanıldığına dair veri olmadığı, iddia edilen haksız kullanım şeklinin mevcut olmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygundur.*

Y.11.HD. E.2011/12970 K.2012/19689 T.04.12.2012

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 14.06.2011 tarih ve 2010/358-2011/205 sa-

* Gönderen: Av. Yaşar Karatepe

yılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin Türkiyenin ilk “tuning” şirketlerinden biri olduğunu, müvekkiline ait “abt sportsline” adlı markanın 2005/23370 tescil no ile TPE nezdinde tescilli olduğunu, davalı firmanın www.istanbulgaraj.com ve www.istanbulgaraj.net adlı internet adresi bulunduğunu davalı şirketin “abt sportsline” ibaresini ürün ve ürün ambalajlarında, internet sitelerinde bire bir kullanıldığını, işyerinin tanıtımını sağlayan internet sitesinde ve tabelalarında “abt” ibaresini marka olarak kullandığını, ileri sürerek markaya tecavüz ve haksız rekabetin tespitine, men’ine, refine, markasal kullanımın önlenmesine, maddi ve manevi zararın tespitine, tecavüz teşkil eden ürünlere ve ticari evraklara elkonulması ve imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı yanın markası olduğunu iddia ettiği işaret müvekkili tarafından kullanılmadığını, “ABTsportsline” markası davacı şirketi aşan bir marka olduğunu, davacı şirketin kendi markasını yaratmak yerine 100 yıldan fazla bir zaman önce kurulan yabancı firmaların markalarını Türkiyede tescil ettirmek suretiyle haksız kazanç elde etme amacıyla olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, bilirkişi raporunda belirtilen internet sitelerinin sahiplerinin sistemde gizli olup, özellikle siteler içerisinde davacının eldeki davaya dayanak gösterdiği 2005/23370 nolu markanın kullanıldığına dair bir veri bulunmadığı arşiv incelemesi neticesinde de iddiaya konu kullanım şeklinin mevcut olmadığı rapor edildiği, davacı tarafa davalının eylemlerinin ispatı yönünde delil bildirmesi için kesin süre verilmesine rağmen, belirtilen sürede ve devam eden oturumlarda davacının iddiasının ispatı kapsamında (davalıya atfedilen eylemler için) delil sunulmadığı, bu kapsamda davacının davasını ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 2,75 TL. temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 04.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

BELEDİYE MALLARI • HACZEDİLMEZLİK İTİRAZI İSPAT KÜLFETİ • HAVUZ HESABI

ÖZET: Haczedilen paraların vergi, resim harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını ve giderek söz konusu paraların haczedilemeyecek niteliğinde Belediye mal varlığı olduğunu borçlu Belediye ispatlamakla yükümlüdür.

Haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün paraları karıştırıp havuz hesabı açan Belediyenin haczedilemezlik itirazına itibar edilemez.*

Y.12.HD. E.2011/22082 K.2012/8629 T.20.03.2012

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinde; "Belediyenin kamu hizmetinde fiilen kullanılan malları ile, belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim, harç gelirleri haczedilemez" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre belediyenin haczedilemezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde fiilen kullanılması zorunludur.

Ayrıca, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine Ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesinde; bu Kanunda, belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatında ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu düzenlenmiştir.

İcra ve iflas Kanunu ve takip hukuku ilkelerine göre asıl olan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal düzenlemenin bulunması zorunludur.

Haczedilemezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir.

Ayrıca, bir üst norm olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/4. maddesi ile de; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve uyuşmazlıklarda gözetilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir.

* Gönderen Av. Mehmer BAYRAKTAR - Av. Yaşar KARATEPE

Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Nolu Protokol'ün 1.maddesinde; "...Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve Uluslar arası Hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, bir kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz..." hükmü yer almaktadır.

Ek protokol'ün mülkiyet hakkı ile ilgili 1.maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onanmış ve onaylayan yasada; "...Her hakiki veya hükmü şahıs malların masuniyetine (dokunulmazlığına) riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak amme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkiyetinden mahrum edilebilir..." ilkelerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Ocak 2007 tarih ve 31277/03 sayılı, Kuzu-Türkiye davası hakkındaki kararında, davacının lehine alınan yargı kararının altı yıldır uygulanmaması, bir diğer anlatımla ilama konu borcun borçlu belediyece ödenmemesi nedeniyle, AİHM'in AİHS'in 6 ? 1.ve Ek 1 nolu Protokolün 1.maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vararak tazminata hükmetmiştir.

Yine 17 Ocak 2006 tarih ve 13062/03 sayılı, Kranta-Türkiye davası ve 18 Ekim 2005 tarih ve 74405/01 sayılı Tütüncü ve Diğerleri – Türkiye davası hakkındaki kararında da aynı sonuca varmıştır.

Bütün bu açıklamalar ışığında, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/ son maddesinin dar yorumlanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Maddede açıkça haczedilmezlik için vergi, resim, harç geliri olma ya da "fiilen kamu hizmetinde kullanılma" koşullarının kabul edilmesi karşısında, belediyeye ait bir paranın haczedilmezliği ancak fiili durumunun tespiti ile belirlenmelidir. Bu konuda ispat yükü ise borçluya düşmektedir. Bir diğer anlatımla, haczedilen paraların vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını borçlu belediye ispatlamalıdır. Aksi halde şikayetin reddi gerekecektir.

Somut olayda haciz konulan borçlu belediyenin banka hesaplarında vergi, resim ve harç gelirleri olduğu gibi haczi kabil paraların da bulunduğu görülmektedir. Haczedilen hesap bu hali ile havuz hesabı niteliğindedir. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi, yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkan yoktur. Bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin, iddiasını ispat imkanını kendisi kaldırmıştır. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını

ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AIHM'in AIHS'in 6 ? 1. Ve Ek 1 nolu Protokolün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Buna göre borçlu belediyenin, hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir.

Öte yandan borçlu belediyece haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkında feragat olarak kabul edilmelidir.

O halde mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ikinci fıkrasında söz konusu hesap yönünden şikayetin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda 2 nolu bentte yazılı nedenlerle İİK366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 20.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMZA İNCELEMESİ • ADLİ TIP RAPORLARI

ÇELİŞKİLİ RAPORLAR

ÖZET: Adli Tıp Tıp Fizik İhtisas Dairesinin imza incelemesinde son merci olduğuna dair yasal bir düzenleme yoktur.

Raporlar arasındaki çelişki giderilirken her iki raporu'nda adli makamlarca istem üzerine alındığı görüldüğünden raporların birinin diğerine üstünlüğü kabul edilemez.

Bu nedenle ehil bilirkişiden rapor alınmalıdır.

Y.12.HD. E.2012/1051 K.2012/17908 T.28.05.2012

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı borçlu, keşideci imzasının şirket yetkililerine ait olmadığını ileri sürerek imza itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, Bilirkişi İsmail Özkan dan alınan 01.04.2009 tarihli raporda çekteki imzanın münferit imza yetkilisi M.Z.'nin eli ürünü olduğu bildirilmiştir.

İtiraz üzerine, Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nden alınan 15.03.2010 günlü raporda ise "çekteki keşideci imzasının teşhise götürülecek önemli karakteristik materyal ve yazı unsuru içermeyen, karalama tarzında çizgilerden ibaret tersimi basit, taklidi kolay imza olması nedeni ile aidiyetinin ve bu meyanda M.Z.'nin eli ürünü olup olmadığının tespit edilemediğinin açıklandığı görülmektedir.

Bu durumda raporlar arasında çelişki olduğundan bu çelişki giderilmeden Adli Tıp Kurumu raporuna itibar edilerek sonuca gidilmesi doğru değildir. Her iki rapor da Adli makamlarca istem üzerine alındığından raporların birinin diğerine üstünlüğü kabul edilemez. Zira, Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nin imza incelemesinde son merci olarak kabulü hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 07.10.2009 tarih ve 2009/12-282 sayılı kararı)

O halde, mahkemce her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden ve ehil bilirkişilerden oluşacak bir kuruldan mütalaa alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 28.05.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YETKİSİZLİK KARARI



ALEYHE BOZMA İLKESİ

Özeti: Yargılamada yetki ve göreve ilişkin uygulanan usul kuralları takip hukukunda da geçerlidir. Buna göre 10 günlük yasal süre içinde yetkili icra dairesine gönderilmeyen takibin iptaline karar verilmelidir.* **

Y.12H.D.E:2012/22247K:2012/2904T:11.10.2012

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafında istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tara-

* Gönderen: Av. Erkul BULUT

** Yeni HMK'nın 20. maddesine göre yasal gönderme süresi 2 hafta olarak belirlenmiştir.

findan düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Takip tarihi itibarıyla HUMK'un 193. maddesi gereğince görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine davacının karşı tarafa görevli veya yetkili mahkemede tebligat yaptırması zorunludur.

Her iki halde de, görevsizlik veya yetkisizlik kararına karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın onama kararının tebliğ edildiği tarihten başlayarak 10 gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kağıdı tebliğ ettirilmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır. Aynı kural takip hukukunda da geçerlidir.

Somut olayda, alacaklı tarafından yetkisiz İstanbul 8. İcra Dairesi'nde 22.06.2010 tarihinde takibe başlanılmış, borçlunun süresinde yetki itirazı üzerine İstanbul 8. İcra Mahkemesi'nin 30.11.2010 tarihli kararı ile İstanbul İcra Dairesinin yetkisizliğine talep halinde dosyanın yetkili İzmir İcra Dairesine gönderilmesine karar verildiği kararın 24.12.2010 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Alacaklı vekilinin ise HUMK'un 193. maddesinde öngörülen 10 günlük yasal süreden sonra 17.11.2011 tarihinde İstanbul İcra Müdürlüğü'ne başvurarak dosyaya yetkili İzmir İcra Müdürlüğüne gönderilmesini istediği görülmüştür.

HUMK'un 193. madde hükmünün kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle kararın alacaklı vekilince temyiz edilmesi halinde dahi aleyhe bozma ilkesi nazara alınmaz. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 kararında benimsediği gibi.

Bu durumda, mahkemece kamu düzeni ile ilgili olan HUMK'un 193. maddesi uyarınca re'sen takibin açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararlarında yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**); ilamın tebliğinden, itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11/10/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ • DEĞİŞEN ŞARTLAR

KİRA PARASININ UYARLANMASI

ÖZET: Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olmasıyla borcun ifasının güçleşmesi durumunda “İŞ-LEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ” gündeme gelir.

Bu durumda sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması kaçınılmaz hale gelir.

Bu iş yapılırken Yargıtayın kararlılık kazanmış uygulamalarıyla belirlenmiş olan temel esaslar dikkate alınmalıdır.* **

Y.13.HD. E.2010/6881 K.2010/16390 T.07.12.2010

Davacı, mülkiyeti kendisine ait taşınmazı davalı bankaya 06.07.2004 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraladığını, kira bedelinin 2.500 Euro olarak belirlendiğini, sözleşmede herhangi bir artırım şartı bulunmadığını, çevredeki gelişmeler nedeniyle kira fiyatlarının hızlı bir şekilde arttığını, aylık kira bedelinin emsal kira değerleri yanında çok düşük kaldığını ileri sürerek aylık kira bedelinin 12.000 TL. olarak belirlenmesi istemiştir.

Davalı, uyarlama şartlarının bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin kurulduğu tarih ile dava tarihi arasında ekonomik göstergelerdeki değişimin sözleşme ilişkisinin katlanılmaz ve çekilmez hale getirmediği, edimler arasındaki dengenin de bozulmadığı, mücerret emsal kira artışının öngörülmez bir dış sebep artışı olarak uyarlama davalarında etken bir neden olamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa / Pacta Sund Servan-

* Gönderen: Murat KAYRAN Kadıköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi Emekli Yazı İşleri Md.

** Dergimizin 2013/1 sayısında yayımlanan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

da) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir.

Gerçekten de, sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK md.4.2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebüs Sic Stantibus – beklenmeyen hal şartı – sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır.

Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık o akitle bağlı tutulamazlar. Değişen bu koşullar karşısında MK 2. maddesinde yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur. Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklene-meyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir.

Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirme durumunda "İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ" gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.

Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu veya olumsuz intibak kaydı

bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK.md.2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaleti bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uyum olarak doldurulur. (MK md. 1) Bu yönteme sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur.

Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan “irade özgürlüğü” “sözleşme serbestisi” ve “sözleşmeye bağlılık” ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai, tali (ikinci derecede) yardımcı niteliktedir. Uyarlamanın anlatılan hukuki tanımından sonra şimdi, sözleşmeye müdahale için gerekli olan esaslara değinelim;

Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Az yukarıdaki örneklenen olayda olduğu gibi. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir. (Bkz. Doç. Dr. İbrahim Kaplan, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara-1987 Sh.152.vd; Hatemi SEROZAN/Argacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 1992 sh., 186 vd.)

Tarafların dövize endeksli kira sözleşmesi yapmalarındaki gerçek ve ortak amaçlarının saptanması, uyuşmazlığın çözümünde önem kazanmaktadır.

Yurdumuzda eşya fiyatlarının her geçen gün şaşırtıcı ve beklenilenin üstünde yükselmeler gösterdiği çok açıktır.

Memleketin bu hususta yerleşmiş ekonomik durumu, bireylerin yaşamını ağırlaştırarak huzursuzluk kaynağı olmaktadır. İşte bu açık olgu karşısında, kiralayan mal sahiplerinin enflasyonun rizikolarından korunmak amacıyla dövize endeksli kira sözleşmeleri düzenledikleri, kiracıların da bunu kabul etmek zorunda kaldıkları yaşanan bir gerçektir. Demek ki, dövize endeksli kira sözleşmelerinin kurulmasında, tarafların gerçek ve ortak amaçları sırf zaman zaman yükselen enflasyonun olumsuz etkilerinden kiralayamı korumak ve güvence altına almak iradesinden kaynaklandığının kabulü zorunludur. (MK md. 2/1; BK.md.18)

O nedenle; sözleşmenin in'ikadı anında ileride ekonominin aniden bozulacağını, tarafların tahmin edip bunun olumsuz sonuçlarına yalnız kiracının peşinen katlanacağını kararlaştırdıkları şeklinde bir yoruma gidilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, işlem temelini alt üst edecek, çökretecek edimin ifası iktisadi bir yıkım olacak nitelikte fahiş bir durumun mevcut bulunması hallerinde de çıkar dengesi aleyhine bozulan borçlunun M.K 2/1'deki yorum kurallarından kaynaklanan "Clausula Rebus Sic Stantibus" (Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması) ilkesi uyarınca hakimden sözleşmenin edimler arasındaki bozulan dengesini dürüstlük ve hakkaniyete uygun bir duruma getirmesini isteme olanağına sahiptir. Gerçekte de sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbiri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını ve sözleşmenin kuruluşu ve içeriği üzerinde serbestçe uyuşmalarını gerektirir. Hal böyle olunca da, ekonomideki ani bozulma (kriz) ve buna bağlı olarak döviz fiyatlarında meydana gelen şok patlamalar karşısında, sözleşmedeki denge kiracı aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir ve kiracı beklemediği, hiç hesaba katmadığı böyle bir sonuçla borçlarını ödeyemeyecek duruma girebilir. Hemen belirtelim ki, beklenilmeyen olağan dışı sonuçları önceden tahmin edilemeyen, ekonomik krizden dolayı kiralayanın bir gün içinde sözleşme dışı nedensiz zenginleşmesi ve yarar sağlaması MK md. 2/1 hükmünce asla haklı görülemez. Bu tarafların sözleşmede eşit hak sahibi olmaları ilkesine de aykırı olup, dahası sapma adalet duygularını da zedeler. Nitekim, dairemizin sapma göstermeyen oturmuş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca ve öğretilerde tasvip gören kararlarıyla, enflasyon olgusuna dayanarak kiralayanların açıkları kira bedelinin yeni şartlara uyarlanması davaları mesmu kabul edilmiştir. (Bkz. Yargıtay 13.HD. 14.02.1990, 5697/8708 ve 21.11.1991, 8374-10619, HGK. 1992/13-360 E., 1992/425 K. 01.07.1992 T.) Öyleyse, uyarılma esas ve ilkeleri lehine oluşmuş ise, kiracının da kira bedelinin uyarlanması için dava açabileceği "Evleviyetle" kabul edilmesi gerekir.

Uyarlama davalarında, hakimin gözden kaçırmaması gereken temel esaslar şöyle sıralanabilir: Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler yorumlanıp taraflara sağladığı hak ve yararlar değerlendirilmeli, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve sübjektif hal ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine kavuşulursa, sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuraları (MK md. 4,211) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi MK Md.1 deki yetki kullanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hakim tarafından doldurulmalıdır.

Bu ilkeler ışığında somut olayımıza gelirsek; taraflar arasında 06.07.2004 başlangıç tarihli 10 yıl süreli kira sözleşmesi bulunmaktadır. Davalının kiralananı banka şubesi olarak kullandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede kira bedelinin arttırılması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Davacı, mecurun bulunduğu çevredeki değişim ve gelişmeyi uyarlama talebinin gerekçesi olarak göstermiştir. Bilirkişi raporu ile; mecurun bulunduğu mevki, alanı, cephesi, yapı tarzı ve donanımı, ulaşım ve otopark imkanları, Belediye hizmetlerinden yararlanma durumuna göre, mecurun emsalleri ve rayiç nazara alınarak dava tarihi itibarıyla aylık kira gelirinin 3.11 kat düşük kaldığı, bu nedenle işlem temelinin davacı aleyhine çöktüğünün açık görüldüğü belirtilmekle beraber sözleşme tarihi ile dava tarihi arasındaki ekonomik değişimlere göre, dava tarihinde ödenmekte olan kira parasının edimler arasındaki dengeyi bozucu nitelikte değişikliğe yol açmadığı belirtilerek çelişki yaratılmıştır. Bunun yanında, ekonomik değişimler ile emsal kiralardaki artış ortalamasının bozulan dengenin dağıtılmasında hakkaniyete uygun olacağı nedeniyle dava tarihi itibarıyla aylık brüt kiranın 6.887.50 Euro olması gerektiği bildirilmiştir.

Kiralananın bulunduğu çevredeki gelişmeler de bir uyarlama faktörüdür. Bilirkişi raporuna göre, mecurun emsalleri ve rayiç nazara alınarak dava tarihi itibarıyla çevrede bulunan diğer taşınmazlar ile mecurun kirası arasında 3 kattan fazla fark bulunmaktadır. Sözleşme kurulduktan sonra, çevredeki gelişme nedeniyle ortaya çıkan bu durum, olağanüstü ve objektif nitelikte olup, değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklenedikleri edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulduğu anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece, mecurun bulunduğu çevredeki gelişmeler dikkate alınarak aylık kira bedelinin, hak ve nesafet, doğruluk ve dürüstlük

kuralları ışığında değerlendirme yapılmak ve bilirkişi raporundaki çelişki giderilmek üzere yeni bilirkişi raporu alınarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yazılı düşüncelerle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle temyiz olunan hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 17.15 TL.temyiz harcının istek halinde iadesine, 07.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVADAN FERAGAT • KESİN HÜKÜM SONUCU**YARGITAY AŞAMASI**

ÖZET: Feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Bu nedenle Yargıtay incelemesi aşamasında dahi davadan feragat edilebilecektir.*

Y.13. HD. E.2011/10543 K.2011/16941 T.21.12.2011

Davacı, davalı T.Garanti Bankası A.Ş. ile asıl borçlu dava dışı Ş.K. arasında akdedilen tüketici kredi sözleşmesinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince adi kefil olmasına rağmen, banka tarafından asıl borçluyla birlikte aynı anda imlasız icra takibine maruz kaldığını, işbu kredi sözleşmesinin ticari nitelikte olmadığından bahisle öncelikle asıl borçlu hakkında icra takibi yapılması gerektiğini ileri sürerek, davacı tarafından açılan Çorum 1.İcra Müdürlüğü'nün 2009/8631 Esas sayılı takip dosyasında kendisinin borçsuz olmadığına tespitine yönelik olarak genel mahkemede menfi tespit davası açmış ve borçlu olmadığına tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, öncelikle söz konusu kredi sözleşmesinin, taraflarının tacir olması nedeniyle ve Ticaret Kanunu hükümleri gereğince ticari iş niteliğinde olduğunu, tüketici işlemi niteliğinde bir hukuki muamele olmadığını, bu nedenle, tüketici mahkemesi sıfatıyla davanın açılmış olduğu Çorum 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bu dava bakımından görevsiz olduğunu, kaldı ki, taraflar arasında yapılan kredi sözleşmesinde, kefalete ilişkin olarak müşterek müteselsil borçlu ve müteselsil kefil sıfatının kararlaştır-

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

rıldığını, sözleşmenin matbuu olmayıp taraflar arasında yapılan özel müzakereler sonucu akdedilmiş olması nedeniyle kefaletin niteliğine ilişkin bu şartın geçersiz sayılamayacağı, bu nedenlerle, asıl borçlu ile birlikte veya doğrudan müteselsil kefilin de takip edilebileceğini, davacının kendisine 2011/10543-16941 Gönderilen usulüne uygun ödeme emrine süresi içerisinde itiraz edebilecekken bu yola başvurmayıp menfi tespit davası açmasında da hukuki bir yararının bulunmadığı ve davacının bu davranışı ile kötü niyetli olduğunu ortaya koyduğunu, diğer taraftan söz konusu kredi sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu kabul edilse dahi, davacı ve asıl borçluya karşı 4077 Sayılı Kanun'a göre usulüne uygun muacceliyet ihbarının yapıldığını ve davacının bu yöne ilişkin itirazlarının da reddedilmesi gerektiğini ileri sürerek davanın reddini ve mahkemenin görevsiz olduğuna karar verilmesini dilemiştir.

Mahkeme tarafından, bu kredi muamelesi, tüketici işlemi niteliğinde kabul edilerek, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10.maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde yer alan, "Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren asıl borçluya başvurmadan, kefiliden asıl borcun ifasını isteyemez." Şeklindeki, Kanun'un bu emredici hükmü karşısında, davalı bankanın asıl borçlu aleyhine icra takibi yapıp, takip semeresiz kalmadıkça kefil hakkında takip yapmasının mümkün olmadığını, borcun muaccel olduğuna yönelik olarak davalı tarafça çekilen ihtarın Kanun'un aradığı şartlara uygun olmaması sebebiyle, davanın kabulüyle davacının borçlu olmadığına tespitine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1) Her ne kadar, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm, süresi içerisinde davalı vekilince temyiz edilmişse de, davacı, davadan sonra ve fakat ilk derece mahkemesi tarafından lehine verilen karar henüz kesinleşmeden önce davasından feragat etmiştir. Feragat, taraflardan birinin netice-i talebinden vazgeçmesidir. (HUMK m.91) Diğer taraftan, 1086 sayılı HUMK m.95/f.1 gereğince, feragat kesin hükmün hukuki neticelerini doğurmaktadır. Bu doğrultuda olmak üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun , 02.05.2007 Tarih, 2007/1-263 Esas ve 2007/236 Karar sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi, hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada, hatta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca bozulan direnme kararının da kesinleşmediği bir safhada davadan feragat edilebilmesi mümkündür. Nitekim, Yargıtay'ın bu müstekar içtihadı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun koyucusu tarafından da kanunlaştırılmıştır. (HMK m.310) Buna göre, 01.04.1940 gün, 1939/15 Esas ve 1940/70 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve mezkur Hukuk Genel Kurulu kararı uyarınca, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incele-

mesine usulen engel oluşturan davacının ferağat beyanının, mahkemece incelenip değerlendirilmesi ve ferağat çerçevesinde bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, mahkemesince ferağat nedeniyle yeniden bir değerlendirme yapılması için hükmün bozulması gerekmektedir.

2) Yukarıda açıklanan bozma nedeniyle, davalının temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle de davalının temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek olmadığına, aşağıda dökümü yazılı 246.00 TL.kalan harcın temyiz edenden alınmasına, 21.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KONUT KREDİSİ MASRAFI



HAYAT SİGORTASI PRİMİ

ÖZET: Banka, konut kredisinde masraf olarak yalnızca, makul, zorunlu ve belgeli masrafları tüketiciden alabilir.

Y.13 HD. E.2012/21461 K.2012/25209 T.08.11.2012

Taraflar arasındaki satıcının hakem kurulu kararına itirazı davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının konut kredisi sözleşmesi gereğince kredi kullandığını, krediden dolayı davalıdan dosya masrafına alındığını, davalı tarafından hakem heyetine başvurulduğunu, hakem heyetinin dosya masrafını davalıya iadesine karar verdiğini, verilen bu kararın usul ve yasaya aykırı olduğundan hakem heyeti kararının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı; davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalı banka tarafından yapılan tahsilatlara ilişkin taraf-

lar arasındaki sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliğinde bulunduğu gerekçesi ile davanın Reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu , tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup, 4077 sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanunu'nun 4822 sayılı Kanun'la değişik 6.maddesi ile Avrupa Konseyi'nin 05.04.1993 tarihli, 1993/13/AET Yönergesinde ve bu yönergeyi iç hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6.maddesinin üçüncü 2012/21461-25209 fıkrasına göre, " Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez" hükmü yer almaktadır. Yine 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 Sayılı Kanunla değişik 6.maddesi ile sözleşmelerdeki "haksız şart" kurumu düzenlenmiş ve satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşullarının haksız şart olup, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı olmadığı belirtilerek, satıcı veya sağlayıcının, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükünün ise ona ait olduğu belirtilmiştir. 4077 Sayılı Kanun'un değişik 6.ve 31.maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. Maddesinde ise "satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartların batıl olduğu" hükmü getirilmiştir.

Dosya kapsamına göre, taraflar arasında Konut Kredisi sözleşmesi düzenlenmiş olup, kredi sözleşmesinin 14.maddesinde müşterinin, sözleşme nedeni ile ödenmesi gerekli her türlü vergi, resim, harç ve masraflardan sorumlu olduğu belirtilmiş ise de, anılan maddenin taraflarca ayrıca ve açıkça müzakere edildiği hususu kredi veren tarafından ispatlanmadığı gibi diğer ücret ve masraflar başlığı altında, miktarı sözleşme tarihi itibariyle belirlenmeyen ve ileride doğması muhtemel masrafların

da tüketiciden alınacağına dair, tek taraflı olarak tanzim edilen hükmün, yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Ne var ki incelenen dosya içeriğine göre, davacıdan yapılan tahsilatlar içerisinde , dosya masrafı ve komisyon ödemeleri dışında, sözleşme kapsamında alınan sigorta bedeli ücretinin de bulunduğu anlaşılmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki; her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin bir hükmü, tüketicinin bir menfaatinin ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Davacı bankanın kredi borçlusunun hayat sigortası yapılmasındaki asıl amacının kredi borcunun teminat altına alınması olduğu, ancak belli bir prim ödeme borcu getirmekle birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davalı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında davalıdan tahsil edilen sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğu gerekçesiyle ödenen primlerin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Davacı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde; bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir. Buna göre; mahkemece, davacı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, bilirkişi ve kredinin kullanılması için zorunlu ve belgeli masrafların neler olduğunun tespiti noktasında rapor alınarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın tümüden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2-Bozma nedenine göre davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, 2.bentte açıklanan nedenler ile davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/III-2.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 08.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ALIŞVERİŞ MERKEZİ • OTOPARK HİZMETİ • ARAÇTA HIRSIZLIK

ÖZET: Alışveriş merkezinde bulunduğu belirtilen otoparkın gerçekten o alışveriş merkezine ait olduğu ya da alışveriş merkezi tarafından işletildiği ve giderek alışveriş merkezinin o yerle ilişkisinin olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.*

Y.13.HD. E.2012/18844 K.2012/20850 T.24.12.2012**

Davacı, davalı şirketin İçerenköy 'deki alışveriş merkezinin otoparkında 06.08.2009 tarihinde aracının camı kırılarak 3.000.00 TL. değerindeki eşyaların çalındığını, derhal durumu yetkililere bildirdiğini, aracın içerisinden bir adet notebook, harddisk, cep telefonu, mp3, ses kayıt cihazı, banka kartlarının bulunduğunu, çalınan eşyaların değerinin yaklaşık 3000.00 TL.civarında olduğunu, davalının kusuru ve ihmali sonucu zararının oluştuğunu belirterek bu zararının ve 5.000.00TL.manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin kendilerine ait olmadığını, alışveriş merkezindeki diğer kiracılardan bir farklarının bulunmadığını, güvenlik şirketi elemanlarının bağlı olduğu şirketin kendi şirketlerinden bağımsız bir şirket olduğunu savunarak davanın husumet nedeniyle reddini dilemiştir.

Mahkemce, davalı alışveriş merkezinin basiretli bir tacir gibi, iş yerinde bulunanların güvenliğinin sağlanmasında gereken önlemleri yerine getirmek zorunda olduğu, çalışanların denetlenmesi yönünde zafiyetin bulunması halinde davalı alışveriş merkezinin bu durumun sonuçlarına katlanması gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 2.815.00 TL. maddi tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1) Dava, alışveriş merkezi otoparkına bırakılan araçta meydana gelen hırsızlık olayı nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davacı tarafından otoparka bırakılan araçından camı kırılmak suretiyle hırsızlık yapıldığını belirterek maddi , manevi tazminat isteminde bulunulmuş, davalı alışveriş merkezinde kiracı olduğunu, mülkiyetin dava dışı bir şirkete ait

* Gönderen: Gürkan BAŞARAN

** Dergimizin 2009 / 5. sayısının 2814 sayfasındaki kara

olduğunu, sadece alışveriş merkezinin bir kısmında iştiğal ettiğini, başka kiracıların da bulunduğunu, ayrıca otoparkın giriş ve çıkışının serbest olduğunu, sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Dava taraflar arasında BK.nun 463 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan vedia (saklama) sözleşmesi kurulup kurulmadığı ve davalının sorumluluğu noktasında toplanmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi incelemesi dosya üzerinde yapılmıştır. Bilirkişi raporunda otoparkın tek başına davalı tarafından işletilip işletilmediği hususunda bir inceleme yapılmamıştır. Öncelikle mahallinde keşif yapılarak, davacının iddia ettiği gibi davalı tarafından otopark hizmeti verilir vermediği, otoparkın konumu, yol kenarı da, herkesin rahatça park edebileceği bir alan mı yoksa sadece alışveriş merkezine ait özel bir otopark niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmeli, sadece alışveriş merkezine ait olduğunun tespiti halinde, alışveriş merkezinin mülkiyet ve işletilme biçimi ile ilgili nitelikleri tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmeli, eğer davalının bu yerle bir ilişkisi varsa davalının sorumluluğu cihetine gidilmeli, bir ilişkisi yoksa hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmelidir. Mahkemece, anılan hususlarda sunulan deliller ve mahallinde yapılacak keşif sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu yönün göz ardı edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2-Bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, (2) nolu bentte açıklanan nedenle tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 41.85 TL.temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

KOMŞULUK HUKUKU • AĞAÇ DALLARI VE KÖKLERİ



TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Komşuluk ilkelerine aykırı olarak başkasının mülküne geçip zarar veren dal ve köklerin zarar gören mülk sahibi tarafından kesilebileceği yasada öngörülmüştür.

Bir davada hüküm kurulurken taleple bağlılık ilkesi uyarınca davacının talebi aşılmamalıdır.*

Y.14. HD. E.2011/9224 K.2011/11483 T.04.10.2011

Dava, komşuluk hukukuna aykırı davranışın giderilmesi isteğine ilişkindir.

Davalı, dava tarihinden sonra dava konusu ağaçların bir kısım dallarını kestiğini, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne, 16 adet ardıç ağacının sökülerek davacıya ait parsel ile ortak sınırdan en az 1,5 metre içeriye dikilmesine karar verilmiştir.

Hükmü, davalı temyiz etmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." Hükmü ile malikin mülkiyet hakkının yasal sınırlar içinde kullanabileceğini düzenlemiştir. Anılan Kanunun taşınmaz mülkiyeti hakkının kısıtlamalarını düzenleyen "komşuluk hakkı" hükmünde yer alan 740. maddesi, başkasının mülküne geçip zarar veren dal ve köklerin zarar gören mülk sahibi tarafından kesilebileceği hükmünü içermektedir. Bu madde ile de mülkiyetin taşkın kullanımına kısıtlama getirilmiştir. Mülk sahibi bu hakkını kendi kullanabileceği gibi, bu zararının mahkeme aracılığıyla da giderilmesini isteyebilir. Burada esaslı unsur zarar görmedir.

Somut olayda, keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda ağaçların

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

yaprak ve dallarının komşu parselleri kirlettiği, güneş ışığından yararlanmayı engellediği belirtildikten sonra 1. sıradaki 16 adet ardıc ağacının sökülerek ortak sınıra 150 cm. mesafede dikilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Davacı dava dilekçesinde, ağaç ve dalların kesilmesini talep ettiğiinden mahkemece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesi gereğince taleple bağlı kalınarak zarar veren ağaçların sadece güneş ışığından yararlanmayı engelleyen dallarının kesilmesine karar verilmekle yetinilerek infaza elverişli bir hüküm kurulması gerekirken ağaçların sökülüp 1,5 metre içeriye dikilmesine de karar verilmesi doğru olmamış, bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırıma iadesine, 04.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

KAT MALİKİNİN AÇTIĞI DAVA



BAĞIMSIZ BÖLÜMÜN SATILMASI

ÖZET: Kat malikinin ortak yerlerde onarım yapılması istemiyle açtığı davanın devamı sırasında bağımsız bölümün satılarak el değiştirmesi halinde yeni malik olan kişi açılmış olan davaya katılır ve davacının yerine geçer.*

Y.18.HD. E.2011/6850 K.2011/10485 T.24.10.2011

Kat irtifaklı ana taşınmazda bağımsız bölüm maliki olan kişinin, ortak yerlerde onarım yapılması istemiyle açtığı bir davanın devamı sırasında bağımsız bölümün satılarak el değiştirmesi halinde yeni malik olan kişi açılmış olan davaya katılabilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinin 2 nolu fıkrasında, davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder hükmüne yer verilmiştir. Açıklanan bu hususlar dikkate alınmadan, mahkemece ortak yerlerde onarım yapılması ile ilgili istemin yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi 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 harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 24.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

MİLLİ SAVUNMA BAKANLIĞI'NIN EĞİTİM VE ÖĞRETİMDEN KAYNAKLANAN ALACAK DAVASI

ÖZET: Bozma ilamında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 10.maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na eklenen geçici 32. madde hükmü çerçevesinde değerlendirilip oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gereğine değinilmiş olup, mahkemece; davalının 12 Mart 1971 tarihinden bu Kanunun yayımı tarihine kadar yargı denetimine kapalı idari işlem veya Yüksek Askeri Şura kararı ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişığının kesilmediği ve davalının bu madde hükümlerinden yararlanabilmesi için süresi içerisinde davacı idareye başvurusunun bulunup bulunmadığı hususlarında araştırma yapılmalıdır.

Y.18.HD. E.2012/9597 K.2012/9147 T.10.09.2012

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünöldü:

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ise de, gerekleri yerine getirilmemiştir.

Şöyle ki;

Bozma ilamında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 10. maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa eklenen geçici 32. madde hükmü çerçevesinde değerlendirilip oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gereğine değinilmiş olup, mahkemece; davalının 12 Mart 1971 tarihinden bu Kanunun yayımı tarihine kadar yargı denetimine kapalı idari işlem veya Yüksek Askeri Şura kararı ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişığının kesilmediği ve davalının bu madde hükümlerinden yararlanabilmesi için süresi içerisinde davacı idareye başvurusunun bulunup bulunmadığı hususlarında araştırma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiştir.

Bu nedenle, yukarıda belirtilen hususlarda gerekli araştırma yapılarak, davalı hakkında anılan yasal düzenlemenin uygulanmasının mümkün olmaması halinde, 03.06.2012 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak

yürürlüğe girmiş bulunan 6318 sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 47. maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112.maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik de dikkate alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi 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**, 10.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MALİKLERİNİN GİDER PAYLAŞIMINA UYMAMASI

ÖZET: Kat malikinin ortak yerlerde onarım yapılması istemiyle açtığı davanın devamı sırasında bağımsız bölümün satılarak el değiştirmesi halinde yeni malik olan kişi açılmış olan davaya katılır ve davacının yerine geçer.*

Y.18.HD. E.2012/9381 K.2012/11154 T.15.10.2012

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı dava açtığı dilekçesinde; 15.01.2011 tarihinde yapılan kat malikleri kurulu toplantısında yönetici seçildiğini, Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20. maddesi gereğince ortak giderlerin arsa payları oranında ödenmesinin esas olduğunu ve bu yönde uygulamaya geçildiği halde davalıların buna itiraz ettiklerini, yakıt ve diğer ortak giderlerin eşit olarak alınması yönündeki kat maliklerinin ısrarlı tutumları nedeniyle yönetimi zor duruma düşürdüklerini ileri sürerek ortak gider paylaşımına uyulmamasından doğan anlaşmazlığa hakim müdahalesi talep edilmiş; mahkemece davanın kabulüyle, davalıların Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20/b maddesinde belirtilen ortak giderlere arsa payları oranında katılmalarına karar verilmiştir.

Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20.maddesinde, kat maliklerinden her biri-

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

nin aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça ortak giderlere ne oranda katılacaklarını düzenlemiş olup, buna göre kat maliklerinin ortak giderleri kat malikleri kurulu toplantısında belirleyecekleri gibi yönetim planıyla da giderlerin paylaşım şekli belirlenebilir, aksi halde Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20.maddesi hükümleri uygulanır. Kat malikleri kurulu kararının yönetim planına veya Yasa hükümlerine aykırı olduğu iddiasında olan kat maliki ortak giderlerle ilgili kat malikleri kurulu kararına karşı iptal davası açabilir. Bu nedenle davanın reddi gerekirken kat malikleri iradesi yerine geçip yönetim planı da göz ardı edilerek Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20.maddesine göre ortak giderlerin paylaşılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.10.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

İTİRAZIN İPTALİ • BORCUN KISMEN ÖDENMESİ

İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: İtirazın iptali davası açılmadan önce borcun bir kısmı ödenmiş ise, ödenmiş olan kısım üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Y.19.HD. E.2007/4505 K.2007/10169 T.15.11.2007

Davacı vekili, taraflar arasındaki ticari ilişkide davalının müteaddit kereler davacıdan mal aldığını, kısmi ödemelerde bulunduğunu, ancak bakiye alacağını ödenmediğini, girilen icra takibine itiraz edildiğini belirterek itirazın iptaline, takibin devamına, %40'tan az olmamak üzere tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, icra takibinde ödeme emrinin borçlu davalıya 27.07.2006 tarihinde tebliğ edildiği, borçlu –davalının alacaklı – davacı hesabına aynı gün havale yaptığı, 01.08.2006 tarihinde borç ödendiği için takibe itiraz ettiği, borçlunun alacak miktarına itiraz etmeyerek miktar yönünden alacağı kabul ettiği, ancak takip giderleri ve vekalet ücretini ödememek için kötü niyetli olarak takibe itiraz edip, durmasına ve itirazın iptali davası açılmasına neden olduğu gerekçesiyle, davalının itirazının iptaline, takibin devamına, alacaklı hesabına yatırılan 2.045.00 YTL. ödemenin İcra Müdürlüğü'nce nazara alınmasına, alacak likit olduğundan %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nın 67/1.maddesine göre, takip talebi itiraza uğrayan alacaklı, itirazın kendisine tebliğini izleyen bir yıllık süre içinde mahkemeye başvurarak, İİK'nın 66.maddesi uyarınca takibin durmasına neden olan itirazın iptalini isteyebilir. Ancak, henüz alacaklı tarafından itirazın iptali davasının açılmadığı devrede borçlu itiraza konu borcu kısmen veya tamamen ödeyebilir ve bunu engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Borçlu itirazın iptali davası açılmamış iken itirazına konu borcu kısmen veya tamamen öderse ödeme tutarında alacaklının itirazın iptali davası açmasına gerek

kalmayacağı ve böyle bir davayı açmakta hukuki yararı olamayacağı açık olduğu gibi, icra inkar tazminatı niteliği gereği itirazın iptali davası sonucunda davanın kısmen veya tamamen kabulüne karar verilmesi koşuluna bağlı olarak hükmolunan miktar üzerinden tahsiline karar verilebilecek bir tazminat olup, takibe konu borcun dava tarihinden önce ödenmesi halinde alacaklının Ödenen kısım yönünden dava açmakta hukuki yararı olmayacağından ödenen tutar göz önüne alınmadan, borca itirazın tümüyle iptali istemiyle açılan dava, ödenen kısım yönünden reddedileceğinden, bu kısım için de alacaklı yararına icra inkar tazminatına hükmedilemeyecektir. Somut olayda takipten sonra, davadan önce yapılan ödemeler tutarında alacaklının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı, bu suretle de icra inkar tazminatına davanın kabul edilen tutarı üzerinden hükmedilebileceği dikkate alınmadan yazılı gerekçe ile karar verilmesi doğru değildir.

Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ • KÖTÜ NİYET TAZMİNATI



SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ

ÖZET: Davacı tarafça itiraz edilmedikçe yargılamanın her safhasında davalı tarafça kötü niyet tazminatı istenebilir.

Y.19.HD.E.2007/7126 K.2008/1411 T.19.02.2008

Dava, satıştan kaynaklanan faturaya dayalı alacağın tahsili için girilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davalı vekili, davanın reddi ile %40 tazminatın davacıdan tahsili gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacı alacağını ispat edemediğinden davanın reddine, davalı tarafın yasal süre içinde istenmeyen tazminat talebinin yerinde ol-

madığına karar verilmiş, hüküm tazminat talebinin reddinin yanlış olduğu gerekçesiyle davalı yanca temyiz edilmiştir.

Davalı vekili, 18.10.2006 tarihli dilekçesinde kötü niyet tazminatı talebinde bulunmuştur. Dilekçe tarihinden sonraki 23.11.2006 tarihli ilk oturumda anılan dilekçenin verildiği tutanağa geçirilmiş ve hazır bulunan taraf vekillerinin beyanları alınmıştır.

Davacı vekili, gerek bu oturumda gerekse sonraki oturumda savunmanın genişletilmesi yönünde bir itirazda bulunmamıştır. Davacının itirazına uğramadıkça davalı yargılama süresince kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilir. Bu durumda, mahkemece davalının kötü niyet tazminatı talebinin incelenip değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 19.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ • GEÇMİŞ GÜNLER FAİZİ



TEMERRÜT TARİHİ

ÖZET: Satış sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin olarak takipten önce borçlunun temerrüde düşürüldüğünün kanıtlanamaması halinde, takipten önceki devre için geçmiş günler faizi istenemez.

Sözleşmede fatura tarihinin temerrüt tarihi olduğu belirtilmiş ise de, önceden bilinmeyen fatura tarihinin temerrüt tarihi olduğu kabul edilemez.

Y.19.HD. E. 2007/7905 K.2008/1632 T.25.02.2008

Dava, 15.03.2005 tarihli Akaryakıt Satış Sözleşmesi, faturalar ve vesiye fişlerinden kaynaklanan alacağın tahsili için girişilen icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacıdan mal almadıklarını, sözleşmeyi imzalayan ki-

şinin tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili kişi olmadığını belirterek, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, sözleşme ile benimsenen bilirkişi raporu karşısında 1 davanın kısmen kabulü ile davalının icra dosyasına itirazının kısmen iptaline, takibin 10.603.24 YTL.üzerinden,takipten itibaren ana alacak 7.915.21 YTL.ye sözleşmede belirtilen aylık %7, yıllık %84 oranında faiz uygulanmak suretiyle devamına, ana alacak üzerinden hesaplanan 3.166.08 YTL. %40 inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- BK'nın 101.maddesi uyarınca "Borcun ifa edileceği gün taraflarca müttefikan tayin edilmiş olmadıkça, muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur." Taraflar arasında düzenlenen Akaryakıt Satış Sözleşmesi'nde kararlaştırılan temerrüt faizinin, fatura tarihinden itibaren işleyeceği belirtilmiş ise de, fatura tarihi önceden belli olmadığından anılan sözleşme hükmü BK'nın 101.maddesi anlamında borcun ifa edileceği günün, taraflarca müttefikan kararlaştırıldığı biçiminde yorumlanamaz. Takipten önce ihtar da gönderilmediğine göre, temerrüt tarihi olarak takip tarihinin esas alınması gerektiği düşünülmeden mahkemece, fatura tarihinden itibaren faiz hesabı yapan bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiştir.

Sonuç

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte belirtilen sebeplerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 25.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ • BİR YILLIK SÜRE • TEBLİĞ KOŞULU

ÖZET: İcra takibine itiraz edilen alacaklı itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde itirazın iptalini talep edebilir.

Borçlunun itirazı alacaklıya tebliğ edilmiş olmadıkça söz konusu bir yıllık süre işlemeye başlamaz.

Y.19. HD. E.2008/7104 K.2009/1266 T.19.02.2009

Davacı vekili, davalı aleyhine başlatılan ilamsız takibe itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına, %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın süresinde açılmadığını belirterek talebin reddini istemiştir. Mahkemece takibe itiraz dilekçesi davacı alacaklıya tebliğ edilmişse de, davacının 15.01.2007 tarihinde itirazı öğrendiği, 16.01.2008 tarihinde açılan davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın süre yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'in 67. maddesine göre, takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliğ tarihinden itibaren 1 sene içinde mahkemeye başvurarak genel hükümler dairesinde alacağının varlığının ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. Hükümde itirazın iptali davasının açılması için öngörülen sürenin itirazın tebliğinden itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Borçlunun itirazı alacaklıya tebliğ edilmiş olmadıkça, itirazın iptali davası açılması için öngörülen süre işlemeye başlamaz.

Davacı alacaklı, borçlunun mal beyanında bulunmaması nedeniyle cezalandırılmasını 15.01.2007 tarihli dilekçe ile istemişse de , bu dilekçede itirazın tebliğine ilişkin bir açıklama bulunmadığından, sürenin başlangıcı olarak bu tarih de esas alınamaz.

Mahkemece bu yönler gözetilerek işin esasına girilerek iddia ve savunma doğrultusunda toplanan deliller değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın süreden reddi isabetsizdir.

Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcin istek halinde iadesine, 19.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ



İCRA DAİRESİNİN YETKİSİNE YAPILAN İTİRAZ

ÖZET: İtirazın iptaline konu olan İcra dairesinin yetkili olmadığı belirtilerek takibe itiraz edilmiş ise; öncelikle icra dairesinin yetkili olup olmadığı araştırılarak hüküm kurulmalıdır.

Y.19. HD.E.2009/11238 K.2010/7206 T.09.06.2010

Davacı vekili, fatura içeriğindeki malların müvekkilince davalıya satılarak teslim edilmiş ise de, bedelinin ödenmediğini, aleyhine girilen takibe davalı borçlunun itirazı sonucu takibin durduğunu belirterek, itirazın iptali, takibin devamı ve %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, icra dairesinin yetkisine itirazını tekrarlayarak yetkili mahkemenin ikametgahının bulunduğu Alanya Sulh Hukuk Mahkemeleri olduğunu bildirmiş ve taraflar arasında ticari ilişki bulunmadığı gerekçeyle davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının ticari ilişki bulunmadığına dair savunmaları gözetilerek mahkemenin davalının ikametgahının bulunduğu Alanya Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu gerekçeyle dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı takibe itirazında akdi ilişkiyi inkar etmekle birlikte, icra dairesinin yetkili olmadığını bildirerek yetki itirazında bulunmuştur.

Mahkemece yapılan değerlendirmede; davalının mahkemenin yetkisine de itiraz ettiği gözetilerek, davanın HUMK'un 9.maddesi uyarınca davalı ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinde açılmadığı gerekçeyle dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmiştir.

Bu durumda mahkemece; 20.11.2002 gün ve 2002/19-900 Esas, 2002/994 Karar Sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararı uyarınca öncelikle icra müdürlüğünün yetkisine yönelik itirazın incelenerek, İİK'in 50.maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılmak suretiyle varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 09.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

YETKİ İTİRAZI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İcra takibine karşı münhasıran yetki itirazı yapılmış ise, bu itirazın kaldırılacağı merci icra mahkemesidir.

Y.19. HD. E.2010/8115 K.2011/2209 T.21.02.2011

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkili şirketin davalı şirkete dağıtım hizmeti verdiğini, ancak davalı şirketin almış olduğu hizmetin bedelini ödemediğini, bunun üzerine başlatılan icra takibine davalı tarafça haksız olarak itiraz edildiğini belirterek itirazın iptaline, takibin devamına ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, borca itiraz etmediklerini, sadece icra dairesinin ve mahkemenin yetkisine itiraz ettiğini, bu nedenle itirazı inceleme görevinin İcra Mahkemeleri olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan deliller doğrultusunda davalının temel borç ilişkisini inkar etmediği, alacağın faturaya dayandığı, BK.nın 73/2., İİK'in 50 ve HUMK'un 10.maddesi gereğince alacaklının ikametgahının yetkili olduğu, bu nedenle borçlunun yetki itirazının haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

İcra takibi sebebiyle gönderilen ödeme emrine karşı borçlu sadece yetki itirazında bulunmuş ise, bu itirazın kaldırılması yetkisi münhasıran icra mahkemesine ait olup, alacaklının itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden isteyebileceği İcra ve İflas Kanunu'nun 50/2. maddesi hükmü gereğidir. (Baki Kuru, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 19. Bası, s.124) Bu durumda mahkemece icra mahkemelerinin görevli olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harç istek halinde iadesine, 21.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • DAVADA KANITLAR

ÖZET: İtirazın iptali davası genel hükümlere göre açılmış bir dava olup, bu davada genel hükümler doğrultusunda her türlü delile başvurulabilir.

Y.19. HD. E.2011/8821 K.2012/510 T.19.01.2012

Davacı vekili, davalı hakkında kredi kartı borcunun tahsili amacıyla Sorgun İcra Müdürlüğü'nün 2009/2231 esas sayılı dosyasında İcra takibi yaptıklarını, davalının yasal süresi içinde borca itiraz ederek takibi durdurduğunu, davalının itirazının tamamen yersiz ve haksız olduğunu belirterek icra dosyasındaki davalının itirazının iptaline, takibin devamına ve %40 tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı duruşmada, icra dosyasına yapmış olduğu itirazlarını aynen tekrar ettiğini, takibe konu kredi sözleşmesi altındaki imzanın kendisine ait olmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının davacı banka tarafından yapılan hesap kat ihbarnamesine 30 günlük yasal süre içerisinde itiraz etmediği, bu sebeple İİK 68b/3 maddesi gereğince borcu ödemediği imza inkarında bulunamayacağı, davacı bankanın yapmış olduğu faiz talebinin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne ve itirazın iptaline karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

İİK 68/b maddesi, icra mahkemesince, ilamsız icra takibine itiraz üzerine açılacak itirazın kaldırılması davasında uygulanır.

İtirazın iptali davası genel hükümlere göre açılan bir dava olup, taraflar iddia ve savunmalarını İİK 68/b maddesinde öngörülen usulden ayrı olarak ileri sürebilir. Mahkemece davalının kredi sözleşmesindeki imzaya itirazı üzerinde durulup imzanın davalı borçluya ait olmadığını tespiti halinde, kredi kartının kime teslim edildiği ve kullanılıp kullanılmadığı hususları üzerinde durulup, toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, bozma sebebine göre davacı tarafın temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 19.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

BİR YILLIK HAK DÜŞÜRÜMÜ SÜRESİNİN BAŞLANGICI

ÖZET: İtirazın iptali davası bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılır. Ancak borçlunun itirazı alacaklıya tebliğ edilmedikçe hak düşürücü süre işlemez. Buna göre, hak düşürücü süre işlemez. Buna göre, hak düşürücü süre alacaklının borçlu itirazını öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.*

Y.19. HD.E.2011/10921 K.2012/2655 T.22.02.2012

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkili banka ile davalılardan Ziya arasında akdedilen genel kredi sözleşmesinde diğer davalının da kefil olarak yer aldığını, kredi borcunun ödenmemesi üzerine aleyhlerine girilen takibe davalılardan itirazı sonucu takibin durduğunu belirterek itirazın iptali, takibin devamı ve %40 oranında icra inkar tazminatının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davacı yanca mükerrer takip başlatıldığını ve davanın da bir yıllık yasal sürede açılmadığını bildirerek, reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; davalıların icra takibine 01.09.2008 tarihinde itirazları sonucu takibin durduğu ve bu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde davanın açılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

İİK 67/1.maddesinde “Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat etmek suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.” Denilmektedir.

Davanın dayanağını oluşturan icra takip dosyasında davalıların takibe itiraz dilekçelerinin davacıya tebliğine dair bir delile rastlanmamıştır. Bu durum karşısında dava açmak için aranılan bir yıllık hak düşürücü

* Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

sürenin davacı alacaklının itirazı öğrendiği tarih esas alınarak belirlenmesi gerektiği, başka bir deyişle itiraz dilekçesi tebliğ olunmadıkça hak düşürücü sürenin başlayamayacağı gözetilmeksizin mahkemece yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, 22.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • TEMEL KOŞUL

YETKİLİ İCRA DAİRESİ

ÖZET: Yetkili icra dairesinde takip yapılmış olması itirazın iptali davasının temel koşulu olup, öncelikle bu husus mahkemece incelenmelidir.

Takip yetkili icra dairesinde yapılmamış ise itirazın iptali davasının bu yönden reddi gerekir.

Y.19. HD. E.2011/425 K.2012/5591 T.04.04.2012

Davacı vekili; müvekkilinin davalı hakkında yaptığı icra takibine davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; müvekkili şirket merkezinin Eskişehirde olduğunu, savunarak davanın yetki yönünden reddini istemiştir.

Mahkemece; taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığı, HUMK 10 ve BK 73.maddelerinin sözleşmeden doğan davalarda uygulandığı, HUMK 9.maddesi gereğince genel yetki kurallarının uygulanacağını, davalının ikametgahının Eskişehir olduğunu savunarak dava dilekçesinin yetki yönünden reddine, karar kesinleştiğinde ve istek halinde dosyanın yetkili ve görevli Eskişehir Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda hem icra dairesinin hem de mahkemenin yetkisine itiraz edilmiştir. Yetkili icra dairesinde takip yapılması itirazın iptali davasının koşullarından biridir. Bu durumda mahkemece İİK'in 50.maddesi

gözetilerek öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itiraz değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken bu yön üzerinde durulmadan mahkemenin yetkisine yönelik itiraz kabul edilip yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 04.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ



TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: İtirazın iptali davasında hüküm kurulurken, icra dosyasında talep edilen miktar aşılamaz.

Y.19. HD.E.2012/213 K.2012/6526 T.17.04.2012

Davacı vekili, davalının müvekkili şirketten fatura karşılığında hayvan yemi aldığını, bedelini ödemediğini, davalı hakkında takibe giriştiklerini ileri sürerek davalının haksız itirazının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, faturalar, sevk irsaliyeleri, defterleri ve icra dosyası kapsamında alınan bilirkişi raporuna göre davanın kabulüne, davalının icra dosyasına vaki itirazının iptaline, takip miktarı üzerinden hesaplanacak %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplerle, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı alacaklı, icra takip dosyasındaki talebinde 56.958 TL.asıl alacak ve 7.097.18 TL. işlemiş faiz toplamı 64.055.18 TL.nin tahsilini

talep etmiş, davalının itirazı üzerine 56.958 TL.asıl alacak yönünden itirazın iptali istemi ile dava açmış ve harcını da bu miktar üzerinden yatırmıştır. Mahkemece, davalının icra dosyasına vaki itirazının iptali ile takibin devamına karar verilmek suretiyle takip konusu yapılan senedi dava konusu yapılmayan birikmiş faiz alacağının tahsiline yol açacak şekilde hüküm kurulması, 6100 sayılı HMK'nın 26.maddesinde belirtilen taleple bağlılık ilkesine aykırı olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte belirtilen sebeplerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 17.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ • BORCUN FERİLERİ



İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: “İcra vekalet ücreti, harç ve takip giderleri” yönünden itirazın kaldırılmasına karar verilmelidir. Bu alacakların miktarını icra müdürü hesaplayacaktır.

Asıl borcun feri kalemlerine ilişkin olarak icra inkar tazminatına hükmedilemez.

Y.19. HD. E.2012/5424 K.2012/10365 T.19.06.2012

Davacı, faturadan kaynaklanan alacak için 24.05.2008 tarihli ihtarname keşide etmiştir. Bu ihtarname 29.05.2008 tarihinde davalı borçluya tebliğ edilmiş, davalı 5 günlük sürenin bitiminden bir gün sonra 04.06.2008 tarihinde internet bankacılığı yoluyla asıl alacağın tamamını ödemiştir.

Bu arada davacı alacaklı borçlu aleyhine icra takibinde bulunmuş, ödeme emrini 09.06.2008 tarihinde tebellüğ eden takip borçlusu harici ödemededen bahsetmeksizin alacak ve ferilerinin tamamına itirazda bulunarak takibin durmasına yol açmıştır.

Borçlunun takibe konu alacağı haricen ödemesine rağmen icra müdürlüğüne verdiği itiraz dilekçesinde ödemededen bahsetmeksizin borç ve ferilerinin tamamına itiraz etmesi karşısında takip tümüyle durmuş ol-

duğundan icra müdürlüğünün tahsilat yapılmış gibi kapak hesabı yapıp borcun ferileriyle ilgili davalı borçluya ayrıca muhtıra tebliği imkanı da kalmamıştır.

Davacı yanın davaya konu yaptığı ve yanlar arasında uyuşmazlığa esas teşkil eden husus ödenen tutarla ilgili olarak ödeme tarihine kadar işlemiş faiz tutarı, icra vekalet ücreti, harç ve takip giderlerine yöneliktir. Somut olayda mahkemece miktar belirtmeksizin davalının takibin ferilerine yönelik itirazın iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken bilirkişiye yaptırılan kapak hesabı üzerinden miktar ve tutar belirtmek suretiyle itirazın iptaline karar verilmesi doğru görülmediği gibi hükümde yer alan alacak tutarının feri kalemlere ilişkin olduğu gözetilmeden bu tutar üzerinden ayrıca icra inkar tazminatına hükmedilmesi de isabetli bulunmamış ve hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA** 19.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

SİGORTALILIK SÜRELERİNİN ÇAKIŞMASI

ÖZET: Somut olayda davacının 01.11.1996 tarihinde 506 sayılı Yasaya tabi çalışması sona ermiş ve 26.12.1996 tarihinden 21.02.2005 tarihine kadar minibus işletmeciliğinden dolayı vergi kaydı bulunmaktadır. Davacının 26.12.1996 tarihinden itibaren vergi kaydı ile başlayan 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığı arasında, 506 sayılı Yasa'ya tabi sigortalı çalışmaları mevcut ise de, önceden başlayan sigortalılığı esnaf Bağ-Kur sigortalılığı olup çifte sigortalılık mümkün olmadığından, davacının 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında kalan 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığının iptal edilmesi gerekmektedir.

Y.21.HD. E.2009/6969 K.2010/5256 T.04.05.2010

Davacı, 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arası SSK sigortalılık süreleri ile çakışan Bağ-Kur sigortalılık sürelerinin iptali ile çakışmayan sürelerin geçerliliğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre davalı SGK'nun aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, davacının 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında 506 sayılı Yasaya tabi çalışmaları ile çakışan 1479 sayılı Yasaya tabi sigortalı çalışmalarının iptali ile 506 sayılı Yasaya tabi çalışmalarının geçerli olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında (02.06.1997-03.10.1997 arası 121 gün, 15.06.1998-01.11.1998 arası 120

gün, 01.07.1999-01.11.1999 arası 121 gün, 15.08.2000-14.09.2000 arası 30 gün, 01.07.2001-01.10.2001 arası 90 gün, 01.08.2002-01.11.2002 arası 91 gün, 03.06.2003 -01.11.2003 arası 120 gün, 01.06.2004 – 20.09.2004 arası 120 gün) toplam 813 gün 506 sayılı Yasaya tabi hizmetleri ile çakışan Bağ-Kur sigortalılık sürelerinin iptaline, çakışma dışı kalan Bağ-Kur sigortalılık sürelerinin geçerli olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 06.01.1985 tarihli işe giriş bildirgesi ile vergi kaydından dolayı 19.06.1985 tarihinde 1479 sayılı Yasa'ya tabi Esnaf Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edildiği, ilk prim ödemesini 25.11.1988 tarihinde yaptığı, 5458 sayılı Yapılandırma Yasasından yararlanarak borcunu bitirdiği ve 25.04.2006 tarihinde toplu olarak 15.500.00 TL. ödemede bulunduğu, davacının 29.08.1978-29.05.1981, 06.01.1986-30.12.1988 ve 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında vergi kaydının, 01.01.1979-27.12.1984, 19.06.1985-01.08.1991 ve 26.12.1996-28.02.2005 tarihleri arasında Esnaf ve Sanatkarlar Odası kaydının, 27.12.1996-25.02.2005 tarihleri arasında da Esnaf Sicil kaydının bulunduğu, davalı Kurumca 19.06.1985-01.08.1992 ve 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında sigortalı olarak kabul edildiği, ilk kez 506 sayılı Yasaya tabi çalışmasının 03.04.1981 tarihinde başladığı ve 11.10.1982, 11.02.1985, 05.07.1993, 02.08.1994, 15.06.1995, 01.06.1996, 01.01.1996, 02.06.1997, 15.06.1998, 01.07.1999, 15.08.2000, 01.07.2001, 01.08.2002, 03.06.2003, 01.09.2003 tarihlerinde tekrar işe giriş bildirelerinin verildiği, sigortalı hizmet cetvelinde 11.02.1985-23.02.1985 arası 82 gün, 1993 yılında 130 gün, 1994 yılında 90 gün, 1995 yılında 124 gün, 1996 yılında 203 gün, 1997 yılında 121 gün, 1998 yılında 120 gün, 1999 yılında 121 gün, 2000 yılında 30 gün, 2001 yılında 90 gün, 2002 yılında 91 gün, 2003 yılında 120 gün, 2004 yılında 120 gün, 01.06.2005-30.09.2005 arası 120 gün, 2006 yılında 194 gün zorunlu çalışmalarının bulunduğu görülmektedir.

Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp çakışan sigortalılık olarak adlandırılan böyle durumlarda zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde sorun önceden başlayıp devam eden zorunlu sigortalılığa geçerlilik tanınarak çözümlenmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001/21-627 Esas, 2001/659 Karar ve 03.10.2001 günlü kararı ile, 2005/21-389 Esas, 2005/430 Karar ve 29.06.2005 günlü kararlarında önceden başlayan sigortalılığın asıl sigortalılık olduğu özellikle belirtilmiştir.

Somut olayda davacının 01.11.1996 tarihinde 506 sayılı Yasaya tabi

çalışması sona ermiş ve 26.12.1996 tarihinden 21.02.2005 tarihine kadar minibüs işletmeciliğinden dolayı vergi kaydı bulunmaktadır. Davacının 26.12.1996 tarihinden itibaren vergi kaydı ile başlayan 1479 sayılı Yasaya tabi sigortalılığı arasında, 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı çalışmaları mevcut ise de, önceden başlayan sigortalılığı esnaf Bağ-Kur sigortalılığı olup çifte sigortalılık mümkün olmadığından, davacının 26.12.1996-21.02.2005 tarihleri arasında kalan 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığının iptal edilmesi gerekmektedir.

Yapılacak iş, davacının 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığı ile çakışan 506 sayılı Yasaya tabi sigortalılığını iptal etmek ve çıkacak sonuca göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar vermektir.

Mahkemece bu hususlar göz önünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurumun temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 04.05.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

5510 SAYILI YASANIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİYLE MUHTARLAR DA SİGORTALIDIR

ÖZET: Öte yandan, 5510 Sayılı Yasa'nın geçici 8.maddesinde, bu Yasanın 4.maddesine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Yasa'nın yürürlük tarihine kadar kayıt ve tescil yaptırmayanların sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin bu Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme muhtarları da kapsamaktadır.

Y.21.HD.E.2009/7031 K.2010/5644 T.11.05.2010

Davacı, 06.03.2003 tarihinden itibaren muhtar olarak görev yaptığı gerekçesi ile sigortalı olduğunun tespitine, aksine kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, 06.03.2003 tarihinden itibaren muhtar olarak görev yaptığı gerekçesi ile Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile davacının 06.03.2003 tarihinden dava tarihi olan 09.02.2009 tarihine kadar Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar vermiştir.

Davacının 06.03.2003 tarihinden itibaren muhtar olarak görevli olduğu uyuşmazlık konusu değildir.

Uyuşmazlık, davacının muhtarlık görevi nedeniyle 06.03.2003 tarihinden itibaren sigortalı sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağı oluşturan 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Yasası'nın 4.maddesi hükmüne göre, köy ve mahalle muhtarlarından bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmayanlar 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamına alındığı gibi, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden itibaren de 5510 sayılı Yasanın 4/b maddesine göre sigortalı sayılmışlardır.

Öte yandan, 5510 sayılı Yasanın geçici 8.maddesinde, bu Yasa'nın 4. maddesine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Yasa'nın yürürlük tarihine kadar kayıt ve tescil yaptırmayanların sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme muhtarları da kapsamaktadır.

2108 sayılı Yasanın borçlanmaya ilişkin 5. maddesi hükmü 5510 Sayılı Yasa'nın 106/3.maddesi ile 01.10.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Mahkemenin 5510 Sayılı Yasa'nın geçici 8. maddesini göz ardı ederek, davacının 01.10.2008 tarihinden itibaren 5510 sayılı Yasa'nın 4/b maddesi hükmüne göre sigortalı olduğunun tespitine karar vermesi gerekirken yazılı şekilde karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kuru'mun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 11.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI

İŞÇİNİN GERÇEK ÜCRETİNİN TESPİTİ

ÖZET: İşçinin gerçek ücretinin imzalı bordrolardan saptanacağı, işçinin imzası olmayan işyeri ve SGK kayıtlarına itibar edilemeyeceği, imzalı bordroların bulunmaması halinde, işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınacak aynı işi yapan işçilerin aldığı emsal ücretin göz önünde tutulacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y.21.HD. E.2011/3160 K.2012/10650 T.11.06.2012

Dava, iş kazası sonucu davacı işçinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalı Kiptaş A.Ş. hakkında açılan davanın reddine, 190.309.98 TL. maddi tazminattan taleple bağlı kalınarak 190.000.00 TL.nin olay tarihinden itibaren yasal faiz oranı ile birlikte davalı Kiptaş A.Ş.dışında diğer davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, ıslahla manevi tazminat talep edilemeyeceğinden davacının manevi tazminat davası açma hakkı saklı kalmak üzere manevi tazminat talebinin reddine, karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacı işçinin 18.10.2005 günü meydana gelen iş kazası sonucunda %38 oranında sürekli iş göremezliğe uğradığı, kazanın meydana gelmesinde davalı işverenlerin toplam %80,davacı işçinin ise %20 oranında kusurlu oldukları anlaşılmaktadır.

Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalının, maddi zararının hesabında gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği, Dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Hal böyle olunca hesap raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez. Yapılacak iş, davacının yaptığı iş, yaşı, kıdemi belirtmek suretiyle ilgili meslek odasından emsal işçinin alabileceği

günlük veya aylık net ücreti sormak ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek davacının gerçek ücretini tespit edip yukarıdaki ilkeler gözetilerek davacının maddi zararını bilirkişiye yeniden hesaplatmaktadır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılardan T. Yapı İnş. Taah. San. Ve Tic.A.Ş., K. İnş. San. Ve Tic. A.Ş. ve S.G. Seramik San.Ve Tic. A.Ş.ye iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davacıya yükletilmesine 11.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

İŞLETMESEL NEDENLE FESİH

SON ÇARE İLKESİ • YAPILACAK İŞLER

ÖZET: İşletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızasıyla çalışma süresini kısaltmak, esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak gibi fesihten kaçınma imkanlarını kullanması ve bu şekilde feshe son çare olarak bakması gerekir.

Somut olayda, işçinin işverenlik içerisinde çalıştırılabileceği bir pozisyonun olup olmadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

Y.22.HD. E.2012/15902 K.2012/18992 T.20.09.2012

İş sözleşmesinin geçerli ve haklı sebep olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, şirketin geçmiş dönem işleyiş planları, karlılık oranları ve hizmet kalitesi, piyasada yaşanan genel durumu, ülkemizin ve sektörün içinde bulunduğu genel durum vesair veriler sonucunda yapılan değerlendirmeler gereği mağazalarda yeniden yapılanma sürecine girildiğini, bu hususa ilişkin yönetim kurulu ve icra kurulu kararlarının bulunduğunu, bu çalışmalar sonucunda davacının görev pozisyonuna ihtiyaç kalmadığını sonucuna ulaşıldığını ve işveren şirket bünyesindeki yeniden yapılanma gereğince davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17 ve 18.maddelerine istinaden geçerli sebeple sona erdirildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, her ne kadar bilirkişi raporunda şirketçe alınmış işletmesel karar çerçevesinde, davacının çalıştığı pozisyonun kapatıldığı ve şirkette davacının niteliklerine uygun çalışabileceği başka bir pozisyon bulunmadığı ve bu sebeple iş sözleşmesinin feshinin geçerli şartlarının mevcut olduğu sonucuna varılmış ise de, davacıya yapılan fesih bildiri-

minden de, dosyaya sunulan belgelerden de davacıya son çare ilkesi gereğince başka bir iş teklifi yapılmadığı, buna ilişkin davalı şirketçe davacının değerlendirilebileceği başka bir iş konusunda yapılan bir araştırmaya rastlanılmadığı, sonuçta servis bakım şefi olarak davacının görev tanımında belirtilen ve yaptığı işlerin işyerinde varlığını devam ettirdiği, bu işleri mutlaka birisinin yapması gerektiği, sırf pozisyon kapatılacağı için bu işlerin de ortadan kalkmasının söz konusu olmayacağı, yine dosyaya sunulan gazete kopyaları, haberlere ve dosyadaki belgeler göre şirketin yeni mağazalar açtığı ve yeni elemanlar aldığı, şirketin ekonomik ve mali durum verileri, İcra Kurulu kararı ve Yönetim Kurulu kararında belirtilen “ekonomik durgunluk ve sektörün gidişatı” sebeplerinin gerçekçi olmadığı ve nihayet mahkememizde açılan benzer dava dosyalarından çıkarılan davacı işçilerin önemli bir çoğunluğunun objektif kriterlere göre yapılan değerlendirmeye göre değil, dokuz yıl ve daha fazla kıdemi olanlardan oluştuğu, bunun nedeni olarak kıdeminden ve pozisyonundan dolayı yüksek maaş alan personel yerine düşük maaşla yeni personel alma politikasının güdüldüğü izlenimi yarattığı, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli şartlarının oluşmadığı, feshin son çare olma ilkesine uyulmadığı, iş sözleşmesinin feshinde iyi niyetli davranılmadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 sayılı Kanununun 18 ve devamı maddeleridir.

4857 Sayılı Kanun’un 18. maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış Pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebepler-

le sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihden önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihden kaçınma imkanlarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir.

4857 sayılı Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrasına göre feshin geçerli sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Somut olayda, davalı işyerinde ekip şefi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, yeniden yapılanmadan dolayı işletmesel karar gerekçesi ile feshedilmiştir. Davalı tarafça alınan işletmesel karar sonucu durumu gözden geçirilerek beşyüzelli çalışanın isimleri ve pozisyonları dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Ayrıca işletmesel karar öncesi ve sonrasına ait organizasyon şemaları da dosyada bulunmamaktadır. Bu halde ekip şefliği pozisyonunun tamamen kapatılıp kapatılmadığı, kapatılmamış ise hangi mağazalarda devam ettiği, işverenin kararını tutarlı olarak uygulayıp uygulamadığı hususunda yargısal denetim yapılamamaktadır. İşletmecilik ve mağazacılık organizasyonundan anlayan bilirkişinin de aralarında bulunduğu bilirkişi heyeti ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; davacının çalıştığı kadro ve görev tanımında organizasyon değişikliğine gidilip gidilmediği, şubesinde kadrosunun kaldırılıp kaldırılmadığı, organizasyon değişikliğine gidilmiş ve kadrosu kaldırılmış veya değiştirilmiş ise davalı işverenin Türkiye genelinde zincirleme mağazalara sahip olduğu ve yeni mağazalar açmaya devam ettiği gözetilerek davacının şubesinde veya İstanbul ilinde diğer şubelerde görev tanımına uygun bir kadroda iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olan yer değişikliği olmadan somut olarak değerlendirme imkanının bulunup bulunmadığı, davacının çalışabileceği pozisyon var ise bu pozisyonlar için yeni işçi alınıp alınmadığı, bakım servis şefliği pozisyonunun kaldırılmasının davacının başka bir birimde değerlendirilmesine engel olup olmadığı kısaca feshin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünden yeniden denetime elverişli bilirkişi raporu alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Bu yönler gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Kabule göre de gerekçede işe başlatmama tazminatının altı ay üzerinden belirlenmesine karar verilmesine rağmen, hüküm fıkrasında dört ay olarak belirlenmesi, yine gerekçede boşa geçen süre ücretine en çok dört aya kadar hükmedilmişken hüküm fıkrasında kanunun amir hükmüne karşılık üst sınır olan dört ay aşılma suretiyle

en çok altı aya kadar boшта geçen süre ücretine hükmedilmesi de; hem kısa karar gerekçeli ile karar çelişkisi olması hem de kanunun amir hükmünün aksine hüküm kurulması nedeniyle hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.09.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

HAKLI FESİH • GEÇERLİ FESİH AYIRIMI



İŞYERİNDE DÜZENLENEN TUTANAK

ÖZET: İş Kanunu 25/II.madde kapsamında işveren yönünden “haklı fesih” sebebi olmayıp da işin görülmesini önemli ölçüde etkileyen ve işyerinde olumsuzluklara yol açan işçi davranışları İş Kanunu 18. madde kapsamında geçerli sebep olabilir.

İşçinin davranışları hakkında düzenlenen tutanaklarda imzaları bulunan kişiler tanık olarak dinlendikten sonra sonuca gidilmelidir.

Y.22.HD. E.2012/17362 K.2012/22704 T.12.10.2012

Davacı vekili, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boшта geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı üniversite vekili iş ilişkisinin davacı ile diğer davalı şirket arasında kurulduğunu, üniversiteye husumet yöneltilemeyeceğini, yapılan feshin haklı nedene dayandığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı şirket vekili davacı işçinin başından itibaren diğer davalı üniversite hastanesinin işçisi olduğunu, muavazaa olgusunun gerçekleştiğini, asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davalı işverence kendisine hakaret edildiği belirtilen has-

ta ya da yakınının tanık olarak gösterilip dosyada dinletilmediğini, davacı vekilinin dava dilekçesi ve duruşmadaki beyanlarında hastane yönetiminin davacının rızası olmadan işyerini ve görevini değiştirmeye kalktığını, davacının kabul etmemesi üzerine işverence haklı fesih gerekçesi uydurulduğunu ileri sürdüğünü, ispat külfetinin davalı işverende olduğu, haklı fesih iddiasını ispat ile yükümlü olmasına karşın ispatlayamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleridir.

4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin ayın Kanununun 25/II.maddesinde öngörülen sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.

4857 Sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Karar davalı üniversite vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda bilgisayar kayıt elemanı olarak çalışan davacının iş sözleşmesi çalışma yerini terk etmesi, hastanede çalışan doktorların çalışması ile ilgili şikayet ve uyarılarına rağmen işinin gereklerini yapmama konusundaki ısrarcı tutumu, 02.03.2010 tarihinde tedavi olmak üzere gelen hastalara yönelik tutum ve davranışları sebebi ile feshedilmiştir. Davacı ise, işçilik alacakları için dava açtığını, tebligatı geldikten sonraki gün görev yerinin değiştirilmek istendiğini, kabul etmeyince bir ay sonra iş sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Dosya içeriğine göre davacı hakkında 02.03.2011 tarihinde düzenlenmiş bir tutanak bulunmaktadır. Tutanak tanıklarının çağırılıp, tutanak içeriği ve feshe konu olaylara iliş-

kin görgü ve bilgilerinin tespit edilmesi ve bu suretle fesih bildiriminde yer alan olgular bakımından uyumsuzluğun tüm yönleri ile aydınlatılması gerekirken dava yeterince aydınlatılmadan eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.10.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DORSECİLİK YAPAN ŞOFÖRÜN ÜCRETİ



İHBAR ÖNELİNDE İŞ ARAMA İZİNİ KULLANDIRILMADAN ÇALIŞMA

ÖZET: Dorsecilik yaparak yurtdışında çalışan şoförün tüm seferlerine ilişkin kayıtlar getirilerek sonuca gidilmelidir.

İhbar önelinde; iş arama izni süresinde çalıştırma halinde, bu sürenin ücreti %100 zararı hesaplanıp ödenmelidir.*

Y.22.HD. E.2012/6548 K.2012/21732 T.09.10.2012

DAVA: Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücret alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücret alacağı davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı sebeplerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davacı avukatıncada duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 09.10.2012 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına Avukat F.Ö. ile karşı taraf adına Avukat N.I. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir. 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.

Davacı vekili, davacının davalı işveren nezdinde uluslar arası tır şoförü olarak İtalya-Avrupa arası dorsecilik yaptığını, asgari ücret+sefer primi ile çalıştığını, ayda ortalama 3-4 sefer yaptığını, sefer başına 300-400 euro prim ödendiğini belirterek müvekkilinin dava konusu alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının belgelerde yer alan şekilde asgari ücretle çalıştığını, davacıya yurt dışına çıktığı her sefer için verilen harcırahların değişken nitelikte olduğunu ve devamlılık arz etmediğini, bu nedenle ücretin eki niteliğinde sayılmayacağını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının pasaport kayıtlarında yer alan ayda ortalama bir sefer yurt dışına çıkış bilgisine dayanılarak asgari ücrete ayda bir sefer için prim giydirmesi ile bulunan ücret seviyesine göre yapılan hesaplamalara itibar edilerek alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda, davacı ayda bir seferden fazla yurt dışı seferi yaptığı iddia etmiş, yargılama sırasında dinlettiği tanıkları da bu hususu doğrulamıştır. Sunulan pasaport kayıtları incelendiğinde, davacının yurttan çıkış ve giriş tarihleri arasında bir aydan fazla sürelerin geçmiş olduğu görülmektedir. Bu durumda işçinin Avrupa ülkelerinde dorsecilik yaptığı iddiası önem kazanmaktadır. Doğru sonuca varılabilmesi için, davacının yurt dışı seferlerinde kullandığı işverene ait araçların tüm sefer kayıtları ile davacının pasaportundaki tüm kayıtların yurttan çıkış yaptıktan sonra farklı ülkelerin gümrüklerinden geçişlerini gösterir şekilde işverenin tutmuş olduğu tüm sefer kayıtları getirilmeli, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220.maddesindeki düzenlemede dikkate alınarak, davacının bütün seferlerinin işverenin kayıtları altında gerçekleşmiş olduğu düşünüldüğünden belirtilen işyeri kayıtlarına ulaşılmalı ve bundan sonra elde edilecek bilgilerle birlikte deliller yeniden değerlendirmeye tabi tutularak, davacının ortalama aylık sefer sayısı ve dolayısıyla ücreti belirlenmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

2-Davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir:

Dosya içeriğine göre, işverence davacıya ihbar süresi verilerek iş sözleşmesi feshedilmiştir. Başka bir anlatımla ihbar süresinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Feshi ihbar bildiriminde günlük iş arama izniyle ilgili bir açıklamaya yer verilmemiş olması ihbar süresini geçersiz kılmaz. Bu durumda 4857 Sayılı Kanun'un 27.maddesinde yer alan düzenlemeye göre, davacının ihbar süresi içinde hak kazandığı iş arama izninde de çalıştırılmış olduğu dikkate alınarak, bu izin karşılığı hak ettiği ücretin yüzde yüz zamlı olarak hesaplanarak ödenmesine karar verilmelidir. Bu husus değerlendirilmeyerek, tüm ihbar süresi için ihbar tazminatının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Açıklanan sebeplerle hükmün **BOZULMASINA**, Davacı yararına takdir edilen 900.00 TL. duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, davalı yararına takdir edilen 900.00 TL. duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GİDER AVANSI • DELİL MASRAFI



KESİN MEHİL • BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

ÖZET: Dava şartı olarak düzenlenen gider avansı alınması kuralı eski Usul Kanunu zamanında açılmış olan davalara da uygulanır.

Gider avansı delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderlerini kapsar. Buna göre bilirkişi ücreti delil ikamesine yönelik masraf olup gider avansı değildir. Mahkemenin bu noktadaki ayırımı yapması gerekir.

Buna göre dava şartı olmayan gider avansının verilen kesin süre içerisinde yatırılmamış olması dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddine yol açmaz.

Kaldı ki davacı taraf bilirkişi ücretini duruşma günün-

* Gönderen: Av. Hüseyin ABLAY, İstanbul Barosu

den önce dosyaya yatırmış olup, davanın niteliği itibariyle bilirkişiden hesap raporu alınması da zorunludur.

Bu durumda usuli işlemlerin yerine getirilmediğinden bahisle davanın reddedilmesi hatalıdır.

Y.22.HD. E.2012/27447 K.2012/26408 T.26.11.2012

Mahkemece, davacıya bilirkişi ücretinin ve avans giderinin yatırılması için kesin süre verildiği, kesin mehlin gerekleri yerine getirilmediğinden bahisle davanın usuli işlemleri yerine getirilmediğinden reddine karar verilmiştir. Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, mahkemece 23.03.2012 tarihli 1 ve 3 sayılı ara kararları gereği davacının kesin süre içerisinde bilirkişi ücretini ve gider avansını yatırmadığı gerekçesi ile 19.09.2012 tarihli duruşmada dava usuli işlemler yerine getirilmediğinden reddedilmiştir.

Dava, mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde 07.04.2011 tarihinde açılmıştır. Davanın açıldığı tarih itibariyle gider avansı alınmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir.

01.10.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-g maddesinde gider avansı dava şartı olarak düzenlenmiştir.

6100 Sayılı Kanunun 448. maddesine göre “ Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır.” 450. maddesinde, “18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.” Düzenlemesi mevcuttur. Anılan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere 6100 sayılı Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe girer.

Kanun açıkça bir istisna getirmediğine göre dava şartı olarak düzenlenen gider avansının alınması kuralının mülga 1086 Sayılı Kanun döneminde açılan derdest davalarda da uygulanması gerekir.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla, dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu şartlardır.

6100 Sayılı Kanun'un 120. maddesinde belirlenen gider avansı ile 324. maddesinde belirtilen delil ikamesi için avans ayrı maddelerde dü-

zenlenerek farklı sonuçlara bağlanmıştır. Buna göre gider avansı, delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderlerini kapsamaktadır. Öyleyse delil ikamesi avansı ile dava şartı olan gider avansının birbirinden ayrılması, gider avansı ve delil avansı kalemlerine ilişkin miktarlarının ayrı ayrı belirlenmesi, delillerin ikamesi için alınacak avansın gider avansı içinde yer almaması gerekir.

Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi 6100 sayılı Kanununun 324.maddesi düzenlemesi karşısında mümkün bulunmamaktadır. Ayrıca delil ikamesi avansında ispat külfetine göre taraflara yükletilmesi gerekir.

Mahkemece gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli ve tarafa hem gider avansının hem de delil ikamesi avansının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır.

Somut olayda, mahkeme bilirkişi ücreti ile gider avansı yönünden davacıya iki haftalık kesin süre verildiği anlaşılmakta ise de, bilirkişi ücreti gider avansı mahiyetinde değerlendirilmiştir. Bu giderler içinde delil anlaşılmakta ise de, bilirkişi ücreti gider avansı mahiyetinde değerlendirilmiştir. Bu giderler içinde delil ikamesine yönelik gider olup olmadığı ve miktarı belirtilmemiştir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı dava şartı iken, delil ikamesi avansı dava şartı olarak nitelendirilemeyecektir. Delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması davanın dava şartı yokluğu ile reddine sebep teşkil etmez. Taraf belirtilen sürede delil avansı giderini yatırmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır. Kaldı ki, dava konusu tazminat ve alacakların bir kısmının hesaplanması teknik ve uzmanlığı gerektirmemektedir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez. Aksine düşünceyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

Keza, davacı vekili tarafından bilirkişi ücreti ile bilirkişi raporu tebliğ masrafının ibraz olunan 09.07.2012 tarihli tahsilat makbuzu ili duruşma gününden önce mahkeme veznesine yatırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemenin davayı usuli işlemler yerine getirilmediğinden reddetmesi hatalıdır. Esasa girilip yargılama gerçekleştirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

SONUÇ

Hükmün açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.11.2012 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

YENİ BORÇLAR KANUNU

FAİZE İLİŞKİN KURALLAR • KOOPERATİF HUKUKU

ÖZET: Yeni Borçlar Kanunu'nun faize ilişkin kuralları görülmekte olan davalara da geçmişe yönelik olarak uygulanır.

Buna göre temerrüt faizi oranı yasal faiz oranının yıllık tutarının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Kooperatif Genel Kurul kararları, ortaklık payını devralan yeni ortağı da bağlar.

Genel Kurulun belirlediği borç ödeme tarihi kesin vade olup, üyenin temerrüdü için ayrıca ihtara gerek yoktur.

Y.23.HD. E.2012/3070 K.2012/6243 T.30.10.2012

Davacı vekili, davalının müvekkili kooperatifin üyesi olduğunu aidat borçlarını geç ödemesi nedeni ile genel kurul kararında belirlenen gecikme faizi alacağı için başlatılan takibe davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline ve %40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin, ortaklığı devralma tarihinden önceki borçların faizinden sorumlu olmayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, ortakların tümünü ilgilendiren konularda alınan genel kurul kararlarının tüm ortakları bağladığı, genel kurulda alınan gecikme faizi ile ilgili kararın da iptal edilmediği sürece davalı ortağı bağlayacağı, Kooperatifler Kanununun 35.maddesi uyarınca ortaklığı devralan kişinin ortaklığı tüm hak ve borçları ile devraldığı için şayet varsa eski borçlardan da sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacı yararına %40 icra inkar tazminatının tahsiline dair verilen karar, davalı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizin 01.03.2012 tarih ve 2011/3437-2012/1546 E-K. sayılı ilamıyla onanmıştır.

Bu kez, davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1) Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve özellikle gerekçede anasözleşmenin 17/3.maddesi yerine, anılan Kanunun 35.maddesine yer verilmesi doğru olmamış ise de, bunun varılan sonuca bir etkisinin bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin dışında kalan ve HUMK'un 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen diğer karar düzeltme itirazlarının reddi gerekir.

2) Dava, davacı kooperatif tarafından davalı ortağın gecikme cezası borcu oldu iddası ile başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece karar verildikten ve Dairemizce temyiz incelemesi yapıldıktan sonra karar düzeltme aşamasında; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanunun 7.maddesinde, "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76.faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138.maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır." Hükmüne yer verilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi, "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz." Hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur." Düzenlemesine yer verilmiştir.

Kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranının anılan yasal düzenlemedeki temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun, para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 42.maddesine göre genel kurul, bütün üyeleri

temsil eden en yetkili organ olup, kanun veya anasözleşme ile genel kurul, bütün üyeleri temsil eden en yetkili organ olup, kanun veya anasözleşme ile genel kurula tanınmış olan konular hakkında karar verme yetkisini haizdir. Konut Yapı Kooperatifi Tip Anasözleşmesinin 23/1.maddesinin 6.bendi uyarınca ortaklardan tahsil edilecek taksit miktarı ve ödeme şartları ile gecikme halinde uygulanacak esasları tespit etmek genel kurulun yetkisi dahilindedir.

Genel kurulca, ödeme günü belirlenerek, (belirlenmemişse ayın sonu ödeme günü olup) aidatın süresinde ödenmesine, süresinde ödenmemesi halinde ise temerrüt faizi uygulanmasına ilişkin alınan kararın kesinleşmesi halinde, bu kararın tüm ortakları bağlayacağı açıktır. Genel kurul kararları, üyeler ile kooperatif arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, kooperatif ve üyeler arasında ayrıca faiz oranları ile ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarda kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarda kararlaştırılan faiz oranları ile ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarda kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yıllarda değiştirilmediği ve iptal edilmediği sürece genel kurula katılmasa dahi tüm üyeleri bağlar. Bu durumda, genel kurulun belirlediği tarih, 818 sayılı BK'nın 101/2.(6098 sayılı TBK'nın 117.)maddesi hükmü karşısında, kesin vade olup, üyenin bir ihtarla ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek kalmadan, borcun ifasının istenebileceği kuşkusuzdur.

Anapara faizi ise, borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir. Bu durumda, kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranı, TBK'nın 88.maddesinde düzenlenen anapara faizi olmayıp, 120. maddede düzenlenen temerrüt faizine ilişkindir. Kooperatif ile üyesi arasında ticari ilişki bulunmadığından yasal oranda temerrüt faizi uygulanmalıdır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1.maddesi gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1.maddede belirlenen yasal faiz oranına göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere temerrüt faizinin, yasal faiz oranından fazla alınması taraflarca kararlaştırılabilir. Anılan maddeler birlikte değerlendirildiğinde kooperatif genel kurulunca belirlenen aidatların ödenmesinde gecikme durumunda alınacak temerrüt faizinin yasal temerrüt faiz oranından daha fazla miktarda kararlaştırılabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak taraflar, uygulanacak faizi oranını belirlerken, 6098 sayılı TBK'nın 120/2.maddesinde öngörölmüş olan sınırlamayı dikkate almak zorundadır.

Davaya konu takip talebinde, davacı kooperatifin 18.10.1997 tarihli genel kurul toplantısında, ödemelerini geciktiren üyelere aylık %15 faiz uygulanmasına dair alınan karara dayanılarak 25.06.2000 tarihli genel kurul toplantısında kararlaştırılan aidatın geç ödenmesi nedeniyle, ödeme tarihine kadar işleyen temerrüt faizinin tahsili istenmektedir. Davacının takip konusu ettiği temerrüt faizi, 6098 sayılı TBK'nın 120/2.maddesindeki sınırlamaya tabi olup, davacı kooperatifin genel kurullarında kabul edilmiş temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata yani 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanunu'nun 2/1.maddesine göre belirlenen yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır.

Bu durumda, mahkemece, karar düzeltme aşamasında yürürlüğe giren anılan yasal düzenleme bu açıklamalar çerçevesinde somut olay bakımından değerlendirilerek, takibe konu işlemiş temerrüt faizi miktarının belirlenmesinde esas alınması gereken temerrüt faizi oranı bakımından gerektiğinde bilirkişiden açıklamalı, gerekçeli ve denetime elverişli bir rapor alınmak ve sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerektiğinden ve 13.05.2006 tarihli genel kurulda ödemelerini geciktiren üyelere 15.06.2006 tarihine kadar ödeme yapanlara aylık %5 bu tarihten sonra ödeme yapanlara aylık %15 oranı üzerinden temerrüt faizi uygulanacağı kararlaştırılmış olmasına ve davacı tarafca 22.06.2000 tarihli genel kurulda belirlenen parasal yükümlülüğe ilişkin olarak 08.03.2006 tarihinde ödemede bulunulmuş olmasına rağmen Mahkemece, aylık %15 oranı üzerinden hesaplama yapılması da doğru olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekirken, onandığı anlaşıldığından davalı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 01.03.2012 tarih ve 2011/3437-2012/1546 E.-K. Sayılı onama ilamının ortadan kaldırılarak yerel mahkeme kararının anılan nedenlerle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer karar düzeltme itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 01.03.2012 tarih ve 2011/3437-2012/1546 E.K.sayıli onama ilamının ortadan kaldırılarak yerel mahkeme kararının davalı yararına **BOZULMASINA**, evvelce alınan onama harcı ile karar düzeltme peşin harcının istek halinde iadesine, 30.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

BOZMA KARARINDA YARGILAMA

ÖZET: Sanığa bozmaya karşı diyecekleri sorulmalıdır.

Y.1 CD. E:2006/1654 K:2007/3778 T: 17.05.2007

1-CMUK'un 326/2.maddesindeki, "sanık veya vekiline davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemesi nedeniyle bozmaya karşı beyanları tespit edilememiş olsa dahi duruşmaya devam edilerek gıyapta bitirilir." Şeklindeki düzenleme karşısında bozma etkisi doğuran Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iadesi sonrasında daha fazla ceza verilmeyen ve tutuklu olmayan sanığın duruşmada hazır bulunmasında zorunluluk bulunmamakla beraber, kendisine usulüne uygun davetiye tebliğ olunarak bozmaya karşı diyeceklerinin tespiti için duruşma gününün bildirilmesi gerektiği, bu nedenle adresini terk ettiği anlaşılan sanığın son bilinen adresine Tebliğat Yasası uyarınca tebliğat çıkartıldıktan sonra hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

2-Takibi şikayete bağlı olan hakaret suçu yönünden, 5237 sayılı TCK.nın uzlaşmaya ilişkin hükümleri gereğinin yerine getirememesi,

Usule aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, sair cihetleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA** 17.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

LEHE OLAN YASA

ÖZET: Her suçla ilgili lehe yasa ve her suça uygun cezalar toplanarak karar verilmelidir.

Y.1 CD. E:2009/3571 K:2009/2549 T:05.05.2009

Yağma suçunu kolaylaştırmak, işlemiş olduğu suçun delil ve emarelerini ortadan kaldırmak, kendisini cezadan kurtarmak amacıyla S.D.u öldürmekten yağmadan sanık C.S.nin yapılan yargılanması sonunda; Hükümlülüğüne ilişkin B.köy Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen

08.03.2007 gün ve 39/195 sayılı hüküm resen temyize tabi olmakla beraber Yargıtayca incelenmesi sanık müdafii tarafından da istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığında tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1-Sanığın adli sicil kaydında yer alan ilamlarının tekerrüre esas olup olmadığını karar yerinde tartışmasız bırakılması, aleyhe temyiz olduğundan bozma nedeni yapılmamıştır.

2-Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suçların niteliği tayin, cezayı azaltıcı takdiri indirim sebebinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle kısmen reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümden eleştiri ve bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin sübuta ve su vasfına yönelen ve yerinde görülmeven sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

a) Sanık lehine olan yasanın belirlenmesi amacıyla, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'nın karşılaştırılması sırasında, öldürme suçu yönünden cezaların eşit çıkması halinde 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin, 765 sayılı TCK'nın 31 ve 33.maddelerine göre lehe olması nedeni ile 5237 sayılı TCK'nın 82/1-h, i, 62, 53; gasp suçu yönünden, ceza miktarları dikkate alınarak 5237 sayılı TCK'nın 149/1-a, c, d, h, 53. maddeleri ile yapılacak uygulamaların sanık lehine olacağı düşünülmemesi,

b) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 17.04.2007 gün ve 2007/1/32-2007/97 sayılı kararı uyarınca, Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda, her suç yönünden ayrı ayrı yapılan değerlendirme sonucu, her suçla ilgili lehe yasa ve buna göre her suçun sonuç cezası belirlendikten sonra, cezaların toplanmasına 765 sayılı TCK'nın 68 ila 77. maddelerindeki ilkelere göre karar verilmesi gerektirmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu sebeple yerinde görüldüğünden, kısmen resen de temyize tabi hükümlerin kısmen tebliğnameye aykırı olarak **BOZULMASINA**, 05.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

KASTEN YARALAMA

•

ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS

ÖZET: Bıçakla kalp yaralaması öldürmeye teşebbüstür.
Y.1 CD. E:2008/4717 K:2011/414 T: 03.02.2001

N.D.yi kasten yaralamaktan ve sövmekten sanık O.nun bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; hükümlülüğüne ilişkin BAKIRKÖY Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 26.09.2007 gün ve 187/219 sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığmdan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1) Sanık O.hakkında kasten yaralama suçundan kurulan hükme yönelik yapılan incelemede:

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, takdire gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre usuli bozmaya uyularak verilen hükümde bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafininin yasal savunmaya, tahrikin varlığına, temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

Oluşa, dosya içeriğindeki delillere, Adli Tıp Kurumu Bakırköy Şube Müdürlüğünün 07.07.2004 tarihli rapor içeriğine göre, sanığın, yeğenin-den dolayı olaydan bir yıl önce tartıştığı mağduru 26.01.2004 tarihinde yolda gördüğünde küfür edip, bıçak ile sol göğüs bölgesinden kalp yaralanması meydana getirerek, hayati tehlike geçirip, 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde bir isabetle vurduğu, bıçağın parçalanarak üç parça halinde yere düştüğü olayda, meydana gelen zararın ağırlığı ve engel durumunun varlığı dikkate alındığında sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılacakla, mağdurun nüfus kayıt örneği dosyaya getirtilip, suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 6/1-6 maddesi kapsamında çocuk olup olmadığı tespit edilerek, sonucuna göre 765 sayılı TCK. ile 5237 sayılı TCK hükümlerinin birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan uygulamanın belirlenmesi ve buna göre uygulama yapılması suretiyle öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması,

2- Hakaret suçundan kurulan hüküm yönünden yapılan incelemede;

Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanun'un 562 maddesi uyarınca değiştirilen 5271 sayılı CMK'nın 231 maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında; ceza miktarının üst sınırının 2 yıla çıkartılması, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla ilgili sınırlandırmanın da kaldırılması nedeniyle yerel mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün CMUK'un 326/son maddesi uyarınca ceza miktarı itibariyle kazanılmış hakkı saklı tutularak, tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, 03.02.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YEDDİEMİNLİK GÖREVİ

ÖZET: Hacizli malı satış yerine götürmemek tek başına görevi kötüye kullanma suçu teşkil etmez.

Y. 4. CD. K:2008/21890 T:2011/927 T:02.02.2011

Ancak;

765 sayılı TCY'nin 276.maddesinde yer verilen yedieminlik yükümlülüğüne aykırılık suçunun hareket öğeleri; "resmen teslim olunan...malları kendisinin veya başkasının menfaati için saklar, sahibine veya başkasına verir veya tebdil veya lazım gelenlere teslimden imtina ederse" biçiminde tanımlanmış ve seçenekli ve dolayısıyla bağlı hareketli bir suç tipi olarak düzenlenmişti. Aynı suçu "muhafaza görevini kötüye kullanma" başlığı altında düzenleyen 5237 Sayılı Yasa'nın 289. maddesinde ise hareket öğesi; teslim olunan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi" sözcükleriyle ifade edilerek serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiş ve suçun; teslim amacı dışında tasarrufta bulunma" anlamına gelen herhangi bir hareketle işlenebileceği kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunma eylemlerine örnek olarak; satılması, başkasına verilmesi gibi davranışlar gösterilmiştir. Teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması biçimindeki eylemler, verilen örneklerde olduğu gibi mal üzerinde tasarruf amaçlı eylemler davranışlar olmalıdır. Bu nedenle, malın teslim alındığı şekliyle muhafaza edildiğinin saptanması koşuluyla, salt satış yerine götürmeme biçimindeki eylemler teslim amacı dışında tasarrufta bulunma niteliğinde kabul edilemeyecektir.

Diğer taraftan, yedieminin teslim alındığı malı satış yerine götürme yükümlülüğü bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekir. Yasalarda öngörülen istisnalar (6831 Sayılı Orman Yasası'nın 84. maddesi gibi) dışında yedieminlik, muhafaza yükümü altına giren kişinin özgür iradesiyle kuracağı hukuksal bir ilişki niteliğindedir. Bu nedenle, yedieminin suçun öğelerini ilgilendiren yasal yükümlülüklerinin saptanması ve suç öğelerinin incelenmesi bakımından, yedieminlik kurumunun özel hukuktaki yerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Yedieminlik kurumu özel hukukta, Borçlar Yasası'nın 463-482.maddelerinde düzenlenen "vedia sözleşmesinin" bir türü olarak kabul edilmektedir. (Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Yedieminlik, T.Hukuk Dünyası D.Mayıs 2000, s.1, s.7; Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV. İstanbul 2001, s.4294; Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1997, s.770). Vedia (saklama/emanet) sözleşmesi doktrinde, "saklatan tarafından verilen bir taşınırın, saklayan tarafından kabul edilerek güvenli bir yerde saklanması ve saklatanın dilediği zaman istemesiyle onu saklatana geri vermesi yükümlülüğünü yükleyen bir sözleşmedir" biçiminde tanımlanmaktadır. (Prof. Dr. Aydın Zevkililer, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s. 385; Doç. Dr. Mustafa Tiftik, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, s.25) Vedia sözleşmesi hükümleri arasında yer alan "Yediemine tevdi" başlığı altındaki 471.maddesinde de, hukuki durumuyla ilgili uyumsuzluk bulunan veya şüpheli olan bir şeyin müstevedie /saklayana veya yediadile tevdi edilebileceği ve bu durumda, malı teslim alanın bütün ilgililerin rızası veya hakimın kararı olmadıkça malı hiç birine iade edemeyeceği belirtilmektedir.

Yasa'nın 473 vd.maddelerinde ise, vedia sözleşmesinin bir türü olan "ardiye/depo sözleşmesi" düzenlenmiştir.

Borçlar Yasası dışında, yedieminliği öngören 1086 sayılı Hukuk Yargılama Yasasının 101, 2004 sayılı İcra İflas Yasasının 26,88, 273, 358 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasanın 82,83. maddeleri gibi çeşitli yasalarda da yedieminlik ilişkisi veya bu nitelikte muhafaza yükümlülüğü doğuran düzenlemeler yer almaktadır. Belirtilen Yasanında düzenlenen "akdi" yedieminlikten farkını ifade etmek üzere "kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik" adı da verilmektedir. (Dr. Haluk Eruygur, Yedieminlik, Ankara, 2008, s.68) Fakat, açıklanan yasa hükümlerinde de muhafaza yükümlülüğünün bir yasal zorunluluk olmayıp, hukuksal ilişkinin özgür iradeyle kurulması karşısında, bunların da akdi düzenlenmeyen hususlarda, hukuksal kurumun temelini oluşturan vedia sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekli bulunmaktadır.

Borçlar Yasasına göre vedia sözleşmesi uyarınca taşınır malın muhafazası için malı veren kişi (muhafaza ettiren) sözleşmenin icrası nedeniyle ilgili olan bütün masrafları ve meydana gelen zararı ödemek borcu altındadır. (BK.M.464) Buna karşın, vedia sözleşmesi nedeniyle saklama yükümlüsü olan kişi (muhafaza eden), muhafaza edilmesi için teslim edilen taşınırı kullanmama, malı güvenli bir yerde muhafaza etme ve teslim eden tarafından istenildiğinde geri verme ile borçludur. (BK.M.465-467) Malı saklatan kişi, sözleşmede bir süre öngörülse dahi, her zaman malın iadesini isteme hakkına sahip olduğu gibi, saklama borçlusu olan kişi de istenildiği her an, malı teslim etmekle yükümlüdür. (BK M.466/1)

Bu yükümlülük gereği muhafaza görevlisinin, ilk kez talep edildiğinde malı aldığı zamandaki gibi (varsa semeresi ile birlikte) iade etmesi zorunludur. (Doç. Dr. Mustafa Tiftik, Vedia Sözleşmesi, s.47,52)

Vedia sözleşmesi uyarınca saklama ile yükümlü olan kişinin iade borcunu yerine getireceği yer, Kanunun "iade mahalli" başlıklı 468.maddesinde vedia hifzedilmesi lazım gelen yerde iade olunur ve iade masrafiyle iade zamanındaki hasar, mudia aittir biçiminde düzenlenmiş ve bu konuda, malın saklanması gereken yerde iade edileceği kuralı kabul edilmiştir.

Bu düzenleme dolayısıyla muhafaza edenin malı götürüp teslim etme yükümlülüğü bulunmadığından, malın muhafazası amacıyla teslim eden kişi, iadesini istediği malı, muhafaza edilen yerden teslim alacaktır. (Doç. Dr. Mustafa Tiftik, Vedia Sözleşmesi, s.52) Bu bakımdan yasa uyarınca, muhafaza ile yükümlü olan kişinin malın iade edilmesi için, malı başka bir yere götürme, nakletme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle ancak, teslim edenin muhafaza edenin adresine başvurarak iadeyi istemesine karşın, yediemininin iade etmemesi durumunda yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenebilecektir.

Vedia sözleşmesine ilişkin genel düzenlemelerin istisnasını oluşturan başka bir yasal hüküm bulunmadığı takdirde, malın muhafazasını üstlenen kişinin, iade yükümlülüğünün, muhafaza ettiği yerde olduğu kabul edilmelidir. Bu konuda 2004 sayılı İY'nın 88 ve 358. maddeleri ile 6183 sayılı Yasanın 82, 83. maddelerinde de, hacizli malın muhafaza amacıyla kendisine bırakıldığı kişinin, malların icra dairesinden istendiği anda önceki durumuyla iade ile yükümlü olduğu belirtilmekle birlikte, iadenin şekli ve yeri hakkında bir düzenleme yapılmadığından, bu konuda genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Esasen, bu konuda vedia sözleşmesi hükümlerine başvurulmasa dahi, yasada olmayan bir yükümlülüğün yedieminine yükletilmesi olanaklı bulunmayıp, aksi yorumun benimsenmesi TCY'nin 2.maddesinde belirtilen "kanunilik ilkesine" aykırılık oluşturacaktır.

Açıklanan yasal hükümler uyarınca, yedieminin malı muhafaza ettiği yerde teslim etmekle yükümlü bulunması ve incelenen dosyada, icra daireince sanığın adresine gelinerek hacizli malın iade edilmesi veya muhafaza altına alınması için bir başvurunun yapılmaması karşısında, hacizli malların satış yerine götürülmemesi biçimindeki eylem, suçun maddi ögesini oluşturmaz ise de, sanığın hacizli malı başkasına verme, ortadan kaldırma, satma, rehineme veya adresine gelinip istenildiğinde eylemli olarak teslim etmeme gibi davranışlarla TCY'nin 289/1.maddesinde öngörülen teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması durumunda suçun oluşacağı gözetilerek;

Söz konusu hacizli malın teslim edildiği gibi usulüne uygun olarak muhafaza edilip edilmediğinin **ARAŞTIRILMASI** ve muhafaza edildiğinin belirlenmesi halinde sanığın beraatine, tersi durumda ise, hükümlülüğüne karar verilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ve eksik inceleme ile beraat hükmü kurulması,

Yasaya aykırı ve Üst C.Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden **HÜKMÜN BOZULMASINA**, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 02.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CİNSEL İSTİSMAR



ÇOCUĞUN YAŞI

ÖZET: Mağdurenin yaşına itiraz varsa adli tıptan görüş sorulmalıdır.

Y. 5. CD. E.2010/10703 K:2011/390 T: 25.02.2011

Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık A.K.'nin yapılan yargılanması sonunda; atılı suçlardan mahkûmiyetine dair, Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 05.04.2010 gün ve 2008/190 Esas, 2010/89 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi;

Hükmolunan cezaların tutarı itibariyle sanık müdafinin duruşma isteminin CMUK'un 318. maddesi uyarınca reddi ile incelenin duruşmasız olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak,

Sanığın aşamalarda beyan ve dilekçelerinde mağdurenin yaşına itiraz ettiğinin ve mağdurenin de sanığa 16 yaşında olduğunu söylediğinin anlaşılması karşısında suç niteliğine ve oluşumuna etkisi nazara alınarak mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak film ve kemik grafileri çekilmek suretiyle sağlık kurulu raporu alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu'ndan görüş sorularak mağdurenin suç tarihinde gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK'un 321.maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, bozmanın mahiyetine ve tutuklama tarihine göre sanığın **TAHLİYESİNE**, başka suçtan tutuklu veya hükümlü bulunmadığı takdirde salıverilmesinin mahalline bildirilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığı'na müzekkere yazılmasına 25.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR



UYGULAMADAN DOSYA I

YARIŞMA PROGRAMLARINDA KAZANILAN ÖDÜL

ÖZET: Davacının davet edildiği yarışma programına katıldığı ve ödül kazandığı tartışmasız olup, bu noktada söz konusu programın yayınlanmayacağından bahisle davacının kazandığı ödülün ödenmesinden kaçınılamaz.

Program öncesi imzalanmış olan, ibraname de bu sonucu değiştirmez. Zira, doğmamış bir borç için verilmiş olan bir ibranamenin geçerli olduğundan söz edilemez.

Davalı taraf tacir olduğuna göre dava konusu alacağa avans faizi talep edilebilir.*

Bakırköy 2 ATM E: 2008 / 904 K:2010 / 372

DAVA: Davacı dilekçesinde 08.03.2008 tarihinde davalılardan H. Radyo TV A.Ş. ye ait F. TV'den A.Ç. şansa bak programının yarışmacılarla ilişkileri yürüten E. Yapım Ltd. Şti. çalışanınca aranarak yarışmacı olarak davet edildiğini, çekim günü stüdyoya gelmesinin istendiğini, yarışmaya katıldığını, özü itibari ile bilgi yarışması sonucunda 75.000 TL.yi almaya hak kazandığını yarışma sonrasında çekimi yapılan programın yayımlanmaması üzerine çeşitli telefon görüşmeleri yaptığını ve programın yayımlanmayacağı noktasına ulaştığını, ihtarname çektiğini ödeme yapılmayınca Bakırköy 11. İcra Md.lüğünün 2008/6323 E.sayılı dosyasında ilamsız icra takibi başlattığını, itiraz üzerine takibin durduğunu beyanla itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmolunmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP: Davalı H. Radyo TV A.Ş.vekili cevap dilekçesinde televizyon yayıncılığı yaptıkları takibe konu alacakla ilgili yapılan araştırmada, davacının katıldığı herhangi bir yarışmanın yayınlanmadığı ve ödül kazanmadığı sonucuna ulaştıklarını davacının elinde hiçbir yazılı belge bulunmadığını, davacının kendilerine programın yayınlanmaması halinde ücret talep etmeyeceği yolunda ibra verdiğini, beyanla davanın reddi ile %40 tan aşağı olmamak üzere tazminata karar verilmesi talep etmiştir.

* Gönderen: Av. Cengiz YILDIZ (Baro Sicili 17223)

Diğer davalı E. Yapım ve Filmcilik Limited Şirketi vekili cevap dilekçesinde programa ilişkin tüm bölümlerin yayıncıya teslim edildiğini, davacı tarafa program ödülü ile ilgili herhangi bir vaadi ve taahhüdü bulunmadığını, sunulan protokolde davacının kendilerini ibra ettiğini ve ödül yükümlülüğünün A. Yapım Ltd. Şti.ne ait olduğunu beyanla davanın reddi ile %40 oranında tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

DELİLLER VE GERÇEKLER: Dava ilamsız takibe dayalı alacağın tahsili için yapılan icra takibine itirazın İİK 67.md.gereğince iptali davasıdır.

Davacı yan delil olarak TV yetkilileri ile yapılan telefon kayıtları, benzeri yarışma programları ile ilgili gazete haberleri, RTÜK izleme ve değerlendirme kayıtları, tanıklar, blk.incelemesi, vs. delile dayanmıştır.

Davalı H. Radyo TV A.Ş. delil olarak, icra dosyası protokol, programın yayınlanmadığına ilişkin kayıtlar, ticari defterler, blk.incelemesi yemin, vs.delile dayanmıştır.

Davalı E. Yapım ve Filmcilik A.Ş. delil olarak, icra dosyası protokol, programın yayınlanmadığına ilişkin yayın kuruluşlarındaki kayıtları, blk.incelemesi, tanık, yemin, vs.delile dayanmıştır.

RTÜK başkanlığına müzekkere yazılmış, söz konusu yayının arşivlerinde bulunmadığını bildirdikleri görülmüştür.

Yarışma öncesi yalnızca davacı tarafından imzalandığı çekişmesiz, tahsisiz şansa bak yarışma programı, katılım, ibraname ve muvafakatname protokolü başlıklı belge incelenmiş, 8. Maddesinde bant yayın için yapılan kaydın yayınlanmaması halinde tarafıma herhangi bir ödemenin yapılmayacağını veya verilmeyeceğini şekilde kaydın bulunduğu görülmüştür.

İddia, savunma, sunulan deliller ve tüm dosya kapsamı ile yapılan değerlendirme sonucunda; Tarafların beyan dilekçeleri ve sunulan protokole ilişkin belgede dikkate alınarak davacının yarışma programına katıldığı ve 75.000 TL. ödülü almaya hak kazandığı çekişmesizdir. Çekişme konusu davacının tek tarafı imzaladığı ibranameye göre yayınlanmayan programın ödülünün verilir verilmeyeceğidir. Anılan taahhütün yarışma öncesi imzalandığı, doğmamış bir borç için hukuken ibra sözleşmesi yapılmasının mümkün olmayacağı, protokoldeki bu kaydın davalıya tek tarafı tasarruf hakkı vermesi ve ödül kazanılan programı yayınlamaya ödül vermekten sürekli kaçınılması gibi bir ihtimali barındırdığından geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Davalı E. Yapım ve Filmcilik Ltd. Şti. programın yapımcısıdır. Bir başka deyişle yarışma programının yayınlanması ve kazanılan ödülün tediyesi ile ilgili herhangi bir taahhüdünün bulunmadığı, programların çekiminin bu şirket tarafından yapıp, çe-

kilen bölümler H. Radyo Televizyon A.Ş.ye teslim edildiği, bu davalının yalnızca yapımçı olup programın yayın ve ödül kısmı ile ilgili olmadığı, aksinin davacı yanca kanıtlanamadığı kabul edilmiş, diğer davalı yayıncı firmanın davacının kazandığı 75.000 TL.yi tek taraflı tasarrufu ile programı yayınlamayıp ödül vermektan kaçınması nedeniyle BK.149 ve MK. 2. Md.si dikkate alınarak, davanın bu davalı yönünden kabulüne, alacak likit olduğundan %40 icra inkar tazminatına hükmolunmasına dair aşğıdaki gibi hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı,

1- Davalı E. YAPIM VE FİLMCİLİK A.Ş. hakkında açılan davanın REDDİNE,

2- Davalı H. RADYO TV. A.Ş. hakkında açıklanan davanın KABULÜNE, Bakırköy 11. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6323 sayılı takip dosyasında borçlu H. Radyo Tv A.Ş.nin itirazının iptali ile takip asıl alacak 75.000 TL.üzerinden takibin devamına takip tarihinden itibaren asıl alacak 75.000 TL.ye yasal faiz yürütülmesine,

3- Takip asıl alacak 75.000 TL.üzerinden hesap edilecek, %40 30.000 TL. icra inkar tazminatının borçlu H. Radyo Tv A.Ş. den alınarak davacıya verilmesine,

4- Davacının takip tarihinden itibaren istemiş olduğu temerrüt faizi talebinin şartları oluşmadığından yasal faiz yürütülmesi gerektiğinden bu yöndeki talebinin reddine,

5- Alınması gereken 4.455 TL. harç için peşin alınan 1.012.50 TL. harcın mahsubu ile bakiye 3.442.40 TL.karar harcının davalı Huzur Radyo Tv A.Ş.den tahsili ile, hazineye gelir kaydına,

6- Hakkındaki dava red olunan davalı Erdi Yapım ve Filmcilik Ltd. Şti. ile ilgili davacının yapmış olduğu yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

7- Davacı tarafından yapılan davanın ilk açılış gideri 1.025.50 TL.PP gideri 95.50 TL.olmak üzere toplam 1.122.00 TL.yargılama gideri ile, davacı vekili yararına takdir edilen 7.700.00 TL.ücreti vekaletin davalı H. Radyo Tv.A.Ş. den tahsili ile davacıya verilmesine,

8- E. Yapım ve Filmcilik Ltd. Şti. hakkındaki davanın reddi sebebi ile hesaplanan 7.700.00 TL.vekalet ücretinin davacıdan tahsili ile, bu davalıya verilmesine,

Dair davacı vekilinin yüzüne karşı, davalılar vekillerinin yokluğunda, yapılan yargılama neticesinde kararın tebliğ tarihinden 15.gün içerisinde Mahkememize müracaatla temyiz yolu açık olmak üzere oybirliği ile veri-

len karar açıkça okunup anlatıldı. 30.06.2010

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E:2011/13415 K:2011/14794 T:20.10.2011

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davalı H. Radyo TV A.Ş.hakkındaki davanın kabulüne, diğer davalı yönünden reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı ve davalı H. Radyo TV A.Ş. avukatınca **temyiz edilmesi** üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, F. TV de yayınlanan ve davalılarca düzenlenen “ŞB” adlı yarışma programına katılarak 75.000 TL. ödül kazandığını, ancak kazandığı para ödülünün kendisine ödenmediğini, bu paranın tahsili amacıyla başlattığı icra takibine de davalıların itiraz ettiğini ileri sürerek, davalıların icra takibine vaki itirazlarının iptali ile icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, davalı E. Yapım ve Filmcilik A.Ş. hakkında açılan davanın reddine, davalı H. Radyo Televizyon A.Ş. hakkında açılan davanın kabulüne, Bakırköy 11. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6323 sayılı takip dosyasında borçlu Huzur Radyo Televizyon AŞ.nin itirazının iptali ile asıl alacak olan 75.000 TL. üzerinden takibin devamına, takip tarihinden itibaren asıl alacak 75.000 TL.ye yasal faiz yürütülmesine, asıl alacak olan 75.000 TL. üzerinden hesap edilecek %40 (30.000 TL.) icra inkar tazminatının borçlu H. Radyo Televizyon A.Ş.den alınarak davacıya verilmesine, davacının takip tarihinden itibaren istemiş olduğu temerrüt faizi talebinin şartları oluşmadığı ve yasal faiz yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle bu yöndeki talebinin reddine karar verilmiş, hüküm, davacı ve davalı H. Radyo ve Televizyon A.Ş. tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince,

Davalı taraf tacir olup, 4489 Sayılı Yasa ile değişik 3095 sayılı Yasanın 2/2.maddesi gereğince dava konusu alacağa, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için uyguladığı avans faizi oranında faiz talep edilebilir. Takip talebi ve dava dilekçesinde, alacağa ticari faiz uygulanması talep edilmiş olmakla, davacının bu talebi, alacağa avans fa-

izi uygulanmasına ilişkin olarak değerlendirilip, mahkemece hükmedilen alacağa avans faizi uygulanması gerekirken, yasal faiz uygulanmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Ne var ki bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması HUMK'un 438/7.maddesi gereğidir.

SONUÇ

Yukarda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı H. Radyo ve Televizyon A.Ş.'nin tüm temyiz itirazlarının reddine, ikinci bent gereğince mahkeme kararının "Hüküm" başlıklı bölümünün (2) nolu bendinde bulunan (...yasal faiz) sözlerin karardan çıkarılarak yerine (4489 sayılı Yasa ile değişik 3095 sayılı Yasanın 2/2.maddesi gereğince, değişen oranlarda avans faizi) sözlerinin yazılmasına, yine aynı bölümde bulunan (4) nolu bendin tümüyle karardan çıkarılarak sonraki bent numaralarının buna göre teselsül ettirilmesine, kararın **DÜZELTİLMİŞ** bu şekli ile **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 3.340.00 TL.kalan harcın davalıdan alınmasına, peşin alınan 17.15 TL.temyiz harcın davacıya iadesine, 20.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

C.Y. ile 1-Erdi Yapım Ltd. Şti. 2-H. Radyo A.Ş.aralarındaki dava hakkında Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden verilen 30.06.2010 tarih ve 904-372 sayılı hükmün dairesinin 20.10.2011 tarih ve 13415-14794 sayılı ilamıyla düzeltilerek onanmasına karar verilmişti. Süresi içinde davacı ve davalı Huzur Radyo A.Ş. avukatınca **kararın düzeltilmesi** istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşuldu.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E:2012/21019 K:201229369 T:24.12.2012

KARAR

Davacı, F. TV de yayınlanan ve davalılarla düzenlenen "A.Ç. ile Ş.B" adlı yarışma programına katılarak 75.000 TL.ödül kazandığını ancak kazandığı para ödülünün kendisine ödenmediğini bu paranın tahsili amacıyla başlattığı icra takibine de davalılardan itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davalı E. Yapım Ltd. Şti. hakkındaki davanın reddine diğer davalı hakkındaki davanın kabulüne dair mahkeme kararı Dairemizce düzeltilerek onanmıştır.

Davacı ve davalı H. Radyo A.Ş. bu kez karar düzeltme talebinde bulunmuşlardır.

1-Temyiz ilamında belirtilen gerektirici Nedenler karşısında usulün 440.maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirisine uygun olmayan davalı H. Radyo A.Ş.nin tüm karar düzeltme itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacının alacağına avans faizi uygulanması gerekçesiyle mahkeme kararı Dairemizce 20.10.2010 tarihinde düzeltilerek onanmıştır. Ancak Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret tarifesinin 7. maddesinin 2. fıkrasında, “Davanın dinlenebilmesi için kanunlarda öngörülen ön şartın yerine getirilmemiş olması ve husumet nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde davanın görüldüğü mahkemeye göre tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde yazılı miktarları geçmemek üzere üçüncü kısmında yazılı avukatlık ücretine hükmolunur.” Denilmektedir. Mahkemece, yarışma programının yayınlanması ve kazanılan ödülün tediyesi ile ilgili herhangi bir taahhüdü bulunmayan davalılardan E. Yapım Limited Şirketi hakkında açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verildiğine göre, az yukarda belirtilen karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre davada kendisini vekille temsil ettiren adı geçen davalı yararına 1.000.00 TL. vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, 7.700.00 TL.vekalet ücretine hükmedilmiş olması da, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Ne var ki, bu hususda yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden davacının karar düzeltme talebinin kabulü ile mahkeme kararının bu nedenle de düzeltilerek onanması ve Dairemizin 20.10.2011 tarihli düzeltilerek onama kararına bu düzeltmenin de eklenmesine, karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı H.Radyo A.Ş.nin karar düzeltme itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davacının karar düzeltme talebinin kabulüne, hüküm fıkrasının 8.bendindeki (7.700.00 TL.) miktarının çıkartılarak yerine “1000 TL.” miktarının yazılmasını bu düzeltmenin Dairemizin 20.10.2011 tarihli 2011/13415-14794 sayılı düzelterek onama kararına eklenmesine, 24.12.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA 2

AVUKATIN YOL GİDERLERİNDE VERGİ

ÖZET: Yol giderleri harcamalarından gelir vergisi kesilemez.*

İst. 10 V.M.E:2012/1870 K:2012/2902 T: 27.12.2012

DAVANIN ÖZETİ: Dava, davalı idarece, Avukat olan davacıya Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince “Müdafi ve vekillerin görevlendirilmeleri ile yapılacak ödemelerin usul ve esaslarına ilişkin yönetmelik” hükümleri uyarınca görevi sırasında yapmış olduğu yol giderinden, 142,65 TL.gelir vergisi kesintisi yapılması işlemi ile fazladan yapılan bu kesintinin iadesi istemiyle açılmıştır.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafii ve vekillere yapılacak ödemelere ilişkin tarife gereğince avukatlara ödenen meblağ ile zorunlu yol giderlerinin serbest meslek kazancına ilavesinin gerektiği, bu haliyle davacı adına tesis edilen işlemlerde hukuka aykırı bir durum bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmalıdır.

Karar veren İstanbul 10.Vergi Mahkemesi Hakimliğince, duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin esasına geçildi, gereği düşünüldü:

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1.maddesinde gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu, gelirlerin bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olduğu biçiminde tanımlanmış, 2.maddesinde serbest meslek kazançları gelir unsuru arasında sayılmış, 65.maddesinde, her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançların serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyetinin, sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi para ve hesabına yapılması olduğu şeklinde tarif edilmiştir. Aynı Kanunun “serbest meslek kazancının tesbiti” başlıklı 67.maddesinde ise, müşteri veya müvekkilinden, serbest meslek faaliyeti ile ilgili olmak üzere para ve ayın şeklinde alınan gider karşılıklarının kazanca ilave edileceği, vergi, resim, harç, keşif, şahitlik, bilirkişilik

* Gönderen: Av. Azra Pelin GÖKPINAR

ve ekspertiz gibi hususlara harcanmak üzere müşteri veya müvekkilden alınan ve tamamen bu hususlara sarf edilen para ve ayımların ise kazanç sayılmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Gelir vergisi Kanununun 94.maddesinin birinci fıkrasında, kamu idare ve müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortakları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkaka sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Avukat olarak görev yapan davacının Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince zorunlu müdafisi olarak görev aldığı davalar için yapmış olduğu yol giderleri üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmak suretiyle davacıya “ödemelerin gerçekleştirildiği, söz konusu kesintilerin iadesi istemiyle işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin ve olayın birlikte değerlendirilmesinden, Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca zorunlu müdafisi olarak görevlendirilen davacının yapmış olduğu yol giderlerinin 193 sayılı Yasanın 65 ve 67.maddelerine göre serbest meslek kazancına dahil edilmesinin mümkün olmadığı, bir gelir değil gider kalemi olan yol gideri üzerinden tevkifat yapılmasının hukuka uygun olmadığı görülerek, davacıya yapılan ödemeler üzerinden kesilen 142,65 TL lik kesintinin davacıya iadesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; davanın kabulüne, davacıdan fazladan yapılan kesintinin iadesine, aşağıda dökümü yapılan yargılama giderinin ve AAÜT uyarınca takdir olunan 150.00 TL.vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine, davacıdan dava açılırken fazladan alındığı anlaşılan 21,15 TL.karar harcı ve 34.80 TL. YD. Harcı ile artan posta avansının hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere 27.12.2012 tarihinde karar verildi.

HUKUKSAL GÜNDEM



TÜKETİCİ HUKUKU VE UYGULAMALARINA GENEL BAKIŞ

Av. Aydeniz Alisbah TUSKAN¹

Dünyada 19.yy 'da gelişen Tüketici Hukuku BM tarafından 1985 yılında kabul edilen Tüketici Hakları Evrensel Beyannamesi ile tüketicilerin 8 temel hakka sahip olduğu belgelenmiştir.

Bu haklar sırasıyla;

- **Temel Gereksinimlerin Karşılanması Hakkı**
- **Güvenlik Hakkı**
- **Bilgi Edinme Hakkı**
- **Temsil Edilme Hakkı**
- **Tazmin Edilme Hakkı**
- **Ekonomik Çıkarların Korunması Hakkı**
- **Eğitilme hakkı**
- **Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı**

Avrupa da tüketici politikasının başlangıcı 1972 tarihinde yapılan Paris Zirvesidir. 1990 yılından sonra çıkartılan bir çok tüzük, karar, tavsiye ve programlar vardır. Bunlar tüketicinin korunması kurallarının toplulukta etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamış ve üye devletlere önemli yükümlülükler getirmiştir.²

Ülkemizde de Avrupa'da yaşanan gelişmelere paralel olarak ilk defa 1982 Anayasasının 172.maddesinde yapılan düzenlemeyle “ Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmü konulmuştur.

Ayrıca 167.madde de piyasa ve dış ticaretin düzenlenmesi, Anayasamızın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesi ve diğer ilgili maddeler tüketici hukukuyla doğrudan bağlantılıdır.

8/9/1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun özel bir kanun olarak mevzuatımızda yer almıştır.

1 İstanbul Barosu Avukatlarından.

2 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tüketicinin Korunması ve Tarihsel Gelişim Hakkında Bilgi Akipek Şebnem Seçkin Yayınları Aslan Yılmaz Değişikliklerle Tüketici Hukuku Ekin Kitapevi

Bu kanunun amacı tüketicilerin;

- **aydınlatılması,**
- **eğitimi ve bilinçlendirilmesi,**
- **ekonomik çıkarlarının korunması,**
- **zararların tazmin edilmesi,**
- **çevrede gerekli önlemlerin alınması,**
- **örgütlerin teşvik edilmesi,**
- **tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerinin özendirilmesidir.**

6/3/2003 Tarih ve 4822 Sayılı Kanunla 4077 Sayılı Tüketici Kanun'unda önemli değişiklikler yapılmış, Ülkemizde de tüketici hukukunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bir çok konuda yönetmelikler çıkarılmıştır.

Tüketici Yasasında önemli gelişmelerden bir tanesi de Hakem Heyetlerinin Kuruluşudur. Hakem heyetleri tüketici kanununun uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıklarda görevlidir. Tüketici Sorunları hakem Heyetleri tüketiciler ile satıcı – sağlayıcılar arasında çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il ve ilçe merkezlerinde oluşturulan heyetlerdir. Parasal sınırları her yıl Bakanlık tarafından belirlenir.

2012 yılı için ilçe hakem heyetlerinin değeri para ile ölçülebilen ihtilaflarda ilam hükmünde olanlarda miktar **1,161,67 TL** 'ye kadar olan ihtilaflardır. İlçe hakem heyetlerinin sınırı **3.032.65 TL 'dir**. Üzeri uyuşmazlıklarda İl Hakem Heyeti yetkilidir. 1.161.67 TL ile 3.032.65 TL arasındaki kararlarla ilgili olarak tüketici mahkemelerinde itiraz hakkı vardır.

Hakem heyetleri

- **Kaymakam,**
- **Sanayi İl Müdürü**
- **Belediye başkanının görevlendirdiği uzman**
- **Baronun tayin edeceği avukat**
- **Tüketici örgütlerinin seçtikleri bir üye**
- **Ticaret ve Sanayi Odasının tayin edeceği bir üye olmak üzere 5 kişiden oluşur.**

Hakem Heyetlerinin yetki alanı tüketicinin ikametgahının bulunduğu yerdeki veya mal ve hizmetin satın alındığı yerdeki hakem heyetidir.

Hakem heyetlerine başvuru dilekçeyle yapılır. Ayda en az 2 kere toplanan hakem heyetleri 3 üye ile katılanların oy çoğunluğu ile kararlarını

alır. Kararlarda istemin özeti, yapılan inceleme ve dayanak olan mevzuat hükümleri gösterilir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 23/3/2010 tarihli 2009/ 1098 E- 2010/3682 K. sayılı kararında parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda öncelikle Hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın itirazın iptali davası niteliğinde olması sonucu değiştirmez.

Tüketici Kanun'una uygun olarak Yeni Borçlar Kanun'unda düzenlemeler yapılmıştır. Maldaki ayıp; hukuki ayıp, maddi ayıp ve ekonomik ayıp şeklinde olabilir. Bunlar Yargıtay Kararlarında dikkate alınan önemli konulardır.³

Satın alınan maldaki ayıp açık veya sonradan kullanımla ortaya çıkan ayıp şeklinde olabilir. Tüketicinin durumu ihbar yükümlülüğü vardır.

Taşınır mallarda gizli ayıpla ilgili zamanaşımı süresi 2 yıl, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda teslim tarihinden itibaren 5 yıl, ayıplı malın neden olduğu zararların tazmini ile ilgili talepler için 3 yıl, kredi verenin sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıldır.

Tüketici Yasasına göre ayıp halinde tüketiciye 4 ayrı seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar

- a. malı iade ve sözleşmeden dönme**
- b. malın ayıpsız yenisiyle değişimini talep etme**
- c. bedelde indirim talep etme**
- d. onarım isteme**

haklarıdır.

Tüketici yasasına göre ayıp nedeniyle tazminat isteme hakkı da seçimlik haklardan biriyle birlikte talep edilebilir. Tazminat maddi ve manevi tazminattır.

Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilir. Bir hakim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi yoksa zarar görene sorumluluk sebebine göre tazminata hükmedebilir. (Türk Borçlar Kanunu 60.madde)

Doktrinde hizmet sözleşmesi ve hizmet kavramının geniş yoruma tabi tutulduğu kabul edilmektedir. Sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi olup olmadığı konusunda tereddüt hasıl olursa tüketici sözleşmesinin varlığı kabul edilir.

3 Ceylan Ebru İsviçre ve AB Hukukunda Kredi Kartı Kullanan Tüketicinin Durumu Beta Yayınları 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Hakem Heyetleri Yönetmeliği, Kara İlhan Tüketici Hukuku Engin Yayınları

Bir hizmetin ayıplı sayılabilmesi için hizmette bir eksiklik olmalı, bu hizmette ayıp önemli olmalı, tüketicici bu durumu bilmemeli ve hizmetin ifası sırasında ayıp mevcut olmalıdır.

Ayıp nedeniyle sağlayıcı, bayi, acente, bağlı kredi veren kredi kuruluşu sorumludur. Aralarındaki sorumluluk müteselsil sorumluluktur.⁴

Son yıllarda hayatımızda önemli bir yer edinen kredi kartları ile ilgili tüketicici sorunları da TKHK'da düzenlenmiştir. Kartlarla ilgili tüketiciciyi en mağdur eden konu üyelik aidatları ile ilgilidir. Mevzuattaki yasal boşluk 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları kanunu ile düzenlenmiştir.

Kredi kartı üyelik sözleşmesi karşılıklı edimleri ihtiva eden 2 tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kart hamili ve banka arasında yapılır. Kart çıkaran kuruluşlar ise banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisine sahip bankaları veya diğer kuruluşları ifade eder. Sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır. En az 12 punto, koyu siyah harflerle yazılmalıdır. Kredi kartı sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin yazılı olması zorunludur. Kart hamlini yaptığı işlemler nedeniyle sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede kart hamlinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez.

Tüketicici Yasası tüketiciler lehine maddeler içermesine rağmen, son yıllarda piyasada uygulan mali politikalar ve Bankalar Kanun'unun Tüketicici Kanun'unun üzerinde tutularak çıkarılan genelgelerin tüketicilerin aleyhine işlediği, tüketicilerin mağdur edildiği ve aynı durumda mağdur olan tüketicilerden hakkını arayanların lehine çıkan mahkeme kararları olsa bile diğer tüketicilere yansıtılmadığı bu nedenle de tüketicilerin mağdur edildiği kanısındayız.

Tüketicici yasası ile ilgili Hukuk Genel Kurulu Kararından Örnekler;

Feshedildiği söylenen kredi sözleşmesi sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenebilir. Yapılan fazla ödeme BK 125.'e göre 10 yıllık zamanaşımına tabidir. (17/2/2010 tarih HGK 2010/ 13-93 E. 88K)

Sabit telefon aboneliği nedeniyle alınan masraflar karşılığı olduğundan abonelerden eşit şekilde sabit ücret alınması usul ve yasaya uygundur. (HGK 13/5/2009 tarih 2009/ 13-122 E. -2008/189K)

Ayıplı araçla ilgili davada aynen ifası mümkün olmayan ve para bor-

4 Türk Borçlar Kanunu

cuna dönüşen aracın değerini haciz tarihi itibarıyla belirlenmesi gerekir. (HGK 08/07/2009 tarih 2009/12-244, 2009/316 K)

Limited şirketin kullandığı kredi sözleşmesi tüketici kredisi başlıklı sözleşme olsa bile bu kredi tüketici kredisi sayılmaz. Davada ticaret mahkemesi görevlidir. (HGK 21/9/2011 2011/19-500 E. 2011/550 K)

Dava konusu abonelik sözleşmesinin tek taraflı idarece önceden hazırlanmış standart sözleşme olması durumunda haksız şartlar geçersizdir. (HGK 22/9/2010 tarih 2010/13-466 E. 2010/410 K)

Sözleşme yapıldıktan sonra olağanüstü bir neden meydana gelmesi halinde MK 2. maddeye dayanarak sözleşmeye müdahale edilebilir. (HGK 27/1/2010 tarih 2010/14-14 E. 2010/15 K)

Davacı ve banka arasında sözleşme ilişki bulunmadığından sahte kredi kartı nedeniyle açılan menfi tespit davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. (HGK 17/2/2010 tarih 2010/4-61 E- 2010/84 K)

Konut alan davacı maldaki açık ayıpları teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde satıcı veya malike ihbar etmek zorundadır. İhbar yapıldığından 5 yıl içerisinde TKHK'nın 4.maddesi uyarınca dava açılabilir. (HGK 27/4/2011 tarih 2011/ 13-4 E.2011/230 K)

Yapılan satış işleminden taraflardan birinin tüketici akrış tarafın müteşebbis olması halinde sözleşme tüketici işlemi kabul edilir ve tüketici mahkemesi görevli mahkeme olur. (HGK 19/10/2011 tarih 2011/ 1113-538 E. 2011/648 K)

Düğün hizmet sözleşmesinde fotoğraf ve video kaydının eksik ve ayıplı olması bu işte menfaati olan gelin damat sözleşmeyi onların yararına yapan kişi davacı olabilir. Ayıp nedeniyle maddi manevi tazminat istenebilir. (HGK 30/11/2011 tarih 2011/13-606 E. 2011/717 K)

Davacı tarafın satın aldığı içki şişesi içinde sinek bulunması ve içkinin içilmesi halinde manevi tazminat istenebilir. (HGK 17/06/2009 tarih 2009/4-234 E.2009/260 K)

Davacının otomobilin ayıplı olması nedeniyle tamir seçimlik hakkının kullanmasına rağmen açılan davada aracın gizli ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tercih hakkı ıslaha gerek olmadan bedel iadesi olarak değiştirilebilir. Çünkü davacı gizli ayıbı dava sırasında öğrenmiştir. (HGK 29/9/2010 tarih 2010/13-389 E. 2010/429 K) ⁵

5 İlhan Kara Ankara 7.Tüketici Mahkemesi Hakimi Tüketici Hukuku Kitabı Engin Yayınları

TÜKETİCİ HUKUKU UYGULAMASINDA PAKET TUR SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN İHTİLAFLAR

Yunus ÖZAK¹

Giriş

Boş zaman, gerçekte, serbest olma ve doğallık içermeli bir zaman/yaşam alanıdır. Bizim boş zamana yüklediğimiz anlam, deneyimlediğimiz şeylerle doğru orantılıdır. Boş zaman büyük ölçüde, işin gerekliliği ve günlük hayatın baskısından özgürleşme anlamı taşır. Bu bağlamda boş zaman; dışsal zorlamalardan kurtulma ve kaçmayı ifade eder. Gerçekte biz, hayatı “zorunluluklar” ve “iradi yönelmeler” arasındaki ayırıcı sınırı dikkate almadan bir bütün olarak yaşarız. Boş zaman, yaşam kalitesini artırıcı bir nitelik taşıdığı gibi, zorlantı psikolojisinden kaçışa da hizmet eder.² Boş zaman olarak adlandırılan fenomen aslında özgürleşmeden denetime kadar bir dizi anlamı içerir. Boş vakit, “seçme/tercih”, “kaçış”, “spontanelik” ve “özgürlük” anlamlarıyla yakından ilişkilidir. Boş vakit, koşuşturmalı bir iş hayatından “gevşeme”, “ferahlama” ve “kendini salıverme” durumuna kaçışı ifade eder.³

Yukarıda alıntılanan metinlerden de görüleceği üzere çağımız tüketim toplumunda üretim ve hizmet faaliyetine katılan işçi insan, bu faaliyeti sonrası sahip olduğu boş zamanında kitle iletişim araçları ve sosyal medyada yer alan reklam mecraları vasıtasıyla tüketici/müşteri prototip dönüşmekte; hatta bu diyalojik ilişki çalışma zamanı/emek zamanı ile boş zaman/serbest zaman arasındaki etkileşimi arttırarak aradaki farkı silikleştirmektedir.

Tüketim toplumu ve bu toplumun zeminini oluşturan öğeler bu makalenin sınırlarını aşsa da bir boş zaman değerlendirme biçimi olarak turistik tatiller satıcı ve tüketici arasındaki ilişkinin aynı zamanda hukuki

1 Avukat, İstanbul Barosu

2 Hbbms, Ray. (1996), “Global Leisure” Social Alternatives s.23'den Aktaran Aytaç Ömer, Kapitalizm Ve Hegemonya İlişkileri Bağlamında Boş Zaman C.ü. Sosyal Bilimler Dergisi Aralık 2004 Cilt: 28 No:2 115-138

3 KELLY, John R., Valeria. J. Freysinger. (2000), 21st Century Leisure: Current Issues s.14-23'den Aktaran Ömer Aytaç, A.g.m.

ihtilaf barındıran olgulara dönüşmesine yol açabilmektedir. Nitekim bu metinde de tüketici hukuku uygulamalarında paket tur sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflara ve bu ihtilaflara ilişkin çözüm önerilerine yer verilecektir.

I- Paket Tur Sözleşmeleri

I.1. Tanımlar

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK) madde 3/h gereğince *mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem* tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır. Nitekim aynı maddede:

- a. Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti,
- b. Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi,
- c. Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri,
- d. Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri,

Yapılan tanımlar tüketici hizmeti işlemlerine dair kavramların hukuki karşılığıdır.

I.2. Paket Tur Sözleşmelerinin Esas ve Usul Yönünden İncelenmesi

Paket tur sözleşmeleri 4077 Sayılı Kanun ilgili hükmünce:

“Madde 6/C- Paket tur sözleşmeleri; ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerinden az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu, önceden düzenlenmiş yazılı sözleşmelerdir.

Paket tur sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları Bakanlık belirler.”

Şeklinde tanımlanmıştır. Mezkûr kanun hükmüne ilişkin alt düzenlemede ⁴ de bu tip sözleşmelerin esas ve usullerine ilişkin hükümlere yer

⁴ Resmi Gazete Tarihi: 13.06.2003 Resmi Gazete Sayısı: 25137 paket tur sözleşmeleri uygulama usul ve esasları hakkında yönetmelik

verilmiştir. Nitekim yönetmeliğin ilgili maddesi ile paket tur sözleşmelerinin içermesi gereken hükümler vaz'olunmuştur:

- a. Sözleşme taraflarının, isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- b. Hareket, dönüş tarihi ve saatleri ile kesintiler dâhil paket turun süresi,
- c. Paket tur sırasındaki duraklama yerleri ve nakil bağlantıları dahil turun güzergahı, ulaşım araçlarının cinsi, konaklama yeri ve sınıfı, bunların süreleri, yemek öğün sayısı, varsa rehber ve ücreti ile paket tura dahil diğer hizmetlere ilişkin bilgiler,
- d. Paket tur öncesi ve paket tur sırasındaki fesih koşulları,
- e. Seyahat acentasının kusuru veya sözleşmeye kısmen ya da tamamen uymaması hallerinde ödeyeceği tazminat ile ödenmiş olan paranın iadesine ilişkin bir taahhüt,
- f. Mücbir sebep sayılan haller ve bu hallerde tarafların hak ve sorumlulukları,
- g. Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dahil fiyatı ve ödeme şekli,
- h. Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,
- i. Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- j. Peşinat tutarı,
- k. Ödeme planı,
- l) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

Nitekim doktrinde bu tip sözleşmeler şu şekilde tanımlanmıştır:

Paket tur sözleşmeleri atipik sözleşmelerden karma sözleşme niteliğindedir. Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelirler.⁵ Paket tur sözleşmelerine baktığımızda;

- *taşıma sözleşmesi (ulaştırma hizmeti),*

5 Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s. 10'dan Aktaran ÖKSÜZ Ömer, Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, TBB Dergisi, Sayı 66, 2006, s.331-351

- kira sözleşmesi (konaklama hizmeti),
- satış sözleşmesi (bedel ödeme),

Gibi kanunda tüm unsurları ile belirtilmiş, yani tipik sözleşmelerin bir kombinasyonu görülür.⁶ Taraflardan birinin çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla bir miktar para ödeme borcu altına girdiği sözleşmelere “kombine sözleşmeler” denir.⁷ Paket tur sözleşmeleri de, tüketicinin para ödeme borcu, diğer tarafında taşıma, kira gibi tipik sözleşmelerin ifası borcu altına girdiği bir sözleşme olduğundan, karma sözleşmelerden kombine sözleşmelerdir.⁸

Yine aynı yönetmeliğin paket tur sözleşmesini ve sözleşmenin tarafları hizmet sağlayıcı acenteler ile tüketici arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen hükümlerinin yanı sıra sözleşme tarafları arasındaki hak ve borç ilişkisi, sözleşmenin feshi ve tarafların sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

II. Uygulamada Paket Tur Sözleşmelerinden Kaynaklanan İhtilaflar

II.1. Uygulamada Karşılaşılan İhtilaflar

TKHK kapsamında tüketiciler, TKHK m. 22 gereği “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine” başvurabileceklerdir. Bu anlamda başvurabilecekleri yargı organı ise TKHK m. 23 uyarınca “Tüketici Mahkemeleri” dir. Ayrıca, Seyahat Acentaları Yönetmeliği m. 44 hükmü gereği, tüketicinin, seyahat acentası aleyhine mahkemeye veya TÜRİSAB bünyesinde bulunan kuruluna başvurmuş olması halinde veya seyahat acentası tarafından tüketici aleyhine mahkemeye veya TÜRİSAB bünyesinde bulunan tahkim kuruluna başvurulması halinde, talep, bu makamların belirlediği miktarda karşılanır.⁹

Uygulamada ise paket tur sözleşmelerinin muhteviyatı ve tur bedellerinin miktarı gereği bu konudaki uyuşmazlıkların çözümünde görevli merciler 4077 Sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddeleri gereğince doğrudan Tüketici Mahkemeleri'dir. Uygulamada, İhtisas Mahkemeleri olarak Tüketici Mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava sebeplerinin, hizmet sağlayıcı Seyahat acenteleri tarafından sunulan paket turlardaki turistik hizmetlerin gereği gibi ya da hiç yerine getirilmemiş

6 Zevkliler/Aydoğdu, Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004 s. 201'den Aktaran ÖKSÜZ Ömer, A.g.m.

7 Yavuz, s. 10'dan Aktaran Ömer ÖKSÜZ, A.g.m

8 Ömer ÖKSÜZ s.334 A.g.m.

9 Ömer ÖKSÜZ s.348 A.g.m.

olması hususunda yoğunlaştığı görülmektedir.

Nitekim söz konusu uyuşmazlıklarda İlk Derece Mahkemelerince dava konusu hukuki durumlar tavsif edilirken uygulanan hukuk kuralları 4077 Sayılı Kanun md.4/A'da yer alan: “Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilânlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir.” Hükmü ve devamı ile kanununun 6/C maddesi hükmü ve maddeye dayalı yönetmelik hükümleridir.

Uygulamadaki uyuşmazlıklar incelendiğinde Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Yönetmeliği md.12 de belirtilen ve turistik hizmet sağlayıcı Seyahat acentelerinin tüketicilere vermekle yükümlü oldukları tanıtım broşürlerinde belirtilen taahhütler ile turistik hizmet arasındaki tutarsızlıklardan kaynaklanan ihtilafların yoğunluğudur.

Nitekim ilgili hükme rağmen:

Madde 12 — *Seyahat acentası, paket tur hakkında bilgi isteyen tüketicie tanıtım amaçlı bir broşür vermek zorundadır. Broşürün içerdiği hususlar, seyahat acentası için bağlayıcıdır. Söz konusu özelliklerde yapılacak değişiklikler ancak broşürde açıkça belirtilmek ve sözleşme akdedilmeden önce tüketicie bildirilmek şartıyla, sözleşme akdedildikten sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilebilir.*

Bu broşürde;

- a. Vergiler dahil fiyat ve ödeme koşulları,*
- b. Gidilecek yer ve ulaşım biçimi,*
- c. Kalınacak yerin özellikleri,*
- d. Yemek ve gezi planı,*
- e. Paket tur programı,*
- f. Uluslararası seyahatlerde pasaport ve vize koşulları,*
- g. Seyahat acentasının, paket tura katılacak tüketici sayısının yeterli olmadığı durumda paket turun iptalini tüketicie bildireceği en son tarih,*

gösterilir.

Bu broşürdeki bilgilere ek olarak seyahat acentası tüketiciye sözleşme akdedilmeden önce yazılı olarak aşağıdaki hususları içeren konularda bilgi verir.

- a. Seyahat acentasının yerel temsilcisinin adı, adresi ve telefon numarası ile bunların bulunmaması halinde tüketicinin zor durumda kaldığında başvurabileceği yerel irtibat noktasının adı, adresi ve telefon numarası,*
- b. Varsa ara durakların zamanı, yeri ve ulaştırma bağlantıları ile yolcu tarafından kullanılacak ulaşım aracının özellikleri,*
- c. Reşit olmayan kişilerin yurt dışına yolculuğu veya yurt dışında kalmaları halinde, tüketici veya tüketicinin kaldığı yerde doğrudan teması sağlayacak bilgiler,*
- d. Tüketici tarafından iptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dahil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak, isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmasıyla ilgili bilgiler.*

Turistik hizmet sağlayıcı Seyahat Acentaları paket tur programına ilişkin birçok unsuru gereği gibi yerine getirememektedir. Bu doğrultuda, çoğunlukla, turistik hizmetin muhatabı tüketicinin karşılaştığı başlıca sorunlar paket tur şirketleri aracılığıyla kaldıkları otellerde en çok karşılaştıkları sorunlar, tanıtım broşürlerinde taahhüt edilen otel hizmetlerinin eksik ve yetersiz kalması, temizlik, yemeklerdeki kalitesizlik, otel odasındaki cihazların (telefon, televizyon, buzdolabı vb gibi) eksik olması ya da bu cihazların çalışmaması, havuzların pisliği, ulaşım araçlarının belirtilen ya da istenilen özellikte olmadığı ya da ulaşım aracının tahsis edilmediği, gezdirilmesi taahhüt edilen yerlerin gezdirilmediği, rehber hizmetlerinin hiç verilmediği ya da eksik verildiği şeklinde olmaktadır.

II.2.Hizmet Sağlayıcıya Bildirim Şartı

Tüketici hukuku uygulamasında paket tur sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda ayıplı hizmetlere karşı tüketicilerin 4077 Sayılı Kanun'un 4/A maddesi gereğince hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlü olduğu açıktır. Bu doğrultuda, tüketiciye sağlanan turistik hizmetten kaynaklanan ihtilaflarda mezkûr hüküm icabınca "...Tüketici bu durumda, sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarına sahiptir. Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun

gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4 üncü maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilir. Sağlayıcı, tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.” Seçimlik haklara sahiptir.

II.3. Ayıplı Hizmetin İspatı Sorunu

Tüketici hukuku uygulamasında ayıplı hizmetten kaynaklanan maddi-manevi tazminat talepli davalar yaygın olsa da paket tur sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda, Tüketicinin paket tur hizmetinin ayıplı unsurlarını ispatlamasında güçlüklerle karşılaştığı görülmektedir.

4077 sayılı Kanun md.23/II gereğince:

*Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri, 29 uncu maddeye göre bütçede öngörülen ödenekten Bakanlıkça karşılanır. Davanın, davalı aleyhine sonuçlanması durumunda, bilirkişi ücreti 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak 29 uncu maddede düzenlenen esaslara göre bütçeye gelir kaydedilir. **Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'unun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine göre yürütülür.***

Tüketici Mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı görülmektedir.¹⁰ Bu sebeple ispat külfeti davacı tüketiciye ait olduğundan ihtilaf konusu vakıya bağlanan her türlü belge, senet, yemin, tanık, bilirkişi incelemesi, keşif ve uzman görüşü ile dava ispatlanabilecektir.

Fakat uygulamada, tüketicilerin paket tur sırasında toplu hareket etmeleri nedeniyle turistik hizmetin eksikliğini tutanak, fotoğraf ve tanık yoluyla ispatlama yolunu seçtikleri görülmektedir. Nitekim uygulamada paket tur hizmetinden faydalanan tüketicinin eksik ve ayıplı hizmetten kaynaklanan ihtilafları hizmet alan diğer tüketicilerle birlikte imza altına alınan tutanakları düzenlemek suretiyle ispat yolunu seçtiği görülmektedir.

II.4. Tüketicinin Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri

Paket tur sözleşmesi kaynaklı ihtilaflarda 4077 Sayılı Kanun 4/A hükümleri ve Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Yönetmeliği hükmü:

Sorumluluk

Madde 9 — Sözleşmeye taraf seyahat acentası sözleşmeden

¹⁰ 6100 Sayılı HMK md.316-322

doğın yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı sorumludur. Ancak sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi tüketicinin kusuruna veya mücbir bir sebebe dayanıyorsa, seyahat acentası sorumlu tutulamaz.

Paket tur sırasında, seyahat acentasının sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturan hizmetlerden bir veya birkaçını sağlamaması ya da sağlamayacağınıın anlaşılması durumunda; seyahat acentası, paket turun devam etmesi için tüketiciye ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler yapar ve sözleşmede yer alan hizmetler ile sunulan hizmetler arasındaki farkı tazmin eder. Söz konusu düzenlemeleri yapmak mümkün değilse, ya da bunlar haklı nedenlerle tüketici tarafından kabul edilmez ise; seyahat acentası tüketicinin hareket yerine veya kabul edeceği herhangi bir dönüş noktasına geri dönmesi için eşdeğerde ulaşım imkânı sağlar. Tüketicinin yaptığı tüm ödemeleri 10 gün içinde iade eder ve gerekli hallerde tüketicinin zararını tazmin eder.

Gereğince Tüketicinin seçimlik hakları mevcuttur. Tüketicinin maddi tazminata ilişkin talepleri Bilirkişi incelemesi neticesinde değerlendirilirken; buna mukabil, hususiyetle, İlk derece Mahkemelerinde ayıplı hizmetten kaynaklanan manevi tazminat taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Nitekim Tüketici Mahkemesi bir kararında:

“Borçlar Kanun'unu 49. maddesinde “ şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir” denilmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca haksız bir eylem olarak değerlendirilmesi gerekli olup Borçlar Kanun'unun 49. maddesi uyarınca kusurun özel ağırlı da gerekmektedir.

Salt sözleşmeye aykırı davranış manevi tazminat istemi için yeterli olmayıp aykırılığın niteliğinden ve ya özel hal ve şartlar sebebiyle aynı zamanda davacının kişilik haklarının medeni kanunun 24. maddesi anlamında zedelenmesi ve bu nedenle de eylemin Borçlar Kanun'un 41. maddesi uyarınca haksız bir eylem olarak değerlendirilmesi gerekli olup borçlar kanununun 49. maddesi uyarınca kusurun özel ağırlı da gerekmektedir. Paket tur sözleşmesinin eksik olarak ifa edilmesinde davacıların kişilik haklarına saldırı bulunmadığı gibi vücut tamlığına da zarar verilmiş değildir. Manevi tazminat isteminin yasal koşulları oluşmadığından davacıların manevi tazminat istemlerinin reddine...

¹¹ Gerekçesiyle manevi tazminat talebi reddedilmiştir. Hâlbuki Yüksek Mahkeme'nin istikrar kazanmış içtihatları tam aksi yöndedir. Nitekim:

“Davacıların, L... Havayollarında saatlerce bekledikten sonra, üç aktarma yapmak suretiyle, bir gün gecikmeli olarak otele vardıkları, davalı şirketin bir gün eksik hizmet verdiği, dönüş yolculuğunda valizlerinin kaybolduğu, valizlerinin bulunması için İstanbul'da konaklamak zorunda kaldıkları, tatillerinin sıkıntı ve strese neden olduğu, davacıların şahsiyet haklarının hukuka aykırı bir şekilde zarar gördüğü dosya içeriği ile anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece; tarafların sosyal ve ekonomik durumları incelenerek, davacılar A.B. ve S. lehine, olayın oluşuna uygun ve makul bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde bu talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup...”¹² Gerekçesiyle Yüksek Mahkeme'nin ayıplı hizmetin tespiti halinde manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği görüşü ağır basmaktadır.¹³

II.5. Bilirkişi İncelemesi

Uygulamada paket tur sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı hizmetin mevcut olup olmadığı, şayet varsa hizmet sağlayıcı Seyahat Acentasının kusur oranının belirlenmesi için Tüketici Hâkimince konusunda uzman bilirkişilerin görüşlerine başvurulmaktadır.

Uygulamada ise Bilirkişiler görüşlerini sunarken 4077 Sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği yanında, hususiyetle 1618 sayılı “Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu” uyarınca kurulmuş bir meslek birliği olan TÜRSAB tarafından hazırlanan Turizm Tüketicileri Talepleri Değerlendirme Çizelgesi(Kütahya Çizelgesi) dikkate alınmaktadır. Ayıplı hizmet kusur oranının tespitinde, uygulamada söz konusu çizelge, seyahat acentalarının tüketicilere sundukları seyahat acentalığı hizmetlerinde taahhüt edilen ya da olması gereken hizmetlerin aksamaması ya da eksik yerine getirilmesi hallerinde tüketicilerin bedel iade taleplerinin değerlendirilmesinde yararlanılacak bir kaynak niteliğindedir.

Bu doğrultuda, tüketicilerin ayıplı hizmetin ispatı sorununu aştıkları durumlarda söz konusu Çizelge kapsamında maddi tazminat taleplerinin kabulüne ilişkin kararlar elde ettikleri; aksi takdirde ise davaların kısmi kabul kısmi ret ile sonuçlandıkları görülmektedir.

11 İstanbul 4. Tüketici Mahkemesi Esas-Karar No: 2011/34 Esas - 2012/212

12 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2010/3213 K. 2010/13240 T. 14.10.2010

13 dipnot 11 ile aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk dairesi e. 2011/2194 K. 2011/9866 T. 22.6.2011, Yargıtay 13. Hukuk dairesi e. 2011/2670 K. 2011/10460 T. 30.6.2011

III. SONUÇ

Makalemizde ana hatları ile yer vermeye çalıştığımız ve tüketici hukuku uygulamasında sıkça rastlanan paket tur sözleşmelerinde hizmet alan tüketici ile hizmet sağlayıcı seyahat acentası arasındaki ihtilaflarda özetle:

- Paket tur tanıtım broşürlerinde taahhüt edilen otel hizmetlerinin eksik ve yetersiz kaldığı, temizlik, yemeklerdeki kalitesizlik, gezdirilmesi taahhüt edilen yerlerin gezdirilmediği, rehber hizmetlerinin hiç verilmediği ya da eksik verildiği,
- Söz konusu ihtilaflarda, ayıplı hizmetin kanuni süresinde hizmet sağlayıcıya ihbarının dava şartı olduğu,
- Ayıplı hizmetin ve kusurun ispat külfetinin tüketicinin uhdesinde olduğu,
- Tüketicilerin maddi tazminat taleplerinin Bilirkişi Raporları neticesinde karara bağlandığı ve Bilirkişilerin kusur tespitinde TÜRSAB Kütahya Çizelgesi'ni dikkate aldıkları,
- Tüketicilerin manevi tazminat taleplerinin, ayıplı hizmetin tespitine rağmen ilk derece mahkemelerinde reddedilebildiği; buna mukabil Yüksek Mahkemece manevi tazminat talebinin kabulü için Seyahat Acentasınca verilen hizmetin kusurlu olduğunun tespitinin yeterli olduğu,
- Gözlemlenmektedir. Bu sebepler ışığında gerek yurtiçi gerekse de yurtdışı turistik seyahatlerde benzer ihtilafların artarak yaşandığı ve yaşanmaya devam edeceğini tahmin etmek güç değildir.

KAYNAKÇA

- Aytaç ÖMER, Kapitalizm Ve Hegemonya İlişkileri Bağlamında Boş Zaman, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi Aralık 2004 Cilt:28 No:2
- Öksüz ÖMER, Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, TBB Dergisi, Sayı 66, 2006
- Yavuz CEVDET, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001
- Zevkliler/Aydoğdu, Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004
- İstanbul 4. Tüketici Mahkemesi Esas-Karar No: 2011/34 Esas - 2012/212
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2010/3213 K. 2010/13240 T. 14.10.2010
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2011/2194 K. 2011/9866 T. 22.6.2011
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2011/2670 K. 2011/10460 T. 30.6.2011



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
20 Aralık 2012	13,50	13,75

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI

TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)
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
15.07.1992 - 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
01.10.1998 - 31.12.1998	200.625.000	01.01.2013 - 30.06.2013	3.125,01 TL
01.01.1999 - 30.06.1999	286.341.250	01.07.2013 - 31.12.2013	3.218,88 TL

HUKUKUMUZDA PARASAL SINIRLAR
(6100 sayılı HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU'NA GÖRE)
Düzenleyen: Av. Orhan YILMAZ

	01.10.2011'den önce açılan davalarda	Açıklama
Senetle / Tanıkla İspat	2.500,00	(6100 sayılı HMKmd.200)
Temyiz / Kesinlik	1.820,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.427/2)
Temyiz - İcra Mahkemeleri	5.240,00	(**) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)
Karar Düzeltme	11.100,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.440)
Mürafaa	18.560,00	(*) (BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR) (1086 sayılı HUMK.md.438/1)

(*) YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6217 Kabul Tarihi: 31/3/2011

(Resmî Gazete: 14.04.2011 tarih 27905 sayılı)

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 Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyizle 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 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanun'da bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

() İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN**

Kanun No. 5311 Kabul Tarihi: 02/03/2005

MADDE 29. İcra ve İflâs Kanunu'na aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 7. 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 göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun bu Kanun'la 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

(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)

Yargıtay'a Göre Kira Artışlarında Uygulanacak Oranlar						
Aylar	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33
Şubat	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72
Mart	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79	
Nisan	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72	
Mayıs	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57	
Haziran	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24	
Temmuz	9.76	5.47	5.33	9.59	9.88	
Ağustos	10.68	4.19	6.18	9.76	9.33	
Eylül	11.29	3.22	6.89	10.03	8.60	
Ekim	12.03	2.20	7.71	10.26	7.80	
Kasım	12.56	1.37	8.27	10.72	6.98	
Aralık	12.72	1.23	8.52	11.09	6.09	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranları										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	0.23	0.58	2.36	0.38	0.18	0.29	1.85	0.41	0.56	1.65
Şubat	1.17	1.66	1.72	-0.09	0.13	-0.34	1.45	0.73	0.56	0.30
Mart	0.29	1.94	1.22	0.36		1.10	0.58	0.42	0.41	
Nisan	0.65	2.35	0.61	0.08		0.02	0.60	0.87	1.52	
Mayıs	-0.05	-1.15	-0.15	0.53		0.64	-0.36	2.42	-0.21	
Haziran	0.94	-0.50	-0.01	-1.49		0.11	-0.56	-1.43	-0.90	
Temmuz	-0.71	-0.16	-0.03	-0.31		0.25	-0.48	-0.41	-0.23	
Ağustos	0.42	1.15	1.76	0.26		-0.30	0.40	0.73	0.56	
Eylül	0.62	0.51	1.55	1.03		0.39	1.23	0.75	1.03	
Ekim	0.28	1.21	1.60	0.17		2.41	1.83	3.27	1.96	
Kasım	1.29	-0.31	-0.65	1.66		1.27	0.03	1.73	0.38	
Aralık	0.66	1.31	1.00	0.12		0.53	-0.30	0.58	0.38	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranları										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	0.23	0.58	2.36	0.38	1.88	0.29	1.85	0.41	0.56	1.65
Şubat	1.40	2.25	4.13	0.29	0.31	-0.06	3.32	1.14	1.13	1.95
Mart	1.70	4.24	5.40	0.65		1.05	3.93	1.57	1.55	
Nisan	2.35	6.69	6.04	0.73		1.07	4.55	2.45	3.09	
Mayıs	2.30	5.47	6.20	1.27		1.71	4.17	4.93	2.87	
Haziran	3.27	4.93	6.21	-0.24		1.83	3.59	3.43	1.95	
Temmuz	2.54	4.77	6.18	-0.56		2.08	3.09	3.00	1.71	
Ağustos	2.97	5.98	8.05	-0.30		1.78	3.50	3.75	2.28	
Eylül	3.60	6.52	9.72	0.72		2.18	4.77	4.53	-3.34	
Ekim	3.90	7.80	11.48	0.90		4.64	6.69	7.95	5.36	
Kasım	5.24	7.47	12.20	2.58		5.96	6.72	9.82	5.76	
Aralık	5.93	8.87	13.33	2.45		6.53	6.40	10.45	6.16	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	7.90	6.30	10.80	11.13	1.88	9.50	8.19	4.90	10.61	7.31
Şubat	6.43	6.82	10.87	9.15	1.84	7.73	10.13	4.16	10.43	7.63
Mart	3.46	8.58	10.08	8.22		7.89	9.56	3.99	10.43	
Nisan	-0.35	10.42	8.21	7.65		6.13	10.19	4.26	11.14	
Mayıs	-2.46	9.21	9.63	8.06		5.24	9.10	7.17	8.28	
Haziran	-1.86	7.64	10.19	6.44		5.73	8.37	6.24	8.87	
Temmuz	-3.75	8.24	10.34	6.13		5.39	7.58	6.31	9.07	
Ağustos	-1.04	9.03	11.00	4.56		5.33	8.33	6.65	8.88	
Eylül	0.47	8.91	12.15	4.03		5.27	9.24	6.15	9.19	
Ekim	0.19	9.92	12.58	2.57		5.08	8.62	7.66	7.80	
Kasım	1.51	8.17	13.67	3.60		5.53	7.29	9.48	6.37	
Aralık	5.93	8.87	13.33	2.45		6.53	6.40	10.45	6.16	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
Aylar	Üfe					Tüfe				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Ocak	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33	10.54	6.16	8.28	6.95	8.62
Şubat	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72	10.41	6.38	7.76	7.48	8.33
Mart	11.99	1.63	9.36	10.79		10.29	6.53	7.29	8.02	
Nisan	10.65	2.52	9.17	10.72		9.98	6.87	6.79	8.59	
Mayıs	8.96	3.50	9.21	10.57		9.49	7.20	6.64	8.68	
Haziran	7.34	4.30	9.42	10.24		9.08	7.41	6.47	8.89	
Temmuz	5.47	5.33	9.59	9.88		8.52	7.59	6.37	9.11	
Ağustos	4.19	6.18	9.76	9.33		7.99	7.83	6.24	9.29	
Eylül	3.22	6.89	10.03	8.65		7.52	8.16	6.00	9.53	
Ekim	2.20	7.71	10.26	7.80		6.95	8.45	5.93	9.53	
Kasım	1.37	8.27	10.72	6.98		6.53	8.59	6.13	9.26	
Aralık	1.23	8.52	11.09	6.09		6.25	8.57	6.47	8.89	

16.01.2013		BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER						Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü	
MAHKEME	Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz			Tashih –İ Karar		Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tebliğ	Cevap	
ASLİYE (Ticaret, Tüketicici, Aile, Fikri Hukuk)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15	10	15	15	7
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	8	10	15	15	7
İŞ	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8	8	10	---	---	7
İCRA - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	---	10	10	10	10	10	7
İCRA - Ceza	Duruşma	İki Hafta	---	7	7	---	---	---	Bir Hafta
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	---	1 Ay (C.Sav.)	---	Bir Hafta
İDARE (İdare, Vergi)	30	İki Hafta	7	---	30	30	15	30	7

16.01.2013		BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER							Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü	
MAHKEME	Cevap / Cevaba Cevap / İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyatî Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	İstinaf			Temyiz		İstinaf veya İtiraz veya Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararı Temyizi	
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tefhim	Tebliğ		Cevap
ASLİYE (Ticaret, Tüketiciler, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	2 Hafta	---	8	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	---	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Ceza	Duruşma	Duruşma	---	7	7	---	---	7	7	7
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	Duruşma	---	7	7	7	7 ⁷ (5271 m.291 f.2)	7	7	7
İDARE (İdare, Vergi)	30	2 Hafta	7	İtiraz veya Temyiz			Tashihi -i Karar		7	
				---	30	30	---	15	30	

SINIRLAR

YILLAR	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Hukuk Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 1086 mülga m.426A ve ek m.4, 6100 m.341	1.250.00	1.400.00	1.430.00	1.540.00 01.10.2011'den sonra 1.500.00	1.500.00	1.500.00
Hukuk Mahkemeleri Tenyiz / Kesinlik 1086 mülga m.428 ve ek m.4, 6100 m.362	6.330.00	7.080.00	7.230.00	7.780.00 01.10.2011'den sonra 25.000.00	25.000.00	25.000.00
Tenyizde Duruşma 1086 mülga m.438 ve Ek m.4, 6100 m.369	12.680.00	14.200.00	14.510.00	15.620.00 01.10.2011'den sonra 60.000.00	60.000.00	60.000.00
İcra Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 2004 m.363 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 24. maddesiyle istinat sumru (2005 yılı için) 1.000TL olarak belirlenmiştir.	1.250.00	1.400.00	1.430.00	1.540.00	1.690.00	1.820.00
İcra Mahkemeleri Tenyiz / Kesinlik 2004 m.364 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 25. maddesiyle tenyiz sumru (2005 yılı için) 10.000TL olarak belirlenmiştir.	12.680.00	14.200.00	14.510.00	15.620.00	17.220.00	18.560.00
İş Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik (5521 m.8)	1.000.00	1.000.00	1.000.00	1.000.00	1.000.00	1.000.00
İş Mahkemeleri Tenyiz / Kesinlik (5521 m.8)	5.000.00	5.000.00	5.000.00	5.000.00	5.000.00	5.000.00
İdare Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hükimle/Kurul halinde Görünme, İtiraz/Tenyiz ve Duruşma İsteme sumru 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 02.07.2011 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sumru (2011 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.	6.820.00	7.630.00	7.790.00	8.380.00	9.230.00 05.07.2012'den sonra 25.000.00	26.950.00
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı veya delil olmasına ilişkin sumru 4077 m.22	827.05	936.97	938.75	1.031.87	1.161.67	1.191.52
Görev - Büyükdüşürlerde Tüketici İl veya İlçe Hakem Heyetleri Tük. Sor. Hak. Yon. m.5	2.159.08	2.446.03	2.450.67	2.693.78	3.032.65	3.110.58
Senetle / Tankla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200	490.00	540.00	550.00	590.00 01.10.2011'den sonra 2.500.00	2.500.00	2.500.00
Yıllık Kaldırı Tazminatı Tazan Miktarı İlk Aidat ve Son Aidat	2.087.62 2.173.19	2.260.05 2.365.16	2.427.04 2.517.01	2.623.23 2.731.85	2.817.27 3.033.98	3.129.25 3.218.76
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4	6.330.00	7.080.00	7.230.00	7.780.00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar. Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar. Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları İstinaf / Kesinlik sumru 1412 m.305, 5320 m.8 ve 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici m.2, 5271 m.272	10.000.00	10.000.00	10.000.00	10.000.00	10.000.00	10.000.00
	Beraat>					Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün
	2.000.00	2.000.00	2.000.00	2.000.00 14.04.2011'den sonra 3.000.00	3.000.00	3.000.00

6100 ve 5521 sayılı kanunlarda parasal sınırların artırılacağı yönünde bir düzenleme olmadıktan bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır. 1086, 2004, 2576 ve 2577 sayılı kanunlardaki sınırlar ise, her yıl için ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre belirlenir. On İhray aşmayan küsurlar dikkate alınmaz. Tüketici Hakem heyetine ilişkin sınırlar ise, her sene Sanayi Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ	<p>Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları</p> <p>Tahakkuk tarihini takip eden yılaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmemesi rağmen vade tarihini takip eden yılaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zamanaşımına uğrar. (213 sayılı kanun m.114, 6183 sayılı kanun m.102)</p> <p>Tahakkuk veya vade tarihi=5 yıl=Vade tarihi</p> <p>Kamulaştırma bedeli</p> <p>Mülkiyetin idareye devri tarihi=10 yıl=Mülkiyetin idareye devri tarihi</p>	<p>Bina aidatı</p> <p>Her ay aidatı için ayrı olarak her ay başı=5 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Aidat şeklinde olmayıp bir keretle ödenmesi karar alınmış bina ortak giderinde kanunla faiz uygulanır.</p> <p>Kazan tarihi=10 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p>	<p>Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı aynı içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devrenin başlangıç günü de her ayın on sekizi olur.</p> <p>Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devrede kaç gün geçme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağı uygulanır.</p>	<p>Dönemler Ve AYLIK Oranlar</p> <p>08.07.1998-20.01.2000 % 12</p> <p>21.01.2000-01.12.2002 % 6</p> <p>02.12.2000-28.03.2001 % 5</p> <p>29.03.2001-30.01.2002 % 10</p> <p>31.01.2002-11.11.2003 % 7</p> <p>12.11.2003-01.03.2005 % 4</p> <p>02.03.2005-20.04.2006 % 3</p> <p>21.04.2006-18.11.2009 % 2,5</p> <p>19.11.2009-19.10.2010 % 1,95</p> <p>19.10.2010- % 1,4</p>
BİNA GENEL GİDER FAİZİ	<p>Bina aidatı</p> <p>Her ay aidatı için ayrı olarak her ay başı=5 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Aidat şeklinde olmayıp bir keretle ödenmesi karar alınmış bina ortak giderinde kanunla faiz uygulanır.</p> <p>Kazan tarihi=10 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p>	<p>02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanununun 20. maddesi, kat mülkiyetinin ortak giderlere katılımlarını düzenlemiştir. Ödenenin geçikmesi halinde genel hükümlere göre kanunî faiz uygulanmaktadır. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişikliği yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on geçikme zımneti ödenmeyeceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ile, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirilmiştir.</p>	<p>Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK geçikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNî FAİZ gibi hesap yapılır.</p> <p>Aidata AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.</p>	<p>Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem</p> <p>02.01.1965-13.04.1983</p> <p>Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler</p> <p>13.04.1983-28.11.2007 % 10</p> <p>28.11.2007- % 5</p>
KANUNİ (ADI) FAİZ	<p>Adi alacak sözleşmeleri</p> <p>Sözleşmede ila tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih=10 yıl=İhtar tarihi</p> <p>Sözleşmede ila tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>İhtar tazminatı</p> <p>Feshat tarihi=10 yıl= İşyerinin temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Yıllık izin ücreti</p> <p>Yıllık izin ücreti alınmazlığı için feshat tarihi=5 yıl= İşyerinin temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Haksız fiil maddi ve manevi tazminat</p> <p>Öğrenme tarihi=2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zaman aşımı=Olay tarihi</p> <p>Tam vergi davası</p> <p>Hizmet kusurunu ödeme tarihi=1 yıl ve her durumda 5 yıl= Temerrüt tarihi</p> <p>Yüklenen kötü niyet tazminatı</p> <p>Feshat tarihi=10 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Sabepsiz zenginleşme</p> <p>Öğrenme tarihi=2 yıl her durumda zenginleşme tarihinden itibaren 10 yıl= Zenginleşme tarihi (Zenginleşen iyi niyetli ise faiz başlangıç borçlunun temerrüde dışı olduğu tarihtir)</p> <p>Gazelen ve benzeri köken tazminatı</p> <p>Feshat tarihi=10 yıl= Temerrüt tarihi</p> <p>İş kazası maddi ve manevi tazminat</p> <p>Kaza tarihi=10 yıl=Kaza tarihi</p> <p>Kira ve Ecrimisli</p> <p>Her ayın ayrı olarak ay sonu=5 yıl= Borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p> <p>Kamı zarar alacağı</p> <p>Zarar tarihini takip eden yılın başı=10 yıl= Zarar tarihi</p> <p>Tüketicilere yönelik satış döngüsüne satılmamış alacağı</p> <p>Sözleşmede ila tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih=5 yıl= Sözleşmede ila tarihi</p> <p>Sözleşmede ila tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih</p>	<p>29.04.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar kanununun 72. maddesi, yıllık faiz oranını %5 olarak belirlemiştir. 22 mart 1303 tarihli Miralibata nizamnamesi de, adl alacaklarda sözleşmeye yıllık faiz oranının %9'a kadar artırılacağına düzenlemiştir.</p> <p>19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 5. maddesi, Borçlar kanununun 72. maddesindeki faiz oranlarını düzenleyen hükümleri ve ayrıca Miralibata nizamnamesini yürürlükten kaldırmış, aynı yasanın 1. maddesi ise, kanunî faiz oranını %30 olarak belirlemiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu oranı yüzde seksenine kadar artırma veya indirme yetkisi de vermiştir. 1997/9807 sayılı bakanlar kurulu kararı ile 01.01.1998-31.12.1999 dönemi kanunî faiz oranı %50 olarak uygulanmıştır.</p> <p>3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 18.12.1999 tarihli 4489 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiş, buna göre Merkez Bankasının önceki yılın 31. Aralık günü kasa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı Reeskont oranı, sonraki yıl için kanunî faiz oranı olarak belirlenmiştir. 30 Haziran günü uygulanan reeskont oranı diğer önceki yılın 31. Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan az veya fazla ise, bu durumda yıl iki döneme bölünmüş, yılın ikinci yarısında 30 Haziran tarihindeki reeskont oranı geçerli olmuştur. Reeskont oranının uygulanmasında, yüzde yıllık vega yarım yıllık dönemler söz konusu olmuştur.</p> <p>3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 5335 sayılı yasanın 14. maddesi ile 30.04.2006 tarihinden geçerli olmak üzere tekrar değiştirilmiş, 01.05.2006 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kanunî faiz oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiş, Bakanlar Kurulu bu oranı yüzde onuna kadar indirmeye veya iki kelime okunmaya veya kanunî faiz oranını aylık olarak belirlemeye yetkili olmuştur. Bu tarihten itibaren artık reeskont oranı dikkate alınmamıştır. 2005/9363 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren kanunî faiz oranı yıllık %9 olarak belirlenmiştir.</p>	<p>Dönemler ve YILLIK Oranlar</p> <p>29.04.1926-19.12.1984 % 5</p> <p>19.12.1984-31.12.1997 % 30</p> <p>01.01.1998-31.12.1999 % 50</p> <p>01.01.2000-30.06.2002 % 60</p> <p>01.07.2002-30.06.2003 % 55</p> <p>01.07.2003-31.12.2003 % 50</p> <p>01.01.2004-30.06.2004 % 43</p> <p>01.07.2004-30.04.2005 % 38</p> <p>01.05.2005-31.12.2005 % 12</p> <p>01.01.2006- % 9</p>	

FAZLAR	ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ FAİZ	Aksi bil. oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde; temerrütten önce ana para faiz ödenmemişse, çek/kv. vs. kanunî faiz oranı temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır. Ticari sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih, yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih–10 yıl (insgat ve malat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih Ticari sebepsz zenginleşmesi Örneğin bankanın sözleşme maksadını müşteri hesabından kesinti yapması, tacir in sebepsz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl–İşlem tarihi Tacirin ticari işine veya ticari itibarına yönelik tahsis, filler Örneğin çek/kv elektrik kullanma, tacire karşı tahsis fiili sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanlaşımı–Olay tarihi Kambiyö evrakları (çek, bono, poliçe) Vaade tarihi–3 yıl–Vaade tarihi Fikri haklar Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanlaşımı–Olay tarihi Tüketiminin adı aleağı (Yargıtay 18 HD E:2010/19122 K:2011/11578 T:18.07.2011) Aynı sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–2 yıl–Temerrüt tarihi Konuda ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–5 yıl–Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetler zarar tarihi–3 yıl ve 10 yıl–Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar Kanununun 72. maddesine atıl yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanunî faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adı alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağını, ancak reeskont oranının kanunî faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlemiştir. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanunî (edl) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adı alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanunî) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ise sadece kanunî faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir. 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler hâlen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayımladığı avans faiz oranlama 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanunî faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının öneki yılın 31 Aralık günü yayımladığı avans faiz oranı sonraki faiz oranı bir önceki yılın 31 Aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan alta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz–31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem içi ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanunî faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişikliği yapılmadan önce 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin kanununun 171. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HGK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliği yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirlenmiş ise mahkeme kanunî (edl) faize hükmedilmiştir. Değişikliği yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 272. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11. HD E:2004/2192 K:2004/2306 T:29.03.2004) Değişikliği yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirlenmesi bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmemektedir.	Dönemler ve YILLIK Oranlar 29.04.1926–19.12.1984 % 5 19.12.1984–31.12.1991 % 30 01.01.1991–31.12.1999 % 50 01.01.2000–30.06.2002 % 70 01.07.2002–30.06.2003 % 64 01.07.2003–31.12.2003 % 57 01.01.2004–30.06.2004 % 48 01.07.2004–30.04.2005 % 42 01.05.2005–30.06.2005 % 42 01.07.2005–31.12.2005 % 30 01.01.2006–31.12.2006 % 25 01.01.2007–31.12.2007 % 29 01.01.2008–30.06.2008 % 27 01.07.2008–31.12.2008 % 19 01.01.2010–31.12.2010 % 16 01.01.2011–31.12.2011 % 15 01.01.2012–31.12.2012 % 17,75 01.01.2013– % 13,75
YABANCI PARA FAİZİ	Borçlu yabancı para borçlanmada sözleşmede ayvnen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, vade tarihindeki rayf üzerinden Türk lirasıyla da ödeme yapılabilir. Borçlunun temerrüde dışı olması halinde borçlunun sepmistik tahki oradan kalker. Alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde alacağının ayvnen veya vade ya da hür ödeme günündeki rayf üzerinden Türk parası ile ödemesini isteyebilir. (6085 sayılı kanun m.89) Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vaade tarihi–3 yıl–Vaade tarihi Yabancı para üzerindeki yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde dışı olduğu tarih	Yabancı para borcunun fazinde devlet bankalarının o yabancı para ile ağılımş bir yıl vadeli mevduat hesabına ödenen yüksek faiz oranı uygulanır. (3095 sayılı kanun m.44) Lora takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur. İora takiplerinde talep veya ödeme günü kulanımdan hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru terç edildiğinde talep alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve aslı aleağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru terç edildiği veya terçih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen aleağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD E:2006/12270 K:2006/15287 T:11.07.2006)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Belirli bir kamu bankası olması zorunludur. Fikri uygulamada gerek alacaklılar ve gerek İora dâireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına İtiraz edildiği takdirde mahkemeler, larafının bildirildiği kamu bankalarından İhtilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını somutlardırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler. Azami mevduat faiz gibi oluşurulan yıllık devirlere göre hesaplanmalıdır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlançoğ tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sunulur. USD için TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları: 09.06.2011–08.12.2011 % 6,5 09.12.2011– % 7
TECİL FAİZİ	Vergi, resim, imkân tarihivata dayanan tapu harçları, ceza tahkiki ve takiplerine ait muhakeme masrafları, vergi cezaları, para cezası ve peşkinne zanımı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. Tam yargı ve vergi davalarında hükümlerinin meblâğın idarece tah şahibine geç, ödemesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.2816, 213 m.112 14)	6185 sayılı kanunun 48. maddesi uyarınca, borcun vadesinde ödenmesi veya haczini tabiki veya haczedilmiş malın paraya çevrilmesi kamu borçlusunu çok zor durumda dışıyaçek ise, kamu aleağa 36 ay geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olababilir. Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilerek aleağ miktarı ve vade tarihi belirtilir. Daha sonra aleağın kaç takside ödüneceği ve her bir taksitin ödeme tarihi belirtilir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine çek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanunî faiz gibi hesaplanır.	Dönemler ve YILLIK Oranlar 28.04.2006–20.11.2009 % 24 21.11.2009–20.10.2010 % 19 21.10.2010– % 12

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR





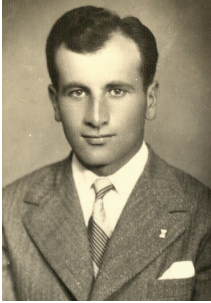
Baromuzun 4427 sicil sayısında kayıtlı

Av. PROF. DR. AYDIN AYBAY

06/03/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında İstanbul'da doğmuş, 1953 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 3634 sicil sayısında kayıtlı

Av. KEMAL SÖNMEZ

18/01/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Mesudiye'de doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8468 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET ANİBAL GÖKSU

23/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1933 yılında Göksu'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1974 yılında hakimliğe geçmiş olup, 1983 yılında hakimlikten emekli olarak yeniden Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 19459 sicil sayısında kayıtlı

Av. EMİN ÇİNİCİOĞLU

02/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1949 yılında Kütahya'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Kütahya Barosu'nda mesleğini ifaya başlamış, 1994 yılında da Kütahya Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9973 sicil sayısında kayıtlı

Av. ABDÜLKADİR PENCAPLIGİL

02/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1932 yılında Adana'da doğmuş, 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 14372 sicil sayısında kayıtlı

Av. MURAT YALÇINKAYA

04/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.



Merhum 1955 yılında Türkemiş'te doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1986 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3627 sicil sayısında kayıtlı

Av. CUMHUR ESGİN

10/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında İstanbul'da doğmuş, 1954 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3534 sicil sayısında kayıtlı

Av. HÜSAMETTİN HAKDİYEN

27/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1917 yılında İstanbul'da doğmuş, 1943 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1964 yılında hakimlik görevinden istifa ederek Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımız başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11999 sicil sayısında kayıtlı

Av. ZEHRA HÜMA OZAN

(SEM Öğretim Görevlisi)

17/02/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1956 yılında Kastamonu'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1981 yılında hakimliğe geçmiş olup, 1982 yılında hakimlikten ayrılarak yeniden Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımız başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	42949	BUKET EBRU	SÖYLEMEZ	17/1/2013	KOCAELİ BAROSU
2	42686	OYA İPEK	HOKKACI	17/1/2013	ANKARA BAROSU
3	43457	ZEYNEP	ŞAHİN	24/1/2013	İZMİR BAROSU
4	42533	NAHİDE	BAYRAM	24/1/2013	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
5	38663	GÜLİSTAN	FURAT	24/1/2013	ANKARA BAROSU
6	41978	SEDEF	BAŞTÜRK	24/1/2013	ANTALYA BAROSU
7	15085	ÜNAL	ACUN	24/1/2013	MUĞLA BAROSU
8	40731	SERAP	KARAKEÇİLİ	24/1/2013	DIYARBAKIR BAROSU
9	40573	MUSTAFA FURKAN	ÖZREN	24/1/2013	SAKARYA BAROSU
10	39906	HALE	KUTLAY GÜRBÜZ	24/1/2013	İZMİR BAROSU
11	26365	SELİM	AKSU	24/1/2013	KOCAELİ BAROSU
12	44415	MURAT	ÇİÇEK	24/1/2013	TRABZON BAROSU
13	37091	MEHMET	UNAN	24/1/2013	ŞIRNAK BAROSU
14	42362	NECMİ EMRAH	KAHRAMAN	24/1/2013	KOCAELİ BAROSU
15	16954	ÖZNUR	DEMETOĞLU	31/1/2013	BALIKESİR BAROSU
16	44282	ELİF	YÜCELER	31/1/2013	KONYA BAROSU
17	43233	GÖKŞEN	GÜLERYÜZ	31/1/2013	ANKARA BAROSU
18	28607	MEHMET	ÖZDAMAR	31/1/2013	AYDIN BAROSU
19	41625	DUYGU	AKTAŞ	31/1/2013	SAMSUN BAROSU
20	20567	ALİ	AKGÜL	31/1/2013	AYDIN BAROSU
21	21938	HASAN	ÇETİN	31/01/2013	TEKİRDAĞ BAROSU
22	43366	ANIL	EKİNCİ	7/2/2013	ANKARA BAROSU
23	39466	ZUHAL	ALTINTOP	7/2/2013	ERZURUM BAROSU
24	39381	ÖZLEM	TÜTÜNCÜ	7/2/2013	BURSA BAROSU
25	38755	SEMRA	BARLAK	7/2/2013	ÇANAKKALE BAROSU
26	37765	GIRAY	ÜNYELİ	7/2/2013	SAMSUN BAROSU
27	36352	DİDEM	DOĞAN	7/2/2013	İZMİR BAROSU
28	30760	ARZUMAN	TAŞDEMİR	7/2/2013	BURSA BAROSU
29	6718	AHMET	KAYA	7/2/2013	ANKARA BAROSU
30	35999	SULTAN	GÜMÜŞ KANDİL	14/2/2013	ANKARA BAROSU
31	31156	EMİR	ÖZBOĞAN	14/2/2013	KOCAELİ BAROSU
32	44215	SERRA	TECİRLİ	14/2/2013	HATAY BAROSU
33	43124	EMRAH	ASLAN	14/2/2013	ERZİNCAN BAROSU
34	42984	NURSEL	ARAS	14/2/2013	KARABÜK BAROSU
35	42725	ADEM	GÜVEZ	14/2/2013	AĞRI BAROSU
36	42389	MELODİ	AKGÜN	14/2/2013	KOCAELİ BAROSU
37	41377	FERHAT	KINACI	14/2/2013	MUĞLA BAROSU
38	39680	GÖKÇE	DOĞAN	14/2/2013	EDİRNE BAROSU
39	43402	HARUN	KAR	21/2/2013	DÜZCE BARO BAŞKANLIĞI
40	42679	ASLAN	SEZGİN	21/2/2013	İZMİR BAROSU
41	41654	NURBERK	EBUBEKİR	28/2/2013	BURSA BAROSU
42	35221	MEHTAP	ULUTAŞ	28/2/2013	ADANA BAROSU
43	32819	FİLİZ	GÜNEŞLİOĞLU	28/2/2013	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
44	31770	MERAL	AKÇINAR	28/2/2013	ANKARA BAROSU
45	30245	BENGÜ	BAŞAR ARAT	28/2/2013	EDİRNE BAROSU
46	43694	MUHLİSE	BİNTEPE	28/2/2013	İZMİR BAROSU
47	21821	VELİ	YAŞIN	28/2/2013	TEKİRDAĞ BAROSU

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	4852	ÖMER	BİLGEN	17/1/2013
2	40544	SELCAN	KILIÇ	17/1/2013
3	7679	ÖMER	ASLAN	24/1/2013
4	8004	CANDAN	ÖZDEMİR	24/1/2013
5	25502	NECATİ	KOCA	24/1/2013
6	34137	ARTUN	GÜNEYSU	24/1/2013
7	9064	SEZAİ	MERGEN	31/1/2013
8	16736	ŞABAN CENGİZ	ASLAN	31/1/2013
9	6612	VAHİT	KANTEL	31/1/2013
10	11452	AYŞE ESİN	ÖRÜCÜ	31/1/2013
11	42297	SEDAT ERDEM	AYDIN	31/1/2013
12	3360	HASAN İLHAN	ERGUN	31/1/2013
13	9538	SEVGİ FATMA	TÜTEN	7/2/2013
14	9475	ALİ ULVİ	TÜRE	7/2/2013
15	26685	ÖZLEM	ÇALIŞKAN	7/2/2013
16	7013	ALİ ORHAN	KALKAN	7/2/2013
17	24628	ZEYNEP	GÜMÜŞ	14/2/2013
18	14899	İSMAİL UYGUR	GÜRBÜZ	14/2/2013
19	39216	CEREN	TUĞLU	14/2/2013
20	35054	BAHAR	ERKAN	14/2/2013
21	9792	HİDİR	LÜLE	14/2/2013
22	35897	ALİ	KURUMAHMUT	14/2/2013
23	30215	ÖZGÜN	TANSÖKER	14/2/2013



KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ADLİ TATİL.....	537
ADLİ TATİL İÇİNDE İŞLEYEN SÜRELER.....	537
AF KANUNU.....	561
ARAÇ KİRALAMASI.....	538
ARAÇTA OLUŞAN HASAR.....	538
ARAŞTIRMA YÖNTEMİ.....	558
ASKERE ALMADA HİZMET KUSURU.....	526
ADLİ TATİLDE YÜRÜYEN SÜRELER.....	634
ADLİ TIP RAPORLARI.....	647
AĞAÇ DALLARI VE KÖKLERİ.....	662
ALEYHE BOZMA İLKESİ.....	648
ALİŞVERİŞ MERKEZİ.....	660
ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	611
ARAÇTA HIRSIZLIK.....	660
ARADİNLENMELERİ.....	618
ARAŞTIRMA YÖNTEMİ.....	611
ASIL İŞVEREN.....	605, 611
AVUKATIN YOL GİDERLERİNDE VERGİ.....	717
AVUKATLIK ÜCRETİ.....	569
AYRIMCILIK	571

B

BİR DEFA ISLAH KOŞULU.....	541
BOŞANMADA EŞİT KUSUR.....	565
BOŞANMA DAVASI.....	566
BAĞIMSIZ BÖLÜMÜN SATILMASI.....	664
BAKİYE SÜRE ÜCRETİ.....	591, 631
BELEDİYE MALLARI.....	645
BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ.....	631
BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME.....	591

<i>BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ</i>	694
<i>BİR YILLIK HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİNİN BAŞLANGICI</i>	676
<i>BİR YILLIK SÜRE</i>	672
<i>BORCUN FERİLERİ</i>	679
<i>BORCUN KISMEN ÖDENMESİ</i>	668
<i>BOZMA KARARINDA YARGILAMA</i>	701

C

<i>CEVAP SÜRESİ</i>	544
<i>ÇEKİŞMESİZ YARGI</i>	641
<i>ÇELİŞKİLİ RAPORLAR</i>	647
<i>CEZAİ ŞART</i>	591
<i>CİNSEL İSTİSMAR</i>	707
<i>ÇOCUĞUN YAŞI</i>	707

D

<i>DAVACI TALEPLERİ</i>	599
<i>DAVADA GÖREV</i>	628
<i>DAVADAKANITLAR</i>	675
<i>DAVADAN FERAGAT</i>	655
<i>DAVADA TARAF SIFATI</i>	573
<i>DAVA DİLEKÇESİNE YAZILAN DEĞER</i>	588
<i>DAVA HARCİ</i>	599
<i>DAVANIN İSPATI</i>	642
<i>DEĞİŞEN ALT İŞVERENLER</i>	605
<i>DEĞİŞEN ŞARTLAR</i>	650
<i>DELİL MASRAFI</i>	694
<i>DERDESTLİK KOŞULLARI</i>	586
<i>DORSECİLİK YAPAN ŞOFÖRÜN ÜCRETİ</i>	692

E

<i>EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI</i>	566
<i>EVLENMENİN İPTALİ</i>	584
<i>EVLİLİK DIŞI ÇOCUK</i>	568

F

FİİLİ AYRILIK NEDENİNE BAĞLI BOŞANMA	563
FAİZE İLİŞKİN KURALLAR.....	697
FAZLA ÇALIŞMA.....	618
FESHİN SENDİKAL NEDENE DAYANMASI.....	598

G

GEÇERLİ ZAMANAŞIMI DEFİ.....	544
GEÇERLİ FESİH.....	593
GEÇERLİ FESİH AYIRIMI.....	690
GEÇMİŞ GÜNLER FAİZİ.....	670
GİDER AVANSI.....	694
GÖREVLİ MAHKEME.....	552,579, 601, 636, 674

H

HACİZDE İSTİHKAK İDDİASI.....	549
HACZEDİLMEZLİK İTİRAZI.....	645
HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ.....	603
HAKLI FESİH.....	593, 603, 690
HAKSIZ FESİH.....	621
HAVUZ HESABI.....	645
HAYAT SİGORTASI PRİMİ.....	657
HESABA ESAS ÜCRETİN TESPİTİ.....	624
HESAP YÖNTEMİ.....	618
HİZMET SÖZLEŞMESİ.....	615
HÜKME ESAS OLAN DEĞER.....	588
HUKUKİ YARAR	581

I-İ

İLAMLARIN İCRASI.....	528
İSPAT KOŞULLARI.....	557
İSPAT KÜLFETİ.....	538, 555
İTİRAZDA HAKDÜŞÜMÜ SÜRESİ.....	561
İZLENECEK YOL.....	549
İCRA DAİRESİNİN YETKİSİNE YAPILAN İTİRAZ.....	673

<i>İCRA İNKAR TAZMİNATI</i>	668, 679
<i>İCRA TAKİBİ</i>	582
<i>İHBAR ÖNELİNDE İŞ ARAMA İZİNİ KULLANDIRILMADAN ÇALIŞMA</i> ..	692
<i>İHBAR TAZMİNATI</i>	592
<i>İMZA İNCELEMESİ</i>	647
<i>İNTERNET SİTESİ YAYINI</i>	571
<i>İPTALİN SONUÇLARI</i>	584
<i>İŞÇİLİK HAKLARI</i>	605
<i>İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI</i>	621
<i>İŞÇİNİN GERÇEK ÜCRETİNİN TESPİTİ</i>	685
<i>İŞÇİNİN İŞVERENE HAKARETİ</i>	603
<i>İŞÇİNİN REKABET YASAĞI</i>	636
<i>İŞÇİ ÜCRETİNDEN KESİLEN VERGİLERİN İADESİ</i>	601
<i>İŞÇİYE YAPILAN FAZLA ÖDEME</i>	596
<i>İŞ DAVALARI</i>	634
<i>İŞ KAZASI</i>	685
<i>İSLAHA KARŞI ZAMANAŞIMI DEFİ</i>	574
<i>İSLAHLA TALEBİN ARTTIRILMASI</i>	577
<i>İŞLETMESEL NEDENLE FESİH</i>	687
<i>İSPAT KÜLFETİ</i>	645
<i>İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ</i>	593
<i>İŞYERİNDE DÜZENLENEN TUTANAK</i>	690
<i>İTİRAZIN İPTALİ</i>	581, 668, 669, 670, 672, 673, 678, 679
<i>İTİRAZIN İPTALİ DAVASI</i>	674, 675, 676, 677
<i>İYİNİYET</i>	596

K

<i>KAMU KURUMU</i>	552
<i>KİRA SÖZLEŞMESİ</i>	555
<i>KUSUR KOŞULU</i>	533, 562, 563
<i>KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA</i>	579
<i>KASTEN YARALAMA</i>	703
<i>KATKI PAYI</i>	588
<i>KAT MALİKİNİN AÇTIĞI DAVA</i>	664

KAT MALİKLERİNİN GİDER PAYLAŞIMINA UYMAMASI.....	666
KEFİLİN SORUMLULUĞU.....	580
KESİN HÜKÜM SONUCU.....	655
KESİNLEŞMİŞ TAKİP.....	581
KESİN MEHİL	694
KIDEM TAZMİNATI.....	624
KİRA PARASININ UYARLANMASI.....	650
KİRA SÖZLEŞMESİ.....	580, 650
KİŞİLİK HAKLARI.....	571
KOMŞULUK HUKUKU.....	662
KONUT KREDİSİ MASRAFI.....	657
KOOPERATİF HUKUKU.....	697
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI.....	669

K

LEHE OLAN YASA.....	701
---------------------	-----

M

MADDİ TAZMİNAT HESABI.....	541
MURİS MUVAZAASI	557, 558
MANEVİ TAZMİNAT.....	574
MARKAYA TECAVÜZ.....	642
MİLLİ SAVUNMA BAKANLIĞI'NIN EĞİTİM VE ÖĞRETİMDEN KAYNAKLANAN ALACAK DAVASI.....	665
MİRASÇILARIN HAKLARI.....	584
MUVAZAA İDDİASI.....	611

N

NESEBİN DÜZELTİLMESİ.....	561
NAFAKA.....	568

O

ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS.....	703
OTOPARK HİZMETİ.....	660
OYUNCU İLE YAPIMCI FİRMA ARASINDAKİ İLİŞKİ	628

P

PUANTAJ KAYITLARI.....	621
------------------------	-----

S

SATIŞIN İPTALİ DAVASI.....	638
SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ.....	669
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME.....	596
SENET İPTALİ.....	641
SİGORTALILIK SÜRELERİNİN ÇAKIŞMASI.....	681
ŞİRKET HİSSE DEVRİ.....	638
SON ÇARE İLKESİ.....	687
SULH İLE SONUÇLANAN İŞLER.....	569

T

TAM YARGI DAVALARI.....	528
TEDBİR NAFAKASI.....	533, 562
TRAFİK KAZASI.....	541, 552
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ.....	662, 678
TALEPLERİN AÇIKLANMASI.....	599
TARAFLARIN SORUMLULUĞU.....	569
TAŞINMAZ BEDELİ TAHSİLİ.....	579
TEBLİĞ KOŞULU.....	672
TELEVİZYON DİZİSİ.....	628
TEMEL KOŞUL.....	677
TEMERRÜT TARİHİ.....	670
TİCARET MAHKEMESİ.....	641
TIR ŞÖFÖRÜ.....	624
TÜZELKİŞİLİK.....	573

U

UZAYAN SÜRELER	537
ÜCRETİN YAPILAN İŞE GÖRE BELİRLENMESİ.....	615
UZAYAN KİRA SÜRESİ.....	580

Y

YOKSULLUK NAFKASI.....	564
YURTDIŞI ÇALIŞMALARININ TESPİTİ DAVASI HANGİ STATÜYE GÖRE BORÇLANMA YAPILACAĞI.....	518
YANGINA SEBEBİYET.....	574
YAPILACAK İŞLER.....	687
YARGITAYAŞAMASI.....	655
YARIŞMA PROGRAMLARINDA KAZANILAN ÖDÜL	711
YEDDİEMİNLİK GÖREVİ.....	704
YENİ BORÇLAR KANUNU.....	697
YETKİ İTİRAZ.....	674
YETKİLİ İCRA DAİRESİ.....	677
YETKİSİZLİK KARARI.....	648

Z

ZAMANAŞIMI DEFİ.....	544,577
ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ.....	582